



www.civil-mercantil.com

JUZGADO DE LO MERCANTIL N.º 6 DE MADRID

Sentencia de 3 de septiembre de 2015

Rec. n.º 507/2011

SUMARIO:

Defensa de la competencia. Competencia desleal. Publicidad engañosa y un acto de publicidad de tono excluyente y desleal. Actos de comparación. Para poder calificar de engañosa determinada publicidad, la concurrencia de dos requisitos: 1º) la aptitud del mensaje publicitario para, de cualquier manera, incluida su presentación, inducir a error a sus destinatarios; y 2º) que el mensaje en cuestión sea idóneo para afectar al comportamiento económico de sus destinatarios o para perjudicar a un competidor. Quedan fuera del mismo los mensajes publicitarios exagerados, por cuanto compartiendo con aquellos las cualidades falsarias e inexactas, no son capaces de mover el ánimo y la conducta del consumidor medio, en cuanto este considera tales mensajes poco serios, superfluos o manifiestamente falsos. El mensaje «el mejor afeitado para tu piel», está atribuyendo a la maquinilla de afeitar una ventaja competitiva concreta y específica en las ventajas, resultados y cualidades de la misma en relación con la piel sometida al afeitado; tratándose de un mensaje reconocible por el consumidor medio y de indudable valoración por el adquirente medio de maquinillas manuales de afeitado; lo que excluye la presencia de una simple exageración publicitaria. Concluida la presencia de un mensaje publicitario de tono excluyente la cuestión a determinar es si nos encontramos ante un mensaje con contenido falso o inexacto. Se aportan informes técnicos que no concluyen dicha ventaja por lo que es publicidad ilícita. Respecto a la publicidad comparativa.- Mensaje publicitario «Afeitado mejor que Mach3», la conducta publicitaria analizada contrasta la generalidad del producto con una mera alusión a su finalidad última, afirmando de modo abstracto y subjetivo que una es mejor que la otra; pero no aporta al consumidor la especificación de una o varias características de la maquinilla de afeitar que determinen que una presenta mayor o mejor calidad o cualidad que la contrastada, por lo ha de cesar los actos desleales declarados y a la publicación del fallo en prensa.

PRECEPTOS:

Ley 3/1991 (LCD), arts. 5, 7, 9, 10 y 32.

Constitución Española, art. 24.

Ley 1/2000 (LEC), arts. 5 y 217.4.

Ley 34/1988 (General de publicidad), art. 3 e).

Directiva 84/450/CEE (sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa), art. 2.1.

Directiva 2006/114/CE (sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa), art. 2 a).

PONENTE:

Don Francisco Javier Vaquer Martín.

JUZGADO DE LO MERCANTIL

NÚMERO SEIS



www.civil-mercantil.com

MADRID

PROCESO: Ordinario nº 507/11

ASUNTO: Sentencia definitiva

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a TRES DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL QUINCE.

Vistos por el SR. DON FRANCISCO JAVIER VAQUER MARTÍN , Magistrado-Juez Titular del Juzgado de lo Mercantil nº 6 de esta Villa y su partido judicial, los presentes autos de PROCESO ORDINARIO , seguidos en este Juzgado con el Nº 507/11 , seguidos a instancia de la mercantil ENERGIZER GROUP ESPAÑA, S.A. , representada por el Procurador Sr. Venturini Medina y asistida de la Letrado Dña. Beatriz Díaz de Escauriaza; contra la mercantil PROCTER & GAMBLE ESPAÑA, S.A. , representada por el Procurador SR. Lanchares Perlado y asistida de los Letrados D. Montiano Monteagudo y Dña. Nuria Porxas; así como de la DEMANDA RECONVENCIONAL formulada por la mercantil PROCTER & GAMBLE ESPAÑA, S.A. , representada por el Procurador SR. Lanchares Perlado y asistida de los Letrados D. Montiano Monteagudo y Dña. Nuria Porxas, contra la mercantil ENERGIZER GROUP ESPAÑA, S.A. , representada por el Procurador Sr. Venturini Medina y asistida de la Letrado Dña. Beatriz Díaz de Escauriaza; sobre acción de competencia desleal ; y,

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

El expresado demandante formuló demanda de 2.9.2011 que por reparto correspondió a este Juzgado contra las ya citadas demandadas, por los cauces del proceso ordinario, reclamando:

1.- se declare que el mensaje publicitario " El mejor afeitado para tu piel " incluido en el embalaje del producto " Wilkinson Sword Hydro 5 " constituye un mensaje publicitario que no infringe los arts. 5 y 9 de la Ley de Competencia Desleal ;

2.- se declare que el mensaje publicitario " Afeita mejor que Mach3 " incluido en el embalaje del producto " Wilkinson Sword Hydro 3 " constituye un acto de publicidad comparativa lícita que no infringe el art. 10 de la Ley de Competencia Desleal ;

3.- se declare que el mensaje publicitario " El cartucho de hojillas de Gillette es el mejor de todos los tiempos " constituye un acto de publicidad engañosa que infringe el art. 5 de la Ley de Competencia Desleal y un acto de publicidad de tono excluyente contrario al art. 9 de la Ley de Competencia Desleal ;

4.- se condene a la demandada a estar y pasar por las anteriores declaraciones y a soportar la publicidad comparativa lícita que representa el mensaje publicitario incluido en el embalaje del producto " Wilkinson Sword Hydro 3 " ;

5.- se condene a la demandada a cesar de forma inmediata en la difusión del mensaje publicitario " El cartucho de hojillas de Gillette es el mejor de todos los tiempos " en su página



www.civil-mercantil.com

web y, por tanto, requiera a dicha compañía para que modifique el contenido de dicha página de tal manera que en la misma no se incluya dicha afirmación;

6.- se acuerde la publicidad de la parte del fallo de la sentencia por la que se estime la acción de competencia desleal ejercitada, a costa de la demandada;

7.- costas;

;alegando los hechos y fundamentos de derecho que constan en las actuaciones y acompañando los documentos que constan unidos.

Segundo.

Admitida a trámite la demanda formulada en virtud de Auto de 12.9.2011 (tomo I, in fine) se acordó de conformidad con el Art. 404 de la L.E.Civil , previo examen de oficio de la jurisdicción y competencia de este Juzgado, el traslado de la misma al demandado para su contestación.

Tercero.

Por escrito de 30.11.2011 del Procurador Sr. Lanchares Perlado en representación de PROCTER & GAMBLE, ESPAÑA, S.A. (tomo II) se contestó a la demanda en el sentido de oponerse a la misma e interesar su íntegra desestimación en base a los hechos y alegaciones que constan en autos, acompañando los documentos unidos; formulando seguidamente, de modo separado, demanda reconvenzional contra la citada demandante, solicitando en su demanda reconvenzional (pág. 101 de su contestación a la demanda y reconvencción):

1.- se declare que ENERGIZER ha realizado un acto de competencia desleal tipificado en el art. 5 de la Ley de Competencia Desleal al difundir en el mercado el mensaje " El mejor afeitado para tu piel " incorporado en el embalaje del producto " Hydro5 ", siendo ésta actuación susceptible de inducir a error en los destinatarios;

2.- se declare que ENERGIZER ha realizado un acto de competencia desleal tipificado en el art. 10 de la Ley de Competencia Desleal al difundir en el mercado el mensaje " Afeitado Mejor que Mach3 " incorporado en el embalaje del producto " Hydro3 ", constituyendo esta actuación un acto de publicidad comparativa ilícita;

3.- subsidiariamente al pedimento anterior, se declare que el mensaje " Afeitado Mejor que Mach3 " incorporado por ENERGIZER en el embalaje de su producto " Hydro3 " constituye un acto de engaño contrario al art. 5 de la Ley de Competencia Desleal ;

4.- se condene a ENERGIZER a cesar de inmediato, con prohibición de reanudación en el futuro, en la realización de los actos declarados desleales y, en concreto, en la utilización en el embalaje de sus productos " Hydro5 " e " Hydro3 ", y en cualquier otro medio, de los mensajes " Afeitado mejor que Mach3 " y " El mejor afeitado para tu piel ";

5.- se condene a la demandada-reconvenzional a remover los efectos residuales de los actos declarados desleales mediante la publicación, a su costa, del fallo de la sentencia que en su día se dicte en los diarios de información general " El País " y " El Mundo ";

6.- se condene a la demandada al pago de las costas;

alegando los hechos y fundamentos de derecho que constan en las actuaciones y acompañando los documentos que constan unidos.



www.civil-mercantil.com

Cuarto.

