

AL JUZGADO DE LO MERCANTIL DE MADRID

D. PEDRO ANTONIO GONZALEZ SÁNCHEZ, Procurador de los Tribunales, actuando en nombre y representación de la **ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE LA COMUNICACIÓN**, según poder que acompaño como documento número 1, y con domicilio a efectos de notificaciones en Madrid Calle Cabanillas 29, y, con la dirección letrada de Doña Angeles Martín García, miembro del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, Colegiado número 45.567; por medio del presente escrito, formula **DEMANDA DE JUICIO ORDINARIO**, en ejercicio de las **ACCIONES DECLARATIVA Y DE CESACIÓN DE ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL** frente a:

- Auramail, Departamento Salud CIEP009,. Con domicilio en Apartado 27, São Joao do Estoril P-2766-601 Estoril.
Teléfono. 902242152. Fax: 00351214649476
- Taller de Ediciones SA, editora de la revista “mujer Hoy Corazón”, con domicilio en 28003-Madrid, calle Jose Abascal 56.7º.

Sirven de base a la presente demanda los siguientes,

HECHOS

PRIMERO.- LA ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE LA COMUNICACIÓN.

La Asociación de Usuarios de la Comunicación (en adelante, AUC) es una asociación de consumidores y usuarios, legalmente constituida al amparo de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, e inscrita en el Registro de Asociaciones de Consumidores y Usuarios del Instituto Nacional de Consumo. AUC, es una asociación que pertenece al Consejo de Consumidores y usuarios

según los requisitos establecidos en el Decreto 894/2005 de 22 de julio, por el que se regula el citado órgano.

Se acompaña como documento número 2 certificado en el que consta la inscripción de AUC en el Registro de Asociaciones de Consumidores y Usuarios., y su pertenencia al Consejo de Consumidores y Usuarios.

Entre los objetivos de AUC, destaca la defensa de los intereses de la ciudadanía en su relación con los diferentes medios y sistemas de comunicación y con las nuevas tecnologías de la información.

Se acompaña como documento número 3 copia de los Estatutos de AUC, donde constan sus objetivos y fines sociales.

SEGUNDO.- LA OBESIDAD, EL SOBREPESO Y SUS TRATAMIENTOS.

Sin duda alguna, uno de los problemas de salud pública de mayor calado en la actualidad es el sobrepeso y la obesidad. De hecho, en el Documento **“Estrategia para la nutrición, actividad física y prevención de la obesidad (NAOS)”**, elaborado y divulgado por el Ministerio de Sanidad y Consumo, se afirma que “las consecuencias de la obesidad hacen de esta enfermedad uno de los mayores retos de la salud pública para el siglo XXI”. Se añade también –ya en relación con nuestro país- que “la prevalencia de la obesidad especialmente en la infancia, donde alcanza cifras alarmantes, y su tendencia ascendente durante las dos últimas décadas, han hecho que también se afiance en España el término de “obesidad epidémica”.

Por lo demás, tanto los organismos oficiales como los especialistas en nutrición y endocrinología coinciden al afirmar que la prevención y, en su caso, el tratamiento del sobrepeso y de la obesidad exigen la combinación de dos factores: una dieta adecuada, y el incremento del ejercicio físico. En algunos casos, y siempre bajo supervisión médica, estos dos elementos deben ir acompañados de la ingesta de medicamentos específicamente diseñados para el tratamiento de la obesidad y el sobrepeso.

Aunque es éste un hecho notorio que, por lo demás, no necesitaría prueba específica, se pueden encontrar estas recomendaciones en páginas web tanto de

organismos oficiales como la Organización Mundial de la Salud como de entidades como la sociedad española de endocrinología y nutrición.

Así, en la página web de la Organización Mundial de la Salud, en el apartado dedicado a la estrategia global sobre la dieta, la actividad física y la salud (www.who.int/dietphysicalactivity/publications/facts/obesity/en), se afirma que la prevención y el tratamiento de la obesidad y el sobrepeso exigen el desarrollo de comportamientos saludables que animen a los consumidores a incrementar su ingesta de frutas, vegetales y cereales, al tiempo que incrementan su actividad física, reducen el consumo de alimentos ricos en grasas o azúcares y sustituyen las grasas animales saturadas por grasas vegetales no saturadas.

De igual modo, en la página web de la Sociedad Española de Endocrinología y Nutrición

www.seenweb.org/contenido/enfermedades/articulos/decalogo_del_tratamiento__correcto_de_la_obesidad.pdf) se recoge un “**Decálogo del Tratamiento correcto de la obesidad**”, elaborado por la **Dra. C. Vázquez, Jefa del Servicio de Nutrición Clínica y Dietética del Hospital Ramón y Cajal**. En este Decálogo se recogen recomendaciones similares a las anteriormente mencionadas, al tiempo que se afirma que “comer de manera sana y variada, equilibrada, con menos grasa, es la única estrategia dietética que ha probado ser efectiva a largo plazo y no favorece los déficits nutricionales”.

Se acompaña como documento número 4 una copia del apartado del “Decálogo del Tratamiento correcto de la obesidad”, extraído de la página web de la Sociedad Española de Endocrinología y Nutrición.

TERCERO.- LOS MEDICAMENTOS PARA EL TRATAMIENTO DE LA OBESIDAD Y EL SOBREPESO Y LOS DENOMINADOS “PRODUCTOS MILAGRO” DE CARÁCTER ADELGAZANTE”.

Como ya se ha expuesto, la dieta y el ejercicio físico, en ciertas ocasiones, deben ir acompañados de la ingesta de medicamentos para un correcto tratamiento de la obesidad y el sobrepeso. Son éstos, en todo caso, medicamentos específicamente diseñados e indicados para el tratamiento de la obesidad y el sobrepeso, y cuya

ingesta debe ser siempre supervisada por un especialista. Así se desprende del mencionado “**Decálogo**” que se ha aportado como documento número 4, en el que rotundamente se afirma que:

“los fármacos tienen un lugar actual en la obesidad, pero deben ser siempre indicados por un especialista”.

Al mismo tiempo que se subraya que, “ En ciertas ocasiones, la dieta y el ejercicio deben ir acompañados del tratamiento con medicamentos, los especialistas coinciden al desaconsejar rotundamente los denominados “productos milagro”; esto es, aquellos productos que, sin poseer la categoría legal de medicamentos (ni haber superado por tanto los controles propios de éstos) se presentan ante el público de los consumidores, sin ningún tipo de apoyo o sustento científico, como aptos para provocar reducciones de peso ciertamente significativas, normalmente en períodos muy breves de tiempo. Remitiéndonos una vez más al “Decálogo” aportado como documento número 4, se afirma en él que ***“en la obesidad, como en otras enfermedades crónicas, no existen productos milagro, y sí en cambio demasiados negocios sucios. El único milagro de la obesidad es una adecuada estrategia con los objetivos centrados en el medio plazo, que comprende una alimentación equilibrada ligeramente hipocalórica y un programa de ejercicio físico”.***

CUARTO.-EL REAL DECRETO 1907/1996, DE 2 DE AGOSTO, SOBRE PUBLICIDAD Y PROMOCIÓN COMERCIAL DE PRODUCTOS, ACTIVIDADES O SERVICIOS CON PRETENDIDA FINALIDAD SANITARIA.

Pese a estas claras recomendaciones de los organismos oficiales y de los especialistas, lo cierto es que en el mercado español proliferaron recientemente los productos milagro de carácter adelgazante. La proliferación de este tipo de productos, por lo demás, provocó una clara preocupación en el legislador, consciente del fraude y el engaño que estos productos y su publicidad generaban para los consumidores. Esta preocupación se expresa con total claridad en la Exposición de Motivos del **Real Decreto 1907/1996, de 2 de agosto, sobre publicidad y promoción comercial de productos, actividades o servicios con pretendida finalidad sanitaria.** Se afirma en ella lo siguiente:

“Las normas especiales que regulan los ensayos clínicos y los productos en fase de investigación clínica, las drogas y productos estupefacientes o psicotrópicos, los medicamentos, especialidades farmacéuticas, fórmulas magistrales, preparados oficinales, productos para diagnóstico, cosméticos, productos sanitarios y de higiene personal y productos para regímenes dietéticos o especiales establecen las condiciones y las limitaciones o prohibiciones concretas de su publicidad, promoción, distribución y venta, que son generalmente cumplidas por los sectores profesionales médicos y farmacéuticos y por los correspondientes laboratorios o entidades de producción, distribución, dispensación y venta y cuyo estricto cumplimiento se exige por las autoridades sanitarias. Al margen de tales productos, aparecen en el mercado y son objeto de publicidad, propaganda y promoción comercial de su tráfico, uso o consumo una serie de productos, materiales, sustancias, energías o métodos que se anuncian o presentan como útiles para el diagnóstico, prevención o tratamiento de enfermedades o desarrollos fisiológicos, modificación del estado físico y psicológico, restauración, corrección o modificación de funciones orgánicas, etc., sin que se ajusten a las normas especiales anteriormente citadas, ni tampoco cumplan, en ocasiones, las exigencias de veracidad, claridad e información sobre su contenido, composición, naturaleza o efectos. Este tipo de productos, actividades o servicios con pretendida finalidad sanitaria suponen en algunos casos un presunto fraude para los consumidores y usuarios, hecho al que se añade además la utilización de mensajes, imágenes o referencias con apariencia sanitaria, médica, farmacéutica, terapéutica o preventiva que no se corresponden con la realidad ni con una previa comprobación técnica o científica debidamente contrastada con arreglo a las normas especiales que han de aplicarse. Todo ello da lugar a una información defectuosa y a una publicidad abusiva e incluso a daños efectivos a las personas, en la medida en que su composición o utilización pueda resultar peligrosa o sustituyan de forma irresponsable las atenciones y cuidados que se requieren en cada caso”.

Pues bien, la respuesta del legislador al fraude y al engaño que suponían para los consumidores este tipo de productos no se hizo esperar. A través del **art. 4 del Real Decreto** antes citado, en efecto, se prohibió cualquier tipo de publicidad o promoción comercial en la que se atribuyesen a un producto –que no ostentase la categoría legal de medicamento o producto sanitario- específicas propiedades adelgazantes o contra la obesidad. En efecto, el apartado segundo del artículo 4 del Real Decreto 1907/1996 establece lo siguiente: **“Salvo lo establecido en el artículo 3.1 de este Real Decreto, queda prohibida cualquier clase de publicidad o promoción directa o indirecta, masiva o individualizada, de productos, materiales, sustancias, energías o métodos con pretendida finalidad sanitaria en los siguientes casos: 2. Que sugieran propiedades específicas adelgazantes o contra la obesidad”.**

QUINTO.- EL CARÁCTER DESLEAL DE LA PUBLICIDAD OBJETO DE LA PRESENTE DEMANDA, YA HA SIDO RECONOCIDO POR EL PROPIO ANUNCIANTE .

Dentro de su labor cotidiana de vigilancia de los mensajes publicitarios que se dirigen a los consumidores, AUC detectó recientemente un anuncio publicitario de un producto denominado “Cinialb”, del que es responsable la entidad “Auramail”, anuncio que fue difundido al menos en el número 1.010 de la revista “MIA”

Se acompaña como documento número 5 una copia del anuncio publicitario objeto de la presente demanda, y se dejan designados los archivos de la empresa editora de la revista para el caso de impugnación.

Se iniciaron las correspondientes acciones judiciales, que dieron lugar al **Procedimiento Ordinario número 184/2006, seguido ante el Juzgado de lo Mercantil número 7 de Madrid.**

La demandada AURAMAIL, **reconoce** la deslealtad de la publicidad emitida, y llega a un acuerdo con la demandante, AUC, EN LOS SIGUIENTES TERMINOS.

“ 1º) AURAMAIL, Departamento de Salud, procede a la retirada de la publicidad de las pastillas “cinialb”, con el compromiso de no volver a insertar dicha publicidad ni cualquier otra similar o que pueda contravenir las disposiciones legales vigentes en materia de protección de los legítimos derechos e intereses de los consumidores y usuarios, y en concreto lo dispuesto en el RD”.

Consecuencia del mencionado acuerdo, AUC, se tienen por satisfechas las pretensiones de la actora, que es LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL USUARIO, DADO QUE LA DEMANDA SE HA COMPROMETIDO, NO SOLAMENTE A RETIRAR LA PUBLICIDAD OBJETO DEL PLEITO, SINO QUE TAMBIEN SE COMPROMETE A NO REALIZAR OTRA “SIMILAR”

Se acompaña como documento número 6 una copia del Auto QUE PONE FIN AL PROCEDIMIENTO, SIN PERJUICIO DE DEJAR

DESIGNADOS LOS ARCHIVOS DEL JUZGADO, SI LA VERACIDAD DEL DOCUMENTO FUERA NEGADA DE ADVERSO..

El mencionado AUTO, ES DE FECHA 2 DE NOVIEMBRE DEL AÑO 2006.

SEXTO.- LA PUBLICIDAD OBJETO DEL PRESENTE PLEITO:

Cuando ya era firme el Auto que pone fin al procedimiento, por el que se reconoce el carácter desleal de la publicidad de las pastillas adelgazantes, (fecha del auto 2 de noviembre del año 2006), aparece nuevamente en otro medio de comunicación, ahora demandado, la revista NÚMERO 12 DE “*mujer hoy Corazón*”, DE FECHA 13 DE ENERO DEL AÑO 2007, un nuevo anuncio de pastillas”milagrosamente” adelgazantes, eso sí, con diferente nombre. En este caso el “Milagro” se denomina. “DETOXIKALL”, y es igual de milagroso, y además, no son dos paginas de la revista, SINO TRES PAGINAS, con testimonios asombrosos.

Efectivamente, vemos como quien dice llamarse “Cecilia Wolker”, y aparecen además fotografías, en la primera semana perdió 5 kilos. 2 sin cambiar de hábitos alimenticios2.

En titulares, vemos que indica que perdió 16 kilos en 38 días , sin ataques de apetito, y además se aportan otros testimonios, de personas de diferentes países europeos.

. Se acompaña como documento número 7 una copia de las TRES PAGINAS QUE COMPONEN EL ANUNCIO .

obviamente, el anuncio es “similar” al de Cinialb, y por lo tanto incumple el acuerdo adoptado.

**EL CARÁCTER ILÍCITO DEL ANUNCIO OBJETO DE LA PRESENTE DEMANDA:
ANUNCIOS SIMILARES AL AHORA DEMANDADO HAN SIDO**

REITERADAMENTE CONDENADOS POR LA JURISPRUDENCIA Y POR EL JURADO DE LA PUBLICIDAD.

La simple lectura del anuncio aportado por esta parte permite concluir que nos encontramos ante un claro supuesto de publicidad ilícita, tal y como tendremos ocasión de detallar en los fundamentos de derecho de la presente demanda.

En primer término, porque, sin tratarse de un medicamento o producto sanitario, se atribuyen reiteradamente sorprendentes propiedades adelgazantes al producto promocionado, en clara infracción de la prohibición que recoge el **apartado 2 del Real Decreto 1907/1996**, sobre publicidad y promoción comercial de productos y servicios con pretendida finalidad sanitaria. Y, en segundo lugar, porque induce a error a los consumidores, al atribuir a un producto que no ostenta la condición legal de medicamento milagrosos efectos adelgazantes sin una base científica suficiente que sustente tales propiedades.

Por lo demás, y aunque probablemente pudiera resultar innecesario, no quisiéramos dejar de recordar que supuestos de hecho similares al que aquí nos ocupa han sido ya reiteradamente condenados por nuestra jurisprudencia. Resulta muy significativa, en este sentido, **la sentencia del juzgado de lo mercantil número 5 de Madrid de 11 de enero de 2005.**

Se acompaña como documento número 8 una copia de la sentencia del juzgado de lo mercantil número 5 de Madrid de 11 de enero de 2005.

En esta sentencia, y como consecuencia de una demanda interpuesta por esta misma asociación, se examinaba la licitud de un anuncio del producto Biomanan en el que se afirmaba que este producto ayudaba a adelgazar. Pues bien, las conclusiones del Juzgado fueron contundentes y no dejaron lugar a dudas. Fueron las siguientes: “En cuanto a la aplicación de la normativa sobre Publicidad y Promoción Comercial de Productos, Actividades o Servicios con pretendida finalidad sanitaria contenida en el Real Decreto 1907/1996, de 2 de agosto, resulta ocioso su examen al declararse la ilicitud de la publicidad en virtud de los razonamientos contenidos en el fundamento anterior. En todo caso, conviene indicar que dicha regulación es aplicable a los productos alimenticios destinados a ser utilizados en

dietas de bajo valor energético y, en general, a productos alimenticios, destinados a regímenes dietético o especiales, en la medida que pretendan tener una finalidad sanitaria, como se deduce del propio artículo 4.10 del citado Real Decreto que prohíbe la publicidad, entre otros supuestos, cuando se atribuya “a los productos alimenticios, destinados a regímenes dietéticos o especiales, propiedades preventivas, curativas u otras distintas de las reconocidas a tales productos conforme a su normativa especial”, lo que determinaría la misma conclusión alcanzada en el fundamento anterior por la remisión a su normativa específica, sin que pueda, conforme a la misma, atribuirse a tales productos propiedades adelgazantes, aunque la concreta palabra utilizada en la publicidad es el verbo adelgazar, lo que no impide acoger la demanda en los términos solicitados”.

Una doctrina similar, por último, la encontramos en distintas resoluciones del prestigioso Jurado de la Publicidad de la Asociación para la autorregulación de la comunicación comercial (Autocontrol). Es ésta una asociación constituida por anunciantes, agencias y medios de comunicación cuyo objetivo fundamental es velar por la corrección ética de la publicidad. A estos efectos, ha aprobado un Código de Conducta Publicitaria, y ha encomendado su aplicación a un órgano independiente (el Jurado) del que formaron y forman parte prestigiosos juristas como los profesores Eduardo García de Enterría, Alberto Bercovitz, Rafael Jiménez de Parga, Carlos Fernández Nóvoa (actual presidente del Jurado), José Massaguer Fuentes, Carlos Lema Devesa, y Francisco Vicent Chuliá, y los ex magistrados Rafael de Mendizábal Allende y Rafael Gimeno Bayón, entre otros. Aunque las resoluciones del Jurado tienen únicamente carácter ético o deontológico, tampoco se les cabe negar su innegable valor, tanto por la autoridad técnica de sus autores, como por el respaldo generalizado que las mismas tienen entre la industria publicitaria.

Pues bien, como ya avanzábamos, existen numerosas resoluciones del Jurado en las que se considera que aquella publicidad en la que se atribuyan a un producto –que no ostente la consideración legal de medicamento o producto sanitario- propiedades adelgazantes resulta contraria al principio de legalidad (uno de los principios esenciales sobre los que se apoya el Código de Conducta

Publicitaria), al infringir de manera directa el Real Decreto 1907/1996. A título de ejemplo podemos citar aquí las siguientes resoluciones:

- ***Resolución del Jurado de 24 de febrero de 2003.*** Se analizaba en ella la publicidad de un producto denominado Cápsulas de espárragos, al que se atribuían milagrosas propiedades adelgazantes. Las conclusiones del Jurado en relación con este anuncio fueron claras y contundentes: “Este Jurado ya ha tenido ocasión de analizar anteriormente supuestos semejantes al que nos ocupa, por lo que existe una doctrina muy consolidada al respecto. En efecto, la creciente preocupación social generada por la indiscriminada comercialización y publicidad de los denominados “productos milagro” llevó a la promulgación del Real Decreto 1907/96, de 2 de agosto, sobre Publicidad y Promoción Comercial de Productos, Actividades o Servicios con Pretendida Finalidad Sanitaria. Este Real Decreto prohíbe que se inserten determinadas menciones en la publicidad de cualesquiera productos que no merezcan la consideración legal de medicamentos. De este modo, la citada norma legal establece en su artículo 4 la prohibición de “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. (...); 7) Que pretendan aportar testimonios de profesionales sanitarios, de personas famosas o conocidas por el público o de pacientes reales o supuestos, como medio de inducción al consumo”. A la luz del precepto legal citado, como es evidente, sólo cabe concluir que el anuncio reclamado infringe el principio de legalidad reconocido en la norma 2 del Código de Conducta, en relación con el artículo 4 del Real Decreto 1907/1996, de 2 de agosto, sobre Publicidad y Promoción Comercial de Productos, Actividades o Servicios con Pretendida Finalidad Sanitaria; puesto que atribuye al producto publicitado propiedades específicas adelgazantes y contra la obesidad”.
- **Resolución del Jurado de 4 de mayo de 2004.** Al igual que en el supuesto anterior, también se analizaba aquí un mensaje publicitario

en el que se promocionaba un producto denominado Obegrass, al que se atribuían de nuevo propiedades adelgazantes. La resolución del Jurado fue la siguiente: “en relación con la afirmación “no es sólo un medio de adelgazar seguro, porque además de ayudarte a perder peso, regula tu organismo de forma natural”, este Jurado entiende que no tiene relevancia el hecho de que se trate de un producto dietético o de un producto perteneciente a otra categoría. En efecto, el análisis de la locución lleva este Jurado a concluir que la misma resulta ser ilícita tanto a la luz del Real Decreto 1907/1996 sobre productos con pretendida finalidad sanitaria como al amparo de la reglamentación específica sobre productos dietéticos. En concreto, el Real Decreto 1907/1996 sobre publicidad y promoción comercial de productos con pretendida finalidad sanitaria prohíbe en su artículo 4 que en la publicidad de productos que no ostenten la condición legal de medicamentos “se sugieran específicas propiedades adelgazantes o contra la obesidad. En el caso en que estuviéramos en presencia de un producto dietético, el artículo 20.14 del Decreto 2685/1976 establece que “Se prohíben las denominaciones “Recomendada por la clase médica”, “Medicina”, “saludable”, “Rejuvenecedor”, “Adelgazante” (...) y otras que puedan inducir a error”. Pues bien, es obvio que en el anuncio objeto de reclamación se atribuyen al producto claras propiedades adelgazantes. Por esta razón, debe concluirse que el anuncio objeto de examen infringe tanto el Real Decreto sobre publicidad y promoción comercial de productos con pretendida finalidad sanitaria como, en caso de que le resultara aplicable, el Decreto 2685/1976, relativo a los productos dietéticos”.

Se acompañan como documentos 9 y 10 copias de las anteriores resoluciones del Jurado de la Publicidad.

A los hechos hasta aquí expuestos le resultan de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO PROCESAL

JURISDICCIÓN

Corresponde el conocimiento de las acciones por competencia desleal a la jurisdicción ordinaria, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

COMPETENCIALa competencia objetiva corresponde a los Juzgados de lo Mercantil, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 *ter*, apartado segundo, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, conforme al cual, “Los juzgados de lo mercantil conocerán, asimismo, de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil, respecto de las demandas en las que se ejerciten acciones relativas a competencia desleal, propiedad industrial, propiedad intelectual y publicidad.

Asimismo, la competencia territorial corresponde al Juzgado al que tenemos el honor de dirigirnos, al ser éste el que corresponde al establecimiento de la editorial codemandada, todo ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 52.12 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según el cual, “en los juicios en materia de competencia desleal, será competente el tribunal del lugar en que el demandado tenga su establecimiento” y, a falta de éste, su domicilio o lugar de residencia, y cuando no lo tuviere en territorio español, el tribunal del lugar donde se haya realizado el acto de competencia desleal o donde se produzcan sus efectos, a elección del demandante”.

Asimismo, el Juzgado al que tenemos el honor de dirigirnos resulta competente para conocer de las acciones por competencia desleal interpuestas frente a Auramail, al carecer esta entidad de domicilio o establecimiento en España (remitiéndose en su propio anuncio a una dirección postal en Portugal), resulta de aplicación lo dispuesto en el art. 52.12 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, conforme al cual, “en los juicios en materia de competencia desleal, será competente el tribunal del lugar en que el demandado tenga su establecimiento y, a falta de éste, su domicilio o lugar de residencia, y cuando no lo tuviere en territorio español, el tribunal del lugar donde se haya realizado el acto de competencia desleal o donde se produzcan sus efectos, a elección del demandante”.

El domicilio de la codemandada , **Taller de Ediciones SA**, editora de la revista “mujer Hoy Corazón”, es en MADRID, según indica la propia editora.

CAPACIDAD PROCESAL

Ambas partes poseen plena capacidad procesal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

LEGITIMACIÓN ACTIVA

La ostenta esta parte por aplicación de lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley de Competencia Desleal, conforme al cual, “las acciones contempladas en los números 1 a 4 del artículo anterior [entre las cuales se incluyen las acciones declarativas y de cesación] podrán ejercitarse además por las siguientes entidades: las asociaciones que, según sus estatutos, tengan por finalidad la protección del consumidor”.

LEGITIMACIÓN PASIVA

Según dispone el artículo 20 de la Ley de Competencia Desleal, las acciones previstas en el artículo 18 podrán ejercitarse contra cualquier persona que haya realizado u ordenado el acto de competencia desleal, o haya cooperado a su realización”.

Así pues, las acciones por competencia desleal pueden ejercitarse tanto contra el autor del acto como contra el que haya cooperado con el mismo.

Bajo esta perspectiva, resulta indudable la legitimación pasiva de la entidad Auramail ”. En su condición de anunciante y responsable de la publicidad difundida, esta entidad debe ser considerada autora de los actos de competencia desleal frente a los que se dirige la presente demanda.

Asimismo, resulta también indudable la legitimación pasiva de la editorial, al haber procedido a la difusión de la publicidad frente a la que se dirige la presente demanda, aquella entidad ha cooperado en la realización de distintos actos de competencia desleal, por lo que ostenta legitimación pasiva en las acciones que frente a aquéllos se dirijan. Conclusión ésta que, además de evidente, es

respaldada unánimemente por nuestra mejor doctrina. A este respecto, nos permitimos reproducir aquí las palabras del Prof. MASSAGUER FUENTES, en su obra *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal* [Editorial Civitas, Madrid, 1999, pág. 568]: “el que coopera en la realización del acto de competencia desleal es la persona que, con medios materiales y personales propios, facilita o hace posible el comportamiento desleal de un tercero respecto del cual no se encuentra en una posición de subordinación jerárquica o técnica y que, por esto mismo, con su negativa puede impedir la ejecución del acto de competencia desleal. En esta situación se encuentran, en particular, los medios de comunicación que difunden publicidad engañosa, denigratoria, parasitaria...”

PROCEDIMIENTO

Corresponde la tramitación de la presente demanda a través de los cauces propios del juicio ordinario, por aplicación en esta sede del artículo 249.1.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, conforme al cual, “Se decidirán, en juicio ordinario, cualquiera que sea su cuantía (...) las demandas en materia de competencia desleal”.

FUNDAMENTOS DE DERECHO MATERIAL

PRIMERO.- EL ANUNCIO OBJETO DE DEMANDA CONSTITUYE UN ACTO DE VIOLACIÓN DE NORMAS QUE REGULAN LA COMPETENCIA, TIPIFICADO COMO DESLEAL POR EL ARTÍCULO 15.2 DE LA LEY DE COMPETENCIA DESLEAL.

El artículo 15 de la Ley de Competencia Desleal tipifica como desleal los actos de violación de normas. Su tenor literal es el siguiente:

“1.- Se considera desleal prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de las Leyes. La ventaja ha de ser significativa.

2.- Tendrá también la consideración de desleal la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial”.

Obsérvese, así pues, que el artículo 15 no tipifica como desleal la simple violación de normas del ordenamiento jurídico. Antes bien, la violación de normas

del ordenamiento jurídico sólo merecerá el reproche de deslealtad cuando permita a su autor la obtención de una ventaja competitiva significativa.

No obstante, la regla anterior conoce una importante excepción, contemplada por el párrafo segundo del mismo artículo 15: cuando la norma infringida tenga por objeto la regulación de la actividad concurrencial, su simple infracción (sin necesidad de que concurren ulteriores circunstancias) deberá ser considerada un acto de competencia desleal. Así lo confirma nuestra jurisprudencia, entre la cual destaca la **sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 26 de enero de 2000**. Se afirma en ella lo siguiente: “La Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal, describe en su artículo 15 (invocado tanto por la demandante, como por la actora reconvenicional) uno de los actos desleales susceptibles de provocar el ejercicio de las acciones que regula en su art. 18: la violación de normas. Trata ese precepto, en sus dos párrafos, de asegurar un funcionamiento correcto del mercado, conforme a las reglas de la eficiencia, y lo hace mediante el expediente de sancionar la obtención de posiciones de ventaja logradas con la infracción de normas, ya porque con ella obtiene el infractor una ventaja o, si se quiere, se causa una desventaja a quienes cumplen «par conditio concurrentium», ya porque los preceptos violentados son precisamente los que establecen las reglas por las que se ha de regir el propio mercado. No es función del artículo completar o reproducir sanciones ya resultantes según las normas violadas, sino, en coherencia con la finalidad de la Ley, contribuir a la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado -art. 1-, como instrumento que aspira a ser de ordenación y control de las conductas en el mismo -preámbulo-. A.-En su párrafo primero el artículo 15 describe como desleal el comportamiento consistente en prevalerse de una significativa ventaja competitiva, adquirida mediante la infracción de leyes. De acuerdo con la literalidad del precepto, la perfección del tipo presupone: (a) que se produzca la infracción de una ley, en el sentido amplio de norma jurídica de derecho positivo; (b) que, a consecuencia de esa infracción, quien merezca la consideración de autor obtenga una ventaja competitiva, esto es, una posición favorable frente a los competidores en el mismo mercado, y se prevalga de ella; y c)) que la ventaja sea significativa, al afectar de modo apreciable al funcionamiento del mercado. B.-En su párrafo segundo el artículo 15 tipifica como desleal la «simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial».

De acuerdo con la literalidad del precepto es el contenido de la norma lo que convierte su incumplimiento en desleal, sin necesidad de que concurren los demás requisitos que reclama el tipo del párrafo primero”.

Una vez llegados a este punto, debemos recordar **que las normas que regulan la publicidad comercial son normas que, por definición, regulan la actividad concurrencial**. En efecto, si se tiene presente que el artículo 2 de la Ley General de Publicidad define la publicidad como toda forma de comunicación realizada en el ejercicio de una actividad comercial con el fin de promover la contratación de productos o servicios, habrá que concluir que la publicidad es una actividad concurrencial o competitiva típica y que las normas que la regulan, por

ende, son normas reguladoras de la actividad concurrencial cuya simple infracción constituye un acto de competencia desleal. Así lo afirma con rotundidad tanto la jurisprudencia como nuestra mejor doctrina. En la jurisprudencia, nos permitimos llamar la atención, una vez más, sobre la sentencia de la **Audiencia Provincial de Barcelona de 26 de enero de 2000**. Se afirma en ella lo siguiente:

“No corresponde aquí dar un concepto general de las normas reguladoras de la actividad concurrencial. Baste, a los fines del proceso, con señalar que tienen esa función, entre otras, las que imponen o prohíben determinados comportamientos a quienes participan en el mercado, esto es, a quienes promueven o aseguran la difusión de las prestaciones propias o de un tercero -en términos del artículo 2.2 de la propia Ley 31/1991”.

Más contundente aún es nuestra doctrina. Resultan muy significativas a este respecto, una vez más, las palabras del Prof. MASSAGUER [op. cit., págs. 455-456]: “No son pocas –afirma este autor- las normas sobre publicidad que prohíben o limitan los contenidos publicitarios o los medios de comunicación de que pueden servirse los operadores para la difusión de su publicidad (...). En todas estas materias se contienen, en efecto, y según los casos, previsiones relativas al contenido necesario o al contenido prohibido de la publicidad (...). La realización de publicidad que contravenga lo dispuesto en estas normas es calificable de publicidad ilícita y, al mismo tiempo, ha de reputarse como un supuesto de competencia desleal por violación de normas que tienen por objeto la regulación de la actividad concurrencial, en cuanto disciplinan la promoción de las actividades, prestaciones y establecimientos o cierran las estrategias de comunicación con la clientela”.

Pues bien, dentro de la normativa especial que regula la publicidad de determinados productos destaca el **Real Decreto 1907/1996, sobre publicidad y promoción comercial de productos, actividades o servicios con pretendida finalidad sanitaria**. Este Real Decreto se aplica a la publicidad de todos aquellos productos que, sin ostentar la categoría legal de medicamentos, se presenten ante el público de los consumidores con propiedades sanitarias o adelgazantes. Así se desprende de lo dispuesto en su párrafo 1, conforme al cual, “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”.

Por lo demás, el **Real Decreto 1907/1996** establece distintas prohibiciones relativas a la publicidad de los productos sometidos a su ámbito de aplicación. Y una de estas prohibiciones, precisamente, es aquella que impide que en la publicidad de estos productos se atribuya a los mismos propiedades adelgazantes. Esta prohibición se recoge en el artículo 4, párrafo segundo, del Decreto. El tenor literal de este precepto es el siguiente: “salvo lo establecido en el artículo 3.1 de este Real Decreto [que excluye de su ámbito de aplicación a los medicamentos 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”.

Pues bien, en el caso que nos ocupa, no cabe duda de que el producto que se promociona en el mensaje publicitario objeto de la presente demanda está sometido al ámbito de aplicación del Decreto 1907/1996, toda vez que, sin ser un medicamento o producto sanitario, se presenta como útil para el adelgazamiento.

Tampoco cabe duda, por otra parte, de que en el mensaje publicitario objeto de la presente demanda se atribuyen reiteradamente al producto promocionado específicas propiedades adelgazantes, en clara infracción de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 4 del Real Decreto 1907/1996. Y, en estas circunstancias, sólo cabe concluir que nos encontramos ante un acto de competencia desleal por violación de normas que tienen por objeto la regulación de la actividad concurrencial, en el sentido del artículo 15.2 de la Ley de Competencia Desleal.

SEGUNDO.- EL MENSAJE PUBLICITARIO OBJETO DE LA PRESENTE DEMANDA CONSTITUYE UN ACTO DE ENGAÑO, TIPIFICADO COMO DESLEAL POR EL ARTÍCULO 7 DE LA LEY DE COMPETENCIA DESLEAL.

Los actos de engaño se tipifican como actos de competencia desleal en el **artículo 7 de la Ley de Competencia Desleal**. Dispone este precepto lo siguiente: “se considera desleal la utilización o difusión de indicaciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que, por las circunstancias en que tenga lugar, sea susceptible de inducir a error a las personas a las que se dirige o alcanza, sobre la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud en el empleo, calidad y cantidad de los productos, y, en general, sobre las ventajas realmente ofrecidas”

Por lo demás, debe recordarse que, en materia de competencia desleal rige una regla de inversión de la carga de la prueba. De suerte que ha de ser el anunciante el que acredite suficientemente la veracidad y exactitud de sus alegaciones publicitarias, pudiendo ser calificada como engañosa no sólo aquella publicidad en relación con la cual se acredite la falsedad de sus alegaciones, sino también aquella publicidad en relación con la cual el anunciante no haya conseguido acreditar suficientemente su veracidad. Esta regla de inversión de la carga de la prueba se recoge en la actualidad en el artículo 217.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que dispone lo siguiente “en los procesos sobre competencia desleal y publicidad ilícita, corresponderá al demandado la carga de la prueba de la exactitud y veracidad de las indicaciones y manifestaciones realizadas y de los datos materiales que la publicidad exprese, respectivamente”.

Así las cosas, sólo cabe concluir que la publicidad objeto de análisis constituye un acto desleal de engaño a tenor de lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley de Competencia Desleal.

- En primer término, porque recoge alegaciones que deben ser consideradas manifiestamente inexactas e inveraces salvo que los codemandados (a los que incumbe la carga de la prueba) consigan aportar pruebas científicas suficientes que respalden con rotundidad las sorprendentes y milagrosas propiedades de su producto tal y como éstas aparecen reflejadas en la publicidad. Y,

- En segundo lugar, porque aún cuando los codemandados consiguiesen probar que su producto posee ciertas propiedades adelgazantes, lo cierto es que el mensaje publicitario sigue siendo apto para inducir a error al consumidor, al llevar a éste a concluir que el adelgazamiento puede conseguirse sólo a través de la ingesta del producto promocionado, cuando la ciencia médica actual –como ya hemos tenido ocasión de exponer- es unánime al afirmar que sólo a través de una dieta adecuada acompañada del debido ejercicio físico se pueden alcanzar procesos estables de adelgazamiento. En este sentido, nos permitimos recordar que, por el propio tenor literal del artículo 7 de la Ley de Competencia Desleal, un mensaje publicitario debe ser calificado como engañoso desde el momento en que es apto o susceptible de inducir a error al público al que se dirige. Dicho de otro modo, un mensaje publicitario debe ser considerado engañoso desde el mismo momento en que es apto para generar falsas expectativas entre el público al que se dirige o alcanza. Y, bajo esta perspectiva, no cabe duda del carácter engañoso de un mensaje publicitario que promete espectaculares procesos de adelgazamiento a través de la simple ingesta de un producto milagroso cuando se admite generalmente –y así se ha acreditado, siendo además un hecho notorio- que aquellos procesos sólo se alcanzan a través de una dieta adecuada y el ejercicio físico.

A modo de resumen, podemos concluir afirmando que el mensaje publicitario frente al que se dirige la presente demanda debe ser considerado desleal. En primer término, por su carácter engañoso. Y, en segundo lugar, porque con independencia de la veracidad o exactitud de las alegaciones que en él se recogen, en el ordenamiento jurídico español rige una clara prohibición de atribuir propiedades adelgazantes a productos que no ostenten la categoría legal de medicamentos o productos sanitarios, constituyendo la infracción de esta prohibición, *per se* (y con independencia de la veracidad formal de la publicidad), un acto desleal por violación de normas que tienen por objeto la regulación de la actividad concurrencial.

TERCERO.- COSTAS PROCESALES.

Las costas del presente procedimiento deberán imponerse a la demandada, previa estimación de la presente demanda, según preceptúa el art. 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, conforme al cual “en los procesos declarativos, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho”.

En el presente supuesto, además, por parte del laboratorio, se ha incumplido un acuerdo voluntariamente suscrito, y que puso fin a un previo procedimiento, obligando a esta parte, en defensa de los intereses de los consumidores y usuarios, a iniciar nuevamente acciones judiciales, con lo que aún en el supuesto del allanamiento, hay un previo requerimiento.,

En virtud de cuanto antecede,

SUPlico AL JUZGADO,

Que teniendo por presentado este escrito y documentos que lo acompañan, con sus copias, se sirva admitirlos, tener por parte al Procurador que suscribe en la representación de la **ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE LA COMUNICACIÓN**, ordenando que se entiendan conmigo las sucesivas diligencias a que dé lugar el trámite;

Que tenga por formulada demanda frente a Auramail GMBH, Departamento de Salud DXEP002. y Taller de Editores SL, previos los trámites legales oportunos, dicte sentencia en la que, estimando la demanda,

1º) Se **declare** la deslealtad del anuncio publicitario difundido del producto “detoxikall” por las entidades demandadas,

y ,

2º) Se **ordene** su cesación definitiva,

3º.) Todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandada.

Es Justicia que pido en Madrid a la fecha señalada en el encabezamiento del presente escrito.

Fdo: Angeles Martín García.

Colegiado 45.567.