

AUDIENCIA PROVINCIAL SECCION 28
MADRID

C/Santiago de Compostela 100

Tfno : 914931988/9 Fax : 914931996

Rollo: RECURSO DE APELACION 658/2019

Proc. Origen: P. ordinario nº1416/2018

Órgano Procedencia: Juzgado de lo Mercantil nº12 de Madrid

Recurrente: HEINEKEN ESPAÑA, S.A.

Procurador: Dña. María Granizo Palomeque

Abogado: D. Carlos Lema Devesa

Recurrida: MAHOU, S.A.

Procurador: Dña. Almudena González Medina

Abogado: D. Carlos Morán Medina

S E N T E N C I A nº 9/2021

ILMOS. SRS. MAGISTRADOS

D. ALBERTO ARRIBAS HERNÁNDEZ

D. PEDRO MARÍA GÓMEZ SÁNCHEZ (ponente)

D. JOSÉ MANUEL DE VICENTE BOBADILLA

En Madrid, a dieciocho de enero de 2021

La Sección Vigésimo Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los Ilustrísimos Señores Don Alberto Arribas Hernández, Don Pedro María Gómez Sánchez y Don José Manuel de Vicente Bobadilla, ha visto el

recurso de apelación bajo el número de Rollo nº658/2019 interpuesto contra la Sentencia de fecha 17 de julio de 2019 dictado en el proceso número 1416/2018 seguido ante el Juzgado de lo Mercantil número 12 de Madrid.

Han sido partes en el recurso, como apelante, la demandante, siendo apelada la parte demandada, ambas representadas y defendidas por los profesionales más arriba especificados.

Es magistrado ponente Don Pedro María Gómez Sánchez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Las actuaciones procesales se iniciaron mediante demanda presentada con fecha 17 de septiembre de 2018 por la representación de HEINEKEN ESPAÑA, S.A. contra MAHOU, S.A. en la que, tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraba apoyaban su pretensión, suplicaba que "... teniendo por presentado este escrito y documentos que lo acompañan, con sus copias, se sirva admitirlos, teniéndome por parte en la representación que ostento y acredito de HEINEKEN ESPAÑA, S.A. y por formulada DEMANDA DE JUICIO ORDINARIO (cuantía indeterminada), contra MAHOU, S.A., emplazándola en su domicilio en la calle Titán nº 15-28045 MADRID, para que la conteste y, previos trámites legales oportunos, dicte sentencia que declare:

PRIMERO.- Que la publicidad efectuada por la demandada, para anunciar cerveza, plasmada en los anuncios "La primera Radler cinco estrellas" y "La primera Radler cinco estrellas con zumo natural de limón", constituye una publicidad engañosa.

SEGUNDO.- Que los mencionados anuncios constituyen una conducta desleal, que infringe los arts. 5 y 7 de la Ley de Competencia Desleal.

Y, como consecuencia de la anterior declaración, se condene a la demandada:

1º.- A estar y pasar por las anteriores declaraciones.

2º.- A cesar en la difusión de las expresiones publicitarias "La primera Radler cinco estrellas" y "La primera Radler cinco estrellas con zumo natural de limón", absteniéndose en

el futuro de difundir las mismas”, con expresa imposición de las costas procesales a la parte demandada.

SEGUNDO.- Tras seguirse el juicio por los trámites correspondientes, el Juzgado de lo Mercantil número 12 de Madrid dictó sentencia con fecha cuyo fallo es del siguiente tenor: “Desestimo la demanda promovida por la representación procesal de Heineken España S.A. contra Mahou S.A.

Se imponen las costas a la demandante.”

Notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de la demandante se interpuso recurso de apelación que, admitido por el Juzgado y tramitado en legal forma, ha dado lugar a la formación del presente rollo que se ha seguido con arreglo a los trámites de los de su clase. Señalándose para deliberación, votación y fallo el día 14 de enero de 2021.

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La mercantil HEINEKEN ESPAÑA S.A. (en adelante, HEINEKEN), interpuso demanda contra MAHOU S.A. (en adelante, MAHOU) interesando un pronunciamiento por el que se declarase que la actuación de la demandada consistente en la publicidad efectuada para anunciar cerveza plasmada en los anuncios “*La Primera Radler Cinco Estrellas*” y “*La Primera Radler Cinco Estrellas con zumo natural de limón*” constituye publicidad engañosa y por ello un comportamiento desleal tipificado en los Arts. 5 y 7 de la Ley de Competencia Desleal (actos de engaño y omisiones engañosas). Como consecuencia de dicha declaración, interesó también una condena a la demandada a la cesación en la difusión de esas expresiones publicitarias, absteniéndose en el futuro de realizarlas, a retirar del mercado la publicidad y a publicar el encabezamiento y fallo de la

sentencia en el periódico El País con dimensiones 12 cm x 12 cm en la sección de Economía o Empresa.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda imponiendo las costas a la actora y, disconforme con dicho pronunciamiento, contra el mismo se alza HEINEKEN a través del presente recurso de apelación.