Por Decreto de 5.12.2011 (Tomo III) se acordó la admisión a trámite de la demanda reconvenional, dado traslado a las reconvenidas para la contestación a la demanda en los términos del art. 406 L.E.Civil .

Quinto.

Por escrito de 1.2.2012 del Procurador Sr. Venturini Medina en representación de PROCTER & GAMBLE ESPAÑA, S.A. (Tomo IV, ab initio) se contestó a la demanda reconvenional en el sentido de oponerse a la misma e interesar su íntegra desestimación en base a los hechos y alegaciones que constan en autos, acompañando los documentos unidos.

Sexto.

Por Diligencia de 6.2.2012 (Tomo IV, in fine) se acordó citar a las partes para la celebración de la audiencia previa, según lo dispuesto en el Art. 414.1 de la L.E.Civil .

Séptimo.

En el día y hora señalados para la celebración de la audiencia previa (tomo V, ad medias res), compareció la parte actora, con la defensa y representación ya referida, interesando la prueba que estimó oportuna, no formulando cuestiones procesales; admitiendo la autenticidad y certeza de los documentos acompañados de adverso, sin perjuicio de su valoración probatoria.

Comparecieron igualmente las partes demandadas, con la asistencia y representación referidas, ratificando las cuestiones procesales formuladas; admitiendo la autenticidad y certeza de los documentos acompañados de adversos, sin perjuicio de su valoración probatoria.

Octavo.

Admitida la prueba propuesta, se señaló día y hora para la práctica del acto de juicio, donde se realizó la admitida, con el resultado que obra en autos.

Noveno.

Finalizada la práctica de la prueba las partes, por su orden, realizaron las alegaciones finales que estimaron oportunas, con el resultado que consta en autos.

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 ; habiéndose tramitado por los cauces del proceso ordinario, de conformidad con los Art. 249 y 399 de la Ley Rituaria.



www.civil-mercantil.com

Segundo. *Pretensión de la parte demandante-reconvenida.- Oposición y pretensión de la demandada-reconviniente.*

A.- A través de la presente demanda ejercita la actora-reconvenida ENERGIZER GROUP ESPAÑA, S.A. [-en adelante ENERGIZER-] dos acciones declarativas negativas respecto a dos conductas publicitarias propias unidas a la comercialización de sus maquinillas manuales de afeitado facial de caballero " Wilkinson Sword Hydro 3 " [-en adelante " Hydro3 "-] y " Wilkinson Sword Hydro 5 " [-en adelante " Hydro5 "] solicitando se declare que el uso de los mensajes publicitarios " El mejor afeitado para tu piel " y " Afeitado mejor de Mach3 " no vulneran los arts. 5 y 9 de la Ley de Competencia Desleal [-en adelante L.C.D.-] ni el art. 10 L.C.D. , a las que acumula acción declarativa positiva de deslealtad respecto a conducta realizada por la demandada PROCTER & GAMBLE ESPAÑA, S.A. [-en adelante PROCTER-] en relación con la afirmación contenida en su página " web " del mensaje publicitario " El cartucho de hojillas de Gillete en el mejor de todos los tiempos " supone un acto de publicidad engañosa del art. 10 L.C.D. ; a lo que añade las pretensiones de condena indicadas.

En apoyo de su pretensión, sostiene la demandante-reconvenida -en esencia, y como hechos relevantes-:

1.- que la mercantil PROCTER presentó una reclamación previa ante la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial (Autocontrol) solicitando contra la mercantil distribuidora en España de las maquinillas de afeitar "Hydro3" y "Hydro5" se declarase que los mensajes publicitarios " El mejor afeitado para tu piel " y " Afeitado mejor que Mach3 " [-comercializada ésta por PROCTER-] infringían las normas 14 y 22 del Código de Conducta Publicitaria, condenando a ENERGIZER a cesar en el uso de dichos mensajes;

2.- que por Resolución del Jurado de Autocontrol de 28.7.2011 se estimó íntegramente la solicitud formulada, de tal modo que no estando de acuerdo la demandante con dicha Resolución, procede a presentar acción declarativa negativa de ilicitud sobre tales mensajes publicitarios;

3.- que la mercantil PROCTER comercializa en España maquinillas de afeitar bajo las denominaciones " Mach3 ", " Fusion " y " PRoGlide ", ostentando una cuota de mercado del 85% del afeitado masculino y del 92% del valor de dicho mercado, haciendo uso reiterado y frecuente en sus mensajes publicitarios del adverbio " mejor ", al incluir expresiones como " Es lo mejor para el hombre ", como " superar lo mejor ", " para mi es lo mejor ";

4.- que la mercantil PROCTER utiliza como mensaje publicitario en su página " web " la expresión " El cartucho de hojillas de Gillete es el mejor de todos los tiempos ", afirmando que "... El cartucho de hojillas de Gillete es el mejor de todos los tiempos. Los ingenieros de Gillete no sólo añadieron más cuchillas a la Gillete Fusion, sino que estrecharon el espacio entre ellas para crear una tecnología única de superficie de afeitado de cinco cuchillas. En última instancia, esta superficie de afeitado de cinco cuchillas reduce los bultos de la piel y la presión, distribuyendo la fuerza del afeitado a lo largo de cada una de las cuchillas ...", por lo que su mejora técnica deriva de la adición de dos cuchillas adicionales [-a las ya existentes en " Mach3 " y " Fusion "-] proporcionando dos puntos de apoyo a mayores;

5.- que la mercantil ENERGIZER comercializa en España cuchillas de afeitar para hombre con las denominaciones " Hydro3 ." e " Hydro5 ", representando un 5% del volumen de mercado y un 4% de su valor;

6.- que la maquinilla " Hydro5 " presenta un cabezal que incluye igualmente cinco cuchillas dotadas de un filo extremo y más dureza y duración que otras cuchillas, añadiendo



www.civil-mercantil.com

una " barra protectora integrada " consistente en pequeñas estructuras curvas de acero inoxidable soldadas a la parte superior de cada una de las cuchillas y en toda su longitud, dando puntos adicionales de contacto con la piel durante el afeitado y reduciendo así la propensión de la piel a abultarse, como incorpora un perfilador de precisión para las zonas que lo requieran por su difícil acceso; así como una reserva y dosificador de gel " Polyox " de elevado peso molecular que se libera durante el afeitado y facilita el deslizamiento de la maquinilla sobre la piel al tiempo que hidrata la misma;

7.- que la maquinilla " Hydro3 " presenta un cabezal con tres cuchillas de particular filo y mayor resistencia a la erosión que las incorporadas en la maquinilla " PRoGlide " de Gillete, observable tanto en cabezales nuevos como usados en varios afeitados; así como una reserva y dosificador de gel " Polyox " de elevado peso molecular que se libera durante el afeitado y facilita el deslizamiento de la maquinilla sobre la piel al tiempo que hidrata la misma;

8.- que atendiendo a los informes técnicos y científicos que se acompañan a la demanda, sostiene ENERGIZER que el uso de la expresión publicitaria " El mejor afeitado para tu piel " no constituye acto de publicidad engañosa de los arts. 5 ni excluyente del art. 9 L.C.D ., que el uso del mensaje " Afeita mejor que Mach3 " no es acto de publicidad comparativa ilícita del art. 10 L.C.D .; y que, por el contrario, el uso por PROCTER del mensaje "... El cartucho de hojillas de Gillete es el mejor de todos los tiempos " constituye un acto de publicidad engañosa de tono excluyente del art. 9 L.C.D . en cuanto no ha demostrado que los resultados de cartuchos son mejores y/o mayores que los producidos en la piel por los productos de los competidores significativos en el mercado; a lo que adiciona acciones de condena de la demandada-reconviniente a estar y pasar por dichas declaraciones y a cesar en el uso de dicho mensaje incluido en su página web.

B.- Frente a ello la mercantil PROCTER, alega -en esencia- y pretende:

1.- que se declare que las acciones declarativas negativas no tienen encaje en el art. 32 L.C.D .;

2.- que tal pretensión supone una argucia para instar la licitud de los mensajes publicitarios discutidos, en cuanto ilícitos por suponer publicidad engañosa de tono excluyente [-" El mejor afeitado para tu piel "-] y comparativa prohibida [-" Afeita mejor que Mach3 "-];

3.- que en el primero de los mensajes, en cuanto engañosa de tono excluyente, la demandante-reconvenida ENERGIZER no ha demostrado que los resultados de su producto son mejores y/o mayores que los producidos en la piel por los productos de los competidores significativos en el mercado, entre los que se encuentra la demandada-reconvenida PROCTER; afirmando además que de los informes comparativos de productos que acompaña con su contestación a la demanda queda acreditado que los resultados de los productos de ENERGIZER son mediocres y en todo caso peores que los resultados de los productos de PROCTER;

4.- que el segundo de los mensajes [-" Afeita mejor que Mach3 "-] supone un acto de publicidad comparativa prohibida en cuando no compara características de los productos, tratándose de un juicio de valor global de superioridad prohibido por la regulación de la publicidad comparativa; añadiendo además que, de los informes técnicos comparativos que acompaña a la contestación a la demanda y reconvenición, el producto " Mach3 " de PROCTER ha obtenido mejores resultados que los productos de afeitado para hombre de ENERGIZER;

5.- que no son ciertos los datos sobre " cuota-valor " de mercado expuestos por la demandante-reconvenida, en cuanto de conformidad con datos más recientes, en cuanto que "Gillete" presenta una cuota de volumen del 54,10% y una cuota-valor del 79,50%;



www.civil-mercantil.com

6.- que es cierto que en su página web y dentro del apartado " Ciencia Gillete " se hace uso del mensaje " El cartucho de hojillas de Gillete es el mejor de todos los tiempos ", pero que dicho mensaje no es escrito, sino verbal al aparecer en una locución pronunciada por una " voz en off " cuando se hace " click " en el " link " titulado " ¿Por qué Fusión es mejor que Mach3? ", por lo que dicho mensaje tiene una nula influencia en el consumidor;

7.- que la comparación entre ambos productos de PROCTER es lícita, aportando estudios comparativos técnicos con otros productos de los competidores acreditativos de que el cartucho de " Gillete " es el mejor de todos los tiempos.

Tercero. *La acción declarativa negativa en el ámbito de la Ley de Competencia Desleal.*

A.- A los fines de concretar el ámbito válido de las pretensiones formuladas por la demandante inicial y reconvenional, afirma la mercantil PROCTER que las pretensiones a) y b) del suplico de la demanda inicial formulada por ENERGIZER no encuentran encaje en el art. 32 L.C.D . y en la enumeración de acciones específicas del ámbito tuitivo competencial, siendo que la única finalidad de tales declaraciones negativas de deslealtad tiene por finalidad el paralizar el procedimiento seguido ante el Jurado de la Publicidad de AUTOCONTROL relativo a los mismos mensajes ahora analizados, impidiendo así un pronunciamiento contrario a las tesis sostenidas por la actora-reconvenida.

B.- El art. 32 L.C.D ., en redacción recibida por Ley 29/2009, de 30 de diciembre, bajo la rúbrica de "Acciones" afirma taxativamente 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. 2. En las sentencias estimatorias de las acciones previstas en el apartado anterior, números 1.ª a 4.ª, el tribunal, si lo estima procedente, y con cargo al demandado, podrá acordar la publicación total o parcial de la sentencia o, cuando los efectos de la infracción puedan mantenerse a lo largo del tiempo, una declaración rectificadora... ".

Asiste, por tanto la razón a la demandada-reconviniente en cuanto afirma que tales acciones declarativas tendentes a afirmar la licitud [-mejor, no ilicitud-] de una determinada conducta, no encuentran encaje en el citado precepto; pero estima este Tribunal que la interpretación del alcance de las acciones admisibles en materia competencial desleal debe realizarse a la luz de lo dispuesto en el art. 24 C.E . y art. 5 L.E.Civil .

C.- Siguiendo a la mejor doctrina procesalista puede afirmarse que la acción declarativa encuentra encaje en los amplios términos constitucionales del derecho a la tutela judicial efectiva siempre que la soporte un interés legítimo, señalando en tal sentido la Sentencia nº 210/1992, del Tribunal Constitucional, de 30.11.2009 , que "... La acción meramente declarativa como modalidad de tutela jurisdiccional que se agota en la declaración de la existencia, inexistencia o modo de ser de una relación jurídica, no existe como tal si no se da una verdadera necesidad de tutela jurisdiccional cifrable en el interés en que los órganos judiciales pongan fin a una falta de certidumbre en torno a la relación jurídica de que se trate. El interés es, pues, requisito de la acción meramente declarativa, y una resolución judicial que de



www.civil-mercantil.com

manera no arbitraria ni irrazonable afirme la inexistencia de la acción meramente declarativa por falta de interés no atenta contra el derecho a la tutela judicial efectiva ..."; siendo una acción admitida pacíficamente, tanto en su vertiente activa como pasiva o negativa, desde las añejas sentencias del Tribunal Supremo, de 21.2.1944 , de 22.9.1044 y de 31.10.1952 , entre otras, y ello a pesar de la ausencia legal expresa que admita las acciones mero declarativas negativas en la legislación procesal civil, sí encontrándose expresamente admitida en el ámbito de la protección de las invenciones [art. 127 L.Pat.] y, por remisión, marcarias [D.A.1ª L.M.]

D.- Es importante resaltar que la tutela judicial mero declarativa negativa precisa de una previa presencia de incertidumbre jurídica [-inseguridad y vacilación que debe ser apreciada objetivamente-] respecto a la conformidad de un acto, negocio o relación jurídica con el ordenamiento jurídico; de tal modo que en evitación de dicha incertidumbre se solicita del tribunal dos cuestiones: (i) una primera, que aprecie y estime la concurrencia de la existencia o inexistencia de dicho acto, negocio o relación jurídica, y (ii) una segunda, por la que declare que dicho acto, negocio jurídico o relación no es contraria a Derecho.

Surge de ello un importante dato que debe permanecer visible en el examen de tales pretensiones, cual es que la acción declarativa negativa no puede confundirse con el derecho subjetivo ni con las facultades resultantes del mismo, en cuanto su ejercicio no supone la invocación y ejercicio de un poder o facultad subjetiva concreta, sino que lo accionado es el poder general de pretender de los órganos judiciales que algo que ya existe [-acto, negocio o relación jurídica-] es conforme a la Ley.

Elo conlleva una esencial consecuencia que tampoco puede perderse de vista, cual es la inversión procesal de las partes procesales en procesos por conductas concurrenciales desleales, en cuanto no es el perjudicado o competidor dañado quien pretensiona contra el presunto responsable civil, sino que es éste quien se adelanta a una posible acción declarativa y de condena solicitando de los tribunales que declaren que su conducta concurrencial es ajustada al derecho regulador de los mercados y de la competencia; y tal adelanto frente a la acción de responsabilidad por el perjudicado o dañado no siempre puede ir acompañada de fines lícitos y admisibles, siendo constante en la doctrina la referencia al posible ejercicio de acciones mero declarativas negativas tendentes a paralizar o entorpecer [-por el efecto de la litispendencia, en cuanto la declarativa negativa descansa en iguales presupuestos que la acción de responsabilidad-] posibles acciones de responsabilidad extracontractual por competencia desleal contra aquel.

Precisamente por ello debe afirmarse que es carga procesal de quien ejercita la acción mero declarativa negativa el acreditar y probar la realidad del hecho, del acto y de la conducta concurrencial [-en nuestro caso, publicitaria-] y acreditar que es ajustada a Derecho, con exclusión de la norma de valoración de la carga probatoria y sus consecuencias dispuesta en el art. 217.4 L.E.Civil ; y ello so pena de permitir que el demandado y presunto titular del daño indemnizable no sólo vea paralizara su acción de reclamación contra el presunto responsable demandante, sino que además se vea obligado a acreditar y probar la ilicitud de las conductas presuntamente concurrenciales.

E.- Haciendo aplicación de tales razonamientos a la presente causa resulta acreditado documentalmente [-doc. nº 3 de la demanda-], y así lo admite la demandada-reconviniendo de modo pacífico, que ésta inició procedimiento IMPREX EUROPE, S.L. en cuanto distribuidor en España de las máquinas de afeitar para hombre fabricadas y comercializadas por ENERGIZER, a las que se incorporan los mensajes " Afeitado mejor de Mach3 " [- Hydro3 -] y " El mejor afeitado para tu piel " [- Hydro5 -]; conductas y efectos publicitarios que se prolongan de presente [- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 27.9.1999 [ROJ: STS 5817/1999]-].



www.civil-mercantil.com

Probada la existencia de litigio o controversia jurídica objetiva entre las partes respecto a la licitud o ilicitud de la conducta de ENERGIZER al incorporar al envoltorio de las maquinillas citadas los referidos mensajes, debe sostenerse la presencia de un interés legítimo en la parte demandante en la obtención de un pronunciamiento judicial razonado sobre tal cuestión, sea cual fuera su contenido; interés legítimo y acción que encuentra su reverso en la pretensión declarativa de ilicitud formulada por la reconviniente; y que, como es lógico y coherente, deberán ser examinadas de modo conjunto respecto a cada mensaje publicitario.

Cuarto. *Publicidad engañosa por excluyente.- Exageración publicitaria.- Mensaje publicitario " Nuevo.- El mejor afeitado para tu piel ".*

A.- Posición de las partes.

1.- Admitido como hecho pacífico que las maquinillas recargables de afeitado para hombre " Hydro5 " fabricadas y comercializadas por ENERGIZER incorporan el mensaje publicitario " El mejor afeitado para tu piel " [-prueba física nº 4 y doc. nº 4 de la contestación a la demanda inicial y demanda reconvencional-], sostiene la parte actora-reconvenida que dicho mensaje un lícito supuesto de exageración publicitaria, no pudiendo considerarse un acto de publicidad engañosa por excluyente [- pretensión a) de la demanda inicial-].

Además, junto a lo anterior y en apoyo En apoyo de dicha pretensión sostiene -en esencia- la demandante-reconvenida que para que un mensaje publicitario sea calificado como desleal por contrario al art. 5 L.C.D . es necesario que sea falso o que, siendo veraz, pueda inducir a error a los consumidores sobre, entre otros, los beneficios del producto en cuestión.

Añade que de la prueba documental técnica presentada resulta que dichas maquinillas son más beneficiosas para la piel, al (i) proporcionan más puntos de apoyo que sus competidores, (ii) los filos de las cuchillas son más duraderas proporcionando más usos de suave afeitado, y (iii) el gel "polyox" incluido en el cabezal de la maquinilla recargable dota a la piel de una lubricación e hidratación que facilita el suave afeitado; todo lo cual determina una superioridad de la citada maquinilla respecto a las de los competidores.

2.- Frente a ello, de modo contrario, la demandada-reconviniente estima que dicho mensaje no puede equipararse a una simple exageración publicitaria de tono subjetivo, sino que resulta expresión de tono excluyente engañosa.

Sostiene, en esencia, que el mensaje publicitario contiene una expresa referencia a la piel, por lo que transmite el mensaje de una superioridad técnica sobre dicho aspecto objetivo y específico, que será tomado en serio por el consumidor.

Añade la reconviniente PROCTER que la reconvenida ENERGIZER no ha logrado acreditar y probar que los resultados del afeitado con la maquinilla " Hydro5 " sobre la piel son mayores y/o mejores que los obtenidos por las maquinillas de la competencia, especialmente los productos " Gillete ", siendo insuficiente la documentación técnica acompañada con la demanda inicial y contestación a la reconvención.

B.- Exageración publicitaria.- Publicidad engañosa.

1.- Es doctrina recogida en Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, de 18.12.2012 [ROJ: SAP B 13878/2012] que "... Como afirma la resolución recurrida, el art. 3, apartado e) de la Ley General de Publicidad (Ley 34/1998, de 11 de noviembre) en su redacción vigente (procedente de Ley 29/2009, de 30 de diciembre) establece que es ilícita la publicidad engañosa , la publicidad desleal y la publicidad agresiva, que tendrán el carácter de actos de competencia desleal en los términos contemplados en la Ley de Competencia



www.civil-mercantil.com

Desleal. Conforme al art. 5.1 de la Ley de Competencia Desleal, se considera desleal por engañosa cualquier conducta que contenga información falsa o información que, aun siendo veraz, por su contenido o presentación induzca o pueda inducir a error a los destinatarios, siendo susceptible de alterar su comportamiento económico, siempre que incida sobre alguno de los siguientes aspectos: ;... ; Las características principales del bien o servicio, tales como su disponibilidad, sus beneficios, sus riesgos, su ejecución, su composición, sus accesorios, el procedimiento y la fecha de su fabricación o suministro, su entrega, su carácter apropiado, su utilización, su cantidad, sus especificaciones, su origen geográfico o comercial o los resultados que pueden esperarse de su utilización, o los resultados y características esenciales de las pruebas o controles efectuados al bien o servicio... ", añadiendo que "... Como decíamos en nuestra Sentencia de 2 de Julio de 2009 (ROJ: SAP B 9234/2009), la publicidad merece el reproche de engañosa (...) si las afirmaciones, objetivamente falsas o no, son aptas para inducir a error a sus destinatarios. El engaño no debe medirse o enjuiciarse con el significado objetivo de las expresiones empleadas en las manifestaciones o afirmaciones esenciales de la publicidad, sino con el alcance o impresión que las mismas provocan (o son aptas para provocar) en los destinatarios ...".

En términos análogos señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª, de 6.5.2011 [ROJ: SAP M 5839/2011] que "... para poder calificar de engañosa determinada publicidad, la concurrencia de dos requisitos: 1º) la aptitud del mensaje publicitario para, de cualquier manera, incluida su presentación, inducir a error a sus destinatarios; y 2º) que el mensaje en cuestión sea idóneo para afectar al comportamiento económico de sus destinatarios o para perjudicar a un competidor. Debe precisarse, en relación con el primero de los requisitos señalados, que no resulta necesario, para calificar el supuesto de publicidad engañosa, que la información suministrada sea inexacta o inveraz, toda vez que también partiendo de datos verídicos puede inducirse a error. En cuanto al segundo requisito, es suficiente la capacidad potencial del mensaje publicitario para influir en el comportamiento económico de sus destinatarios, sin necesidad de prueba de que lo haya determinado efectivamente en el supuesto controvertido ...", añadiendo que "... la aptitud para inducir a error del mensaje publicitario cuestionado ha de ser apreciada en relación con el consumidor tipo, entendiendo por tal, según caracterización común, el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, concepto este que aún puede aquilatarse más, siguiendo el criterio positivizado en la Directiva 2005/29 / CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores del mercado interior, como "consumidor medio al que afecte o se dirija la práctica" y como "miembro medio del grupo, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores" ...".

2.- Así expuesto sucintamente el ámbito normativo, el contenido y presupuestos, y el alcance jurisprudencial del mensaje publicitario engañoso, resulta que quedan fuera del mismo los mensajes publicitarios exagerados, por cuanto compartiendo con aquellos las cualidades falsarias e inexactas, no son capaces de mover el ánimo y la conducta del consumidor medio, en cuanto éste considera tales mensajes poco serios, superfluos o manifiestamente falsos. En tal sentido señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 3ª, de 8.10.2009 [ROJ: SAP CS 766/2009] que para la apreciación de publicidad engañosa es preciso -junto a otros presupuestos- que "... afecte al comportamiento económico del consumidor o perjudique a un competidor, puesto que en el caso contrario nos encontraríamos ante un supuesto de exageración publicitaria, que no sería tomada en serio por los consumidores, y por tanto no les induciría a ser engañados ...", añadiendo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, de 29.3.2000 [ROJ: SAP B 4036/2000] que tales exageraciones o hipérboles "... se caracterizan, como ha puesto de relieve la doctrina,



www.civil-mercantil.com

porque se ensalzan los productos, las prestaciones o los establecimientos de tal forma que los destinatarios los reconocen indubitadamente como exageraciones evidentes, carentes de base objetiva ...".

Respecto a tal cuestión la mejor doctrina [MASSAGUER, JOSÉ; Comentario a la Ley de Competencia Desleal, Civitas, 1ª. ed., 1999, págs.. 232 y ss] afirma que "... La separación entre la exageración publicitaria y la publicidad de tono excluyente no es en absoluto tarea sencilla: el linde entre una y otra está marcado por el crédito que el destinatario concede al mensaje y, en consecuencia, sólo puede trazarse caso por caso, en atención a las particulares circunstancias que concurren en el supuesto considerado. La exageración publicitaria consiste en la difusión de alegaciones o manifestaciones, que no indicaciones, tendentes a ensalzar la actividad, prestación o establecimiento promocionados en términos y de forma tal que los destinatarios los reconocen carentes de una base objetiva y, por ello, no los valoran en serio. Así las cosas, la exageración publicitaria no puede provocar ninguna creencia acerca de la realidad y, en consecuencia, no es apta para determinar la conducta de los destinatarios en el mercado, de donde se sigue que no constituye un acto de engaño [vid. SSAP Madrid 8-111-1993 «Pepsi es lo de hoy» (confirmada por STS 24-11-1997), Barcelona 2S-IV-1996 «Joyas Únicas del Amor»]. Ello no obstante, conviene cuanto menos extremar la prudencia en el caso de que las alegaciones o manifestaciones enjuiciadas sean precisas, hayan sido realizadas por empresas que gozan de cierto grado de reconocimiento por parte de los destinatarios o recaigan sobre los extremos o aspectos que resultan clave en la formación de las preferencias y en la toma de las decisiones de consumo ...", añadiendo que "... En cambio, la publicidad de tono excluyente atribuye al sujeto que la realiza o a las actividades, prestaciones o establecimientos promocionados una posición única o privilegiada en el mercado, mediante mensajes que contienen datos concretos y comprobables, que los destinatarios reconocen y valoran propiamente como información y en términos de veracidad ...".

3.- Haciendo aplicación de la citada doctrina y jurisprudencia al supuesto que nos ocupa resulta que el destinatario del mensaje publicitario viene representado por el amplísimo y genérico sector del usuario de maquinillas manuales de afeitado facial masculino, que comprende consumidores de todas las edades [-salvo los imberbes-], condición, formación y cultura; lo que obliga a acudir a un concepto de consumidor varón medio absolutamente genérico e indefinido.

De igual modo del examen de la muestra unida y de las fotografías que constan en las actuaciones [-prueba de muestra nº 4 de la demanda reconventional-] resulta que en la parte frontal y superior del cartón que sirve de base a la superficie del " blister " o envoltorio que contiene la maquinilla, sobre fondo verde llamativo que destaca sobre el color azul y blanco general de la presentación, se hace constar el texto "NUEVO", y justo debajo "EL MEJOR AFEITADO PARA TU PIEL", dotando a los términos "NUEVO", "MEJOR", "AFEITADO" Y "PIEL" de un tamaño de letra superior a las restantes palabras.

Resulta de tal mensaje, de su ubicación, color y tipología de letra, que el fabricante de la maquinilla " Hydro5 " está atribuyendo a la misma una ventaja competitiva concreta y específica en las ventajas, resultados y cualidades de la misma en relación con la piel sometida al afeitado; tratándose de un mensaje reconocible por el consumidor medio y de indudable valoración por el adquirente medio de maquinillas manuales de afeitado; lo que excluye la presencia de una simple exageración publicitaria.

C.- Examen del mensaje publicitario excluyente.- Examen de su veracidad.

1.- Concluida la presencia de un mensaje publicitario de tono excluyente en el que el anunciante se atribuye una especial cualidad o ventaja en relación con la piel durante y tras el



www.civil-mercantil.com

afeitado, la cuestión a determinar es si nos encontramos ante un mensaje con contenido falso o inexacto [-como sostiene PROCTER-] o si tal ventaja competitiva sobre la piel aparece acreditada y resulta veraz [-como sostiene ENERGIZER-].

2.- Asiste la razón a la demandada-reconviniente [-PROCTER-] al afirmar que la demandante-reconvenida [-ENERGIZER, sobre quien pesa la prueba de acreditar y probar la veracidad de esa cualidad, ventaja, utilidad, de la que carecen los productos de la competencia-] se limita a aportar informes técnicos sobre las singulares cualidades de su producto " Hydro5 ", pero en modo alguno aporta y acompaña informes comparativos del citado producto en relación con los productos de similares características y dirigido a igual segmento de consumidores.

3.- En efecto, en apoyo de la veracidad de dicha ventaja, cualidad única o posición privilegiada del producto " Hydro5 " aporta ENERGIZER los siguientes informes:

(i) estudio RG 08-044 de 21.10.2008, cuyo objetivo era comparar los resultados del afeitado proporcionado por " Hydro5 " y " Gillete Fusion " por consecuencia de la presencia o ausencia de las barras protectoras que lleva la primera y no la segunda; y que concluye a favor de la primera por comodidad en el afeitado y la inexistencia de tirones o fricciones durante el afeitado, mejor deslizamiento, sensaciones durante el afeitado, no irritación de la piel y menores cortes, hecho sobre un universo de 109 personas;

(ii) estudio " Potencial Claims Investigation - Saturn 245 Shaving System " de 20.7.2009, cuyo objetivo era la comparación de " Hydro3 " y " Mach3 " elaborado para averiguar que tipo de mensajes publicitarios podían predicarse del primero de los productos; y que concluyó con los resultados de que el 99% de los encuestados opinaban que la maquinilla " Hydro3 " irritaba menos que la " Mach3 ", era más confortable durante el afeitado y afeitaba mejor; siendo el universo del estudio de 395 personas;

(iii) estudio CS-09-006 " Claims Investigation " de 1.3.2010, cuyo objetivo era comparar los productos " Hydro5 " y " Gillete Fusion " en relación con el número de afeitados que agotaban las bandas de lubricación a fin de validar el mensaje publicitario " [Lubrication] lasts [up to] x times longer que las bandas comunes ", resultando que el 54% de los consumidores afirmaron que se agotó antes la banda lubricante de " Gillete Fusion ", resultando que el 19% del universo del estudio que la banda de lubricación de " Polyox " de " Hydro5 " permitió el doble de afeitados que la maquinilla " Gillete Fusion "; siendo el universo del estudio de 555 entre 19 y 70 años;

(iv) estudio CS-09-002 " Claims Investigation - Three Times Longer " de 4.3.2010, en el que se comparan los productos " Hydro3 " y " Mach3 " a fin de comprobar la duración de la banda de lubricación y validar el mensaje publicitario " [Lubrication] lasts [up to] x times longer que las bandas comunes ", resultando que el 57% de los consumidores afirmó que pudo afeitarse más tiempo con " Hydro5 " y el 18% afirmó haber podido hacerlo el doble de veces; siendo el universo de la prueba 314 consumidores de 19 a 70 años;

(v) estudio SSE-10-055 " Skin Surface Moisturization Evaluation of Hydro 5 vs. Fusion ProGlide as Determinated in 5 Minutes Intervals Post Shave " de 13.8.2010, por el que se comparan los productos " Hydro5 " y " Gillete ProGlide ", dirigido a determinar si el cabezal de la maquinilla " Hydro5 " proporciona mayores propiedades de hidratación durante el afeitado frente al cabezal de " Gillete Fusión ProGlide ", resultando que la hidratación lograda por " Hydro5 " era significativamente superior a la alcanzada por el producto de la competencia; realizándose sobre un universo de 30 mujeres para el afeitado de sus piernas, siendo extrapolable al afeitado de la cara masculina;

(vi) estudio S09-41 " Intermediate Shaving Effect onb Skin Surface Hydratation " de septiembre de 2011 [-no de 2010 como afirma la demanda-], por el que se comparan los



www.civil-mercantil.com

productos " Hydro5 " y " Gillete Fusion ", dirigido a determinar si el cabezal de la maquinilla " Hydro5 " proporciona mayores propiedades de hidratación durante el afeitado frente al cabezal de " Gillete Fusion ", resultando que la hidratación lograda por " Hydro5 " era significativamente superior a la alcanzada por el producto de la competencia; realizándose sobre un universo de 30 mujeres para el afeitado de sus piernas, siendo extrapolable al afeitado de la cara masculina

(vii) estudio S10-119 de 18.11.2010, por el que se comparaban los cabezales de la cuchilla " Hydro5 " sin cuchillas y con la banda de gel lubricante " Polyox " intacta frente a igual cabezal sin cuchillas con la banda de gel lubricante vacía, resultando probado que el " Polyox " que se libera durante el afeitado proporciona un incremento significativo de los niveles de hidratación de la superficie de la cara que puede alcanzar unos 15 minutos; no constando el universo de la prueba;

(viii) estudio " MTT vs. Shaver Ratings - Two Products Comparison " de 12.11.2010, cuyo objetivo era comparar "Hydro5" y "Gillete ProGlide" en relación con las fuerzas de fricción y la opinión de los consumidores en relación con las propiedades de deslizamiento y lubricación de las maquinillas de afeitado, resultando del estudio que las maquinillas "Hydro5" provocan una menor fricción del folículo piloso, no constando el universo sobre el que se realizó el estudio;

(ix) estudio S11-14 de 24.2.2011 por el que se comparaban los cabezales de la cuchilla " Gillete Fusion " sin cuchillas y con la banda de gel lubricante intacta frente a igual cabezal sin cuchillas con la banda de gel lubricante vacía;

y (x) estudio S11-15 de 24.2.2011 por el que se comparaban los cabezales de la cuchilla " Gillete ProGlide " sin cuchillas y con la banda de gel lubricante intacta frente a igual cabezal sin cuchillas con la banda de gel lubricante vacía.

A ello y por el cauce de la contestación a la demanda adiciona la demandante-reconvenida otro buen número de informes técnicos dirigidos a acreditar tales extremos, al tiempo que adiciona otros para desvirtuar los acompañados de adverso, también muy numerosos.

4.- A la luz de tales informes y de los acompañados de adverso deben extraerse dos conclusiones; una primera es que la partes contendientes han puesto especial cuidado y esmero en aportar sesgados, parciales, desmembrados e inconexos informes técnicos sobre características específicas de las maquinillas comparadas, hurtando a éste Tribunal de un estudio científico y comparativo completo sobre las ventajas e inconvenientes de las maquinillas fabricadas por ambos competidores en relación con la piel de la cara masculina; y ello porque si ésta es la ventaja o utilidad que la publicidad engañosa por excluyente atribuye a las cuchillas " Hydro5 " resulta que los informes aportados: (i) están amparados en un universo de estudio muy reducido, sin especificar raza, país, edad, estado de la piel, condiciones técnicas de las pruebas, etc; (ii) en gran parte están dirigidos a conocer las percepciones personales y subjetivas de los consumidores en relación con las sensaciones durante el afeitado; (iii) están dirigidos a validar mensajes publicitarios ajenos al que nos ocupa, incluso utilizando zonas de afeitado y grupos de clientes muy diferentes a la analizada actualmente; (iv) hacen comparaciones parciales de distintas cualidades y productos ajenas a las que nos ocupan; y (v) se echa en falta una comparativa de los efectos del afeitado con otras maquinillas del mercado, y no solo con las de la demandada-reconviniente.

5.- Puede por ello afirmarse que desatendiendo la carga probatoria exigida a la demandante-reconvenida, la misma se limita a aportar decenas de informes técnicos sobre numerosos aspectos técnicos de la maquinilla " Hydro5 " en comparación con distintos productos de la demandada, o de éstos entre sí, con la esperanza de que de la unión intelectual de todos ellos se genere en el juzgador la convicción de que realmente aquella

www.civil-mercantil.com

maquinilla aporta una ventaja o beneficio objetivo y tangible sobre la piel del que carece la competencia; con olvido de que tal conclusión requiere de unas bases médicas y científicas que así lo afirmen, siendo igualmente exigible que tales predicamentos puedan afirmarse de la totalidad de los productos dirigidos a igual segmento de mercado, no solo de los fabricados y comercializados por la demandada-reconviniente; todo lo cual no ha sido acreditado.

Procede, por ello, la desestimación de la acción mero declarativa negativa formulada por ENERGIZER y la estimación de la acción mero declarativa positiva de ilicitud de dicho mensaje publicitario formulada por PROCTER.

Quinto. Publicidad comparativa.- Mensaje publicitario " Afeitado mejor que Mach3 ".

A.- Alegaciones de las partes.

1.- La segunda de las pretensiones formuladas por la parte demandante-reconvenida solicita la declaración de licitud del mensaje publicitario añadido en el " blíster " o embalaje de la maquinilla " Hydro3 " y que afirma " Afeitado mejor que Mach3 ", sosteniendo que dicho mensaje comparativo no puede subsumirse dentro de las conductas comparativas ilícitas del art. 10 L.C.D . ni en las denigratorias o engañosas de los arts. 9 y 5 L.C.D . respectivamente, afirmando-en esencia:-

(i) que la maquinilla " Mach3 " fabricada y comercializada por PROCTER presenta menos puntos de apoyo sobre la piel durante en afeitado, pues frente a los tres de ésta, la maquinilla " Hydro3 " presenta seis puntos de apoyo, lo que evita la formación de pliegues en la piel entre cuchilla y cuchilla, menor enrojecimiento e irritación;

(ii) que la maquinilla " Hydro3 " incluye unas cuchillas súper duraderas que presentan menores daños y muescas que las cuchillas de- " Mach3 ";

(iii) que la maquinilla " Hydro3 " incorporan un cabezal dotado de gel " Polyox " de elevado peso molecular que el que se introduce en las bandas de la maquinilla " Mach3 ", presentando aquel gel " Polyox " un efecto lubricante y hidratante sobre la piel durante el cepillado y durante los quince minutos inmediatamente posteriores en comparación con los geles de " Mach3 ";

(iv) que dicho gel " Polyox " tiene una duración superior, hasta dos veces más, que los geles usados por " Mach3 ";

y (v) que los consumidores aprecian y consideran a " Hydro3 " más deslizante, lubricante, causante de menos irritaciones, proporciona un afeitado más cómodo, y en general, afeitado mejor que " Mach3 ", apoyando tal afirmación en un estudio comparativo de mercado [- doc. nº 24 de la demanda-].

2.- Frente a ello la demandada-reconviniente solicita [-como reverso de la acción declarativa negativa-] que se declare expresamente que dicho mensaje publicitario comparativo es ilícito por contravenir el art. 10 L.C.D ., sosteniendo -en esencia:-

(i) que la comparación lícita entre productos debe realizarse entre características particulares de ellos, no siendo admisible la comparación general o en abstracto;

(ii) porque el mensaje comparativo no aporta al consumidor una información objetiva y útil sobre una o varias características de los productos comparados, a fin de facilitar la elección del producto;



www.civil-mercantil.com

y (ii) que, de modo subsidiario, el mensaje es engañoso en cuanto de las pruebas e informes técnicos que acompañan a la demanda no puede deducirse una comparación entre productos y sus características principales, que permitan sostener que una maquinilla es mejor que la otra; lo que convierte aquella expresión comparativa en una mera opinión subjetiva de la demandante- reconvenida.

B.- Examen de la pretensión.

1.- Señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja, Sección 1ª, de 27.2.2015 [ROJ: SAP LO 102/2015] que "... La doctrina ha considerado que se habla en general de publicidad engañosa cuando se trata de una publicidad que provoca o que es susceptible de provocar error en las personas sobre las que se proyecta o a las que afecta, y está prohibida en la medida en que ese carácter engañoso puede determinar la conducta económica o en el mercado de consumidores y otros empresarios o profesionales así como causar perjuicio a otro competidor. También explica la doctrina que la naturaleza engañosa de una publicidad puede venir dada por factores distintos: por ejemplo, por las características de los bienes y servicios (disponibilidad, composición o naturaleza, modo de fabricación o de prestación, origen, etc.); por el precio o su modo de fijación; por los resultados que pueden esperarse de su utilización y los resultados de los controles de calidad efectuados; por las condiciones de suministro de bienes y de prestación de servicios; por la naturaleza, las características y los derechos del anunciante (identidad y patrimonio, cualificaciones, derechos de propiedad industrial, etc.). Por su parte, la publicidad comparativa es una forma de publicidad en la que el mensaje publicitario se refiere de forma directa o indirecta a los productos de un competidor, a éste, o a los bienes y servicios ofrecidos por dicho competidor, con los cuales se efectúa esa comparación. La publicidad comparativa está permitida pero siempre bajo la condición de que no sea engañosa, pues puede ser una forma de informar a los consumidores acerca de sus intereses. Se exige en todo caso que la comparación se refiera a bienes o servicios que satisfagan las mismas necesidades o tengan la misma finalidad; que se aborde de un modo objetivo las características esenciales, pertinentes, verificables y representativas de dichos bienes o servicios, entre las que puede incluirse el precio; y que se evite el confusiónismo o error entre los profesionales y no desacreditar, no denigrar, ni imitar, ni sacar provecho de las marcas de los concurrentes ...".

De igual modo afirma la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, de 23.4.2014 [ROJ: SAP B 5464/2014] que "... 13. La publicidad comparativa , cuya regulación ha sido objeto de armonización comunitaria mediante la Directiva 84/450/CEE (de 10 de septiembre de 1984, modificada por la Directiva 97/55/CE), es aquella mediante la cual el anunciante contrapone la propia oferta a la del competidor con la finalidad de demostrar la inferioridad de los productos ajenos frente a los propios, comprendiendo toda acción que comporte una confrontación pública de la actividad, prestaciones o establecimiento - generalmente- propios con los de un tercero, hecha con el objeto de resaltar la primacía o la mayor conveniencia de una de las ofertas comparadas, comúnmente la propia. A tenor del art. 2.2 bis de la Directiva modificada, se considerará publicidad comparativa toda publicidad que aluda explícita o implícitamente a un competidor o a los bienes o servicios ofrecidos por un competidor. La STS 130/2006, de 22 de febrero , advierte que la publicidad comparativa está permitida siempre que cumpla los requisitos que la norma le impone (art. 10 LCD) y que, en principio, son más rigurosos que los exigidos para otras modalidades, como consecuencia de la necesidad de tutelar los legítimos intereses de los competidores aludidos, además de garantizar a los consumidores una información objetiva y veraz. Añade que «"dado que toda comparación implica un cierto grado de descrédito para la actividad, las prestaciones o el

establecimiento ajenos, la medida de lo tolerable depende del contenido del mensaje, que ha de ser interpretado en su conjunto, sin descomponerlo en partes y atendiendo a la impresión global que sea susceptible de generar en los destinatarios, así como de la necesidad de utilizar la minusvaloración para llevar a cabo una comparación adecuada a todas las exigencias legales que la convierten en lícita». 14. Conforme al art. 10 LCD , la comparación pública, incluida la publicidad comparativa , ha de cumplir las condiciones o requisitos que relaciona el precepto: en general, ha de referirse de modo objetivo a características esenciales, pertinentes, verificables y representativas de los bienes o servicios, entre las cuales podrá incluirse el precio y, además, ha de respetar los límites dispuestos con carácter general para todas las conductas realizadas en el mercado y con finalidad concurrencial, contemplando la norma dos supuestos en particular: el engaño y la denigración. Así, reputa desleal la comparación que contravenga lo establecido por los artículos 5 , 7 , 9 y 20 LCD ... " .

2.- Por su parte, la mejor doctrina [SÁNCHEZ SABATER, LAURA; Comentarios a la Ley de Competencia Desleal , VV.AA.; Dir. FERNANDO MARTÍNEZ; Págs. 163 y ss; Edit. Tecnos, 2009] que son presupuestos del acto de comparación [-publicitaria en nuestro caso-] subsumible en el art. 10 L.C.D .:

(i) que se trate de un acto de confrontación o cotejo entre marcas, entre modelos, entre productos, de tal modo que para el consumidor sea evidente lo que se compara, contenga o no el mensaje de modo explícito la identidad del producto, modelo o marca contrastados, siempre que del contexto del mensaje al consumidor medio le resulte claro y evidente a quien se refiere o evoca;

(ii) que se trate de una comparación pública, que se exteriorice en el mercado en cuanto mensaje dirigida al público consumidor para tratar de influir en sus decisiones de compra;

(iii) que la comparación lo sea entre lo propio y lo ajeno, o entre lo de tercero y lo ajeno;

(iv) que la comparación verse sobre extremos que no son análogos, relevantes ni comprobables; o,

(v) que la comparación sea engañosa o desleal en el sentido de los arts. 7 y 9 L.C.D .

A los efectos que nos ocupan, añade la citada Profesora que "... En la doctrina se han analizado estos tres requisitos, concluyendo que para que la comparación sea considerada una conducta lícita y legalmente permitida debe responder a tres principios fundamentales: homogeneidad, oportunidad y objetividad (vid. A. .T. TAPIA HERMIDA, Publicidad comparativa, cit., p. 14353).

a) La analogía supone que deber haber identidad o por lo menos una gran similitud entre los extremos que son comparación. Ello implica que deben compararse productos, servicios o actividades que sean semejantes entre sí, y dentro de los propios productos o servicios, contraponer características que resulten afines. La idea que subyace a esta exigencia es que la comparación resulte útil y que proporcione al consumidor una información apropiada, que se sirva eficazmente a la hora de decidir adquirir un determinado producto.

b) La exigencia de que los extremos comparables sean relevantes quiere decir que las características de los productos o servicios que sean objeto de análisis comparativo deben tener suficiente entidad o importancia como para influir en las decisiones de mercado. Obviamente, este dato es muy subjetivo, puesto que un determinado consumidor puede dar mucha importancia a unos criterios que para otro resultan secundarios o accesorios./.../. Sin embargo, con carácter general, siempre van a existir una serie de características de cada



www.civil-mercantil.com

producto o servicio que la generalidad de los destinatarios considera importantes y que son susceptibles de influir en la decisión de su adquisición /.../.

c) Finalmente, los extremos comparados deben ser comprobables, lo cual implica que debe tratarse de circunstancias susceptibles de ser verificadas por métodos objetivos. La LCD no exige expresamente que los datos objeto de comparación sean ciertos o verdaderos, aunque ello se deduce claramente de la existencia de éste último requisito, puesto que si la información proporcionada es falsa, difícilmente podrá ser comprobada o confirmada. Así, si la información no es cierta, la conducta sería igualmente desleal por aplicación del artículo 10.2 LCD por constituir un acto de comparación engañoso ...".

E.- Haciendo aplicación de tal doctrina y jurisprudencia al caso controvertido que nos ocupa, del simple examen del mensaje publicitario "Afeita mejor que Mach3"-ubicado en el cartón que da soporte al envoltorio o "blíster" donde se comercializa la maquinilla "Hydro3" resulta si bien compara o contrapone públicamente productos idénticos en sus fines y semejantes en sus características, en cuanto destinado al mismo sector de consumidores, omite claramente el cotejo y confrontación de características específicas, esenciales [-o al menos principales-] y reconocibles como relevantes por los consumidores, de las maquinillas de afeitar que compara.

Resulta de ello que la conducta publicitaria analizada contrasta la generalidad del producto con una mera alusión a su finalidad última [-cuál es el afeitado facial masculino-], afirmando de modo abstracto y subjetivo que una es mejor que la otra; pero no aporta al consumidor la especificación de una o varias características de la maquinilla de afeitar que determinen que una presenta mayor o mejor calidad o cualidad que la contrastada.

Procede por ello, sin necesidad de entrar a examinar si las afirmaciones sostenidas por la demandante-reconvenida respecto a la mayor calidad de una [mayor número de puntos de apoyo, cuchillas súper duras, calidad y duración del gel " Polyox " y opinión de los consumidores, es cierta o no, pues si el mensaje publicitario comparativo es ilícito por su forma intrínseca [- rectius , por la ausencia de una determinada forma y contenido exigido legalmente, cuales son la homogeneidad, oportunidad y objetividad -] a que se refiere el art. 10.b) L.C.D ., resulta irrelevante si lo es por el cauce del art. 10.e) L.C.D por razón de su contenido engañoso o inveraz.

Es, por ello, obligado, desestimar la pretensión mero declarativa de la demandante-reconvenida y estimar la pretensión 2ª de la demandada-reconviniente, así como las pretensiones 4ª y 5ª de condena de la demandante-reconvenida a cesar y reanudar los actos desleales declarados y a la publicación del fallo de la sentencia en los periódicos EL PAIS y EL MUNDO.

Sexto. *Publicidad engañosa por inveraz.- Mensaje publicitario " El cartucho de hojillas de Gillete es el mejor de todos los tiempos ".*

A.- Posición de las partes y alegaciones.

1.- Finalmente, como tercera de sus pretensiones, solicita la actora-reconvenida la declaración de deslealtad e ilicitud por suponer conducta publicitaria engañosa del mensaje incluido en la página " web " de Gillete, signo titularidad de PROCTER, en cuanto afirma que " El cartucho de hojillas de Gillete es el mejor de todos los tiempos ".

Sostiene la demandante-reconvenida -en esencia- que de la prueba documental aportada resulta que la maquinilla " Fusion " de PROCTER es técnicamente inferior que la



www.civil-mercantil.com

maquinilla " Hydro5 "" de ENERGIZER, en cuanto aporta esta aporta mayor número de apoyos sobre la piel, sus cuchillas tienen más filo y son más duraderas, incorporan en el cabezal el gel " Polyox " que lubrica e hidrata mejor y dura más tiempo; todo lo cual hace que el mensaje de que " el mejor de todos los tiempos " sea falso y engañoso para el consumidor.

2.- Frente a ello sostiene la demandada-reconviniente -en esencia-:

(i) que el mensaje publicitario controvertido sólo es accesible a través de la página " web " de " Gillete " a través del apartado " Ciencia Gillete ";

(ii) que dicha frase no se presenta por escrito en la página " web ", sino que está incluida en una voz en off en uno de los varios videos que se incluyen en dicha página, lo que supone una indicación al consumidor prácticamente nula;

(iii) que para acceder a dicho video es preciso pinchar en el " link " titulado " Por qué Fusion es mejor que Mach3 ", título que se mantiene visible durante la visualización del video;

(iv) que al comparar ambos productos " Gillete " de la demandada-reconviniente PROCTER el texto del video indica que "... el cartucho de hojillas de Gillete es el mejor de todos los tiempos. Los ingenieros de Gillete no sólo añadieron más cuchillas a la Gillete Fusion, sino que también estrecharon el espacio entre ellas para crear una tecnología única de superficie de afeitado de 5 cuchillas ...";

y (v) que sí existe característica técnica adicional para apoyar la afirmación de que el la mejor.

B.- Examen de la pretensión.- Acto publicitario engañoso por excluyente.

1.- Resultando del acta notarial [doc. nº 3 de la demanda reconvenicional-] la realidad del mensaje analizado, de su ubicación en la página " web " de la marca " Gillete ", que se encuentra dentro del ámbito de exposición de los avances científicos y técnicos de las maquinillas de afeitado, de su contenido completo, así como que se trata de una locución que acompaña a un video explicativo de las mejoras alcanzadas con la investigación, debe concluirse que nos encontramos ante un mensaje de carácter técnico ajeno al ámbito publicitario.

2.- Para resolver la cuestión debe retomarse y dar por reproducida la doctrina científica y jurisprudencial antes citada al analizar la publicidad engañosa por excluyente relativa a la expresión publicitaria " El mejor afeitado para tu piel "; debiendo llegarse a la conclusión de que la atribución a la maquinilla " Fusion " de la cualidad de ser el mejor cartucho de todos los tiempos supone un acto competencial engañoso por excluyente.

2.- Por lo pronto debe afirmarse que nos encontramos ante un cierto y propio acto publicitario, desestimando las alegaciones formuladas por la demandada-reconviniente en el sentido de encontrarnos ante un mensaje de contenido científico con poca o nula difusión publicitaria.

Señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª, de 16.7.2014 [ROJ: SAP M 11756/2014] que "... En tal sentido, la Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de julio de 2013 (asunto C 657/11), en su párrafo 34 afirma que "el artículo 2, punto 1, de la Directiva 84/450 , y el artículo 2, letra a), de la Directiva 2006/114 definen el concepto de publicidad como toda forma de comunicación realizada en el marco de una actividad comercial, industrial, artesanal o liberal con el fin de promover el suministro de bienes o la prestación de servicios", habiendo señalado dicho Tribunal que, teniendo en cuenta esta definición especialmente amplia, la publicidad puede presentarse bajo muy variadas formas (sentencia de 25 de octubre de 2001, Toshiba Europe, C 112/99 , apartado 28) y que por lo tanto, en modo alguno se limita a las formas de publicidad clásica, añadiendo que para determinar si



www.civil-mercantil.com

cierta práctica es una forma de publicidad en el sentido de dichas disposiciones, debe tenerse en cuenta la finalidad de las Directivas 84/450 y 2006/114, que es, como resulta del artículo 1 de dichas Directivas, proteger a los comerciantes contra la publicidad engañosa y sus consecuencias injustas y establecer las condiciones en las que está permitida la publicidad comparativa ...".

Atendiendo a tal doctrina debe concluirse -a criterio de este Tribunal que la expresión oral " el mejor cartucho de todos los tiempos " pronunciada dentro del texto de un video de información técnica dentro del contenido científico de la página " web " de Gillete, constituye un acto publicitario al atribuirse cualidades técnicas de las que llega a sostener que han dado lugar al mejor cabezal de cuchillas de afeitar de todos los tiempos.

3.- De igual modo debe significarse que las cualidades o características en virtud de las cuales se emite dicho mensaje publicitario son dos, cuales son (i) la adición de dos cuchillas más, hasta cinco; y (ii) la reducción del espacio entre las mismas; resultando del examen de los informes técnicos de comparación de los distintos productos acompañados con la contestación a la demanda y demanda reconvenicional [doc. nº 22 -original- y doc. nº 22.bis -traducción al español-; doc. nº 23 -original- y doc. nº 23.bis -traducción al español-] que en tales informes distintas entidades especializadas en el ámbito de estudios y comparación de productos de consumo se limitan a verificar y contrastar las experiencias subjetivas de consumidores con distintas maquinillas de afeitado en lo relativo al afeitado, cuidado de la piel, duración de las cuchillas y manejo, precisión, comodidad, impacto ambiental, etc; pero tales informes en modo alguno aportan estudios técnicos y científicos que acrediten y prueben que a finales del año 2011 el cabezal y cartucho de cuchillas de la maquinilla " Fusion " era el mejor de todos los tiempos por las dos cualidades que se arroga en su justificación, cuales son (i) la adición de dos cuchillas más, hasta cinco; y (ii) la reducción del espacio entre las mismas; y tampoco acreditan que en dicho momento del avance técnico eran los únicos en el mercado que tenían dichas especificaciones técnicas, sean cuales fueran las consecuencias para los múltiples parámetros tenidos en cuenta por los estudios de mercado y de consumo.

Procede, por ello, estimar la demanda inicial en su pretensión 3ª y 4ª, así como su publicación en los periódicos nacionales EL MUNDO y en EL PAÍS de la pretensión 6ª.

Séptimo. Costas.

A.- De conformidad con los Art. 394 y concordantes de la L.E.Civil , dada la estimación parcial de la demanda inicial, no procede hacer imposición de las costas, de tal modo que cada parte abonará las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

B.- Del mismo modo, dada la íntegra estimación de la demanda reconvenicional, las costas causadas a la demandada- reconviniente serán abonadas por la actora-reconvenida.

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

FALLO

Que estimando parcialmente la demanda inicial formulada a instancia de la mercantil ENERGIZER GROUP ESPAÑA, S.A. , representada por el Procurador Sr. Venturini Medina y asistida de la Letrada Dña. Beatriz Díaz de Escauriaza; contra la mercantil PROCTER &



www.civil-mercantil.com

GAMBLE ESPAÑA, S.A. , representada por el Procurador Sr. Lanchares Perlado y asistida de los Letrados D. Montiano Monteagudo y Dña. Nuria Porxas; debo:

- 1.- declarar que el mensaje publicitario " El cartucho de hojillas de Gillete es el mejor de todos los tiempos " constituye un acto de publicidad engañosa y un acto de publicidad de tono excluyente;
- 2.- condenar a la demandada a estar y pasar por la anterior declaración;
- 3.- condenar a la demandada a cesar de forma inmediata en la difusión del mensaje publicitario " El cartucho de hojillas de Gillete es el mejor de todos los tiempos " en su página web; y, por tanto, requerir a dicha compañía para que modifique el contenido de dicha página de tal manera que en la misma no se incluya dicha afirmación;
- 4.- acordar y ordenar la publicación del fallo de ésta sentencia en los periódicos de tirada nacional EL MUNDO y EL PAÍS, a costa de la demandada;
- 5.- desestimar las demás pretensiones formuladas, sin hacer imposición de las costas.

Que estimando íntegramente la demanda inicial formulada a instancia de la mercantil PROCTER & GAMBLE ESPAÑA, S.A. , representada por el Procurador Sr. Lanchares Perlado y asistida de los Letrados D. Montiano Monteagudo y Dña. Nuria Porxas, contra la mercantil ENERGIZER GROUP ESPAÑA, S.A. , representada por el Procurador Sr. Venturini Medina y asistida de la Letrado Dña. Beatriz Díaz de Escauriaza; debo:

- 1.- declarar que la demandada ha realizado un acto de competencia desleal al difundir en el mercado el mensaje " El mejor afeitado para tu piel " incorporado en el embalaje del producto " Hydro5 ";
- 2.- declarar que la demandada ha realizado un acto de competencia desleal al difundir en el mercado el mensaje " Afeita Mejor que Mach3 " incorporado en el embalaje del producto " Hydro3 ";
- 3.- condenar a la demandada a cesar de inmediato, con prohibición de reanudación en el futuro, en la realización de los actos declarados desleales y, en concreto, en la utilización en el embalaje de sus productos " Hydro5 " e " Hydro3 ", y en cualquier otro medio, de los mensajes " Afeita mejor que Mach3 " y " El mejor afeitado para tu piel ";
- 4.- condenar a la demandada-reconviniente a remover los efectos residuales de los actos declarados desleales mediante la publicación, a su costa, del fallo de la sentencia en los diarios de información general y tirada nacional EL MUNDO y EL PAÍS a costa de la demandada;
- 5.- con expresa condena en costas a la parte demandada (demandante-reconvenida).

Así por esta Mi sentencia, que se notificará a las partes en legal forma, y contra la que cabe interponer [Art. 457 L.E.C .] RECURSO DE APELACION en el plazo de VEINTE DÍAS a contar de su notificación, ante este Juzgado, a resolver por la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid.

De conformidad con la D.Adicional 15ª de la LOPJ , introducida por la LO 1/09 (BOE 4.11.2009), para el anuncio o la preparación o 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: 2762-0000-00-0507_11] en la entidad Banesto y acreditarlo documentalmente 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.



www.civil-mercantil.com

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.

Y definitivamente juzgando en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

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.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.