SEGUNDO.- Según el punto de vista expresado en la demanda, la expresión "La primera" que se contiene en los dos mensajes publicitarios objeto de controversia ("La Primera Radler Cinco Estrellas" y "La Primera Radler Cinco Estrellas con zumo natural de limón") solo puede tener para su receptor potencial uno de estos dos significados: o bien denota una idea cronológica en el sentido de que el producto publicitado constituye la primera "Radler" (cerveza con limón) que aparece en el mercado, o bien, describe una preeminencia cualitativa en el sentido de que es la de mejor calidad de cuantas compiten en el mercado. La afirmación que al respecto efectúa HEINEKEN en la página 6 del escrito rector es categórica y excluyente, en el sentido de que el usuario "solo" puede percibir uno de esos dos significados, y en modo alguno admite la posibilidad de que la idea que se transmite, también de tipo cronológico, sea la de que el producto constituye la primera RADLER de la marca MAHOU CINCO ESTRELLAS que aparece en el mercado, interpretación esta que es por la que se ha decantado la sentencia apelada.

La apelante HEINEKEN censura a la sentencia el hecho de haber acometido su análisis sobre un spot publicitario distinto de aquel sobre el que se proyectaba su demanda. Y ello en dos sentidos:

1.- Por un lado, se indica que el objeto de la demanda, de acuerdo con lo fijado en la audiencia previa, era la publicidad en puntos de venta y no la publicidad exterior, siendo en esta en la que aparece el botellín que refleja la parte gráfica de la sentencia. Pues bien, el alegato no se sostiene. Basta examinar las instantáneas incorporadas a las páginas 4, 5 y 6 de la demanda, además de los epígrafes que las encabezan, para verificar que el reproche se vierte tanto contra la publicidad exterior como contra la publicidad en los puntos de venta. Y, examinado el soporte audiovisual de la audiencia previa, quedó meridianamente claro, al manifestarse reiteradas veces tanto por el jugador como por el propio letrado de la actora, que el objeto de la demanda era tanto la publicidad exterior como la interior.

Por lo demás, no vemos la trascendencia de la cuestión. La única diferencia entre la publicidad exterior y la interior es que en la primera se muestra, junto al lema o parte escrita, un botellín, mientras que en la segunda aparece una lata, pero tanto botellín como lata exhiben de manera ostensible en su anverso la conocida marca MAHOU CINCO ESTRELLAS. El hecho de que el juzgador se haya valido de una de esas dos modalidades y no de la otra para ilustrar gráficamente al lector de la sentencia carece de la menor significación cuando todas las apreciaciones que efectúa en torno al protagonismo que dentro del spot publicitario cabe atribuir al botellín son trasladables, *mutatis mutandis*, a los spots en los que el elemento gráfico es una lata. Tan es así, que es la propia apelante quien, tras poner de relieve la diferencia (botellín/lata), no nos explica de qué modo esa diferencia sería capaz, en su sentir, de alterar los términos del debate.

2.- Desde otro punto de vista, nos dice la apelante que el mensaje publicitario examinado por la sentencia dice “*La primera Radler Cinco Estrellas. Sabor Cinco Estrellas con zumo natural de limón*” mientras que el mensaje al que se refirió la demanda era “*La Primera Radler Cinco Estrellas con zumo natural de limón*”. Es cierto que el mensaje publicitario incluido en la parte gráfica de la sentencia obedece a esa distinta versión en la que se intercala la expresión “*Sabor*”, circunstancia que muy probablemente obedezca a un error involuntario. Sin embargo no vemos qué clase de trascendencia podría atribuirse a ese descuido: en su desarrollo argumental la sentencia examina la literalidad del mensaje al que se refiere la demanda y no se hace eco -en ningún sentido- de esa introducción de la palabra “*sabor*”, de igual modo que la apelante HEINEKEN, más allá de poner de relieve el dato objetivo representado por esa diferencia, no nos indica cuál podría ser, desde su punto de vista, el protagonismo que cabría atribuir a dicha palabra ni la manera cómo el término intercalado “*sabor*” podría alterar el escenario argumental del debate mantenido en el litigio.

TERCERO.- Aclarado cuanto antecede, nuestro punto de vista es coincidente con el de la sentencia apelada, punto de vista con arreglo al cual lo que sugiere el spot en su conjunto es que el producto publicitado constituye la primera bebida tipo *radler* (cerveza con limón) que la casa MAHOU lanza al mercado, haciéndolo bajo el distintivo MAHOU CINCO ESTRELLAS. Esto es, que lo que denota la expresión “*primera*” es una preeminencia cronológica relativa y no una preferencia cronológica absoluta.

Teniendo en cuenta que la conocida marca de MAHOU es “MAHOU CINCO ESTRELLAS” y no “CINCO ESTRELLAS”, que es la expresión que se utiliza en la parte

escrita del mensaje, lo que HEINEKEN argumenta en su recurso es que para que la conclusión que alcanza la sentencia apelada fuera aceptable habría sido necesario que la parte escrita del spot rezase “*La Primera Radler Cinco Estrellas de Mahou*” o “*La Primera Radler Cinco Estrellas de Mahou con zumo natural de limón*” (énfasis añadido), entendiendo que solamente de ese modo podría captar el usuario que el predicado cronológico “Primera” se vincula estrictamente a la gama de los productos MAHOU CINCO ESTRELLAS.

Sin embargo nuestra opinión, coincidente -ya lo hemos dicho- con la de la sentencia recurrida, es la de que la funcionalidad de la expresión “*de Mahou*” que la apelante echa en falta en el eslogan la cumple con creces, dentro de la globalidad del mensaje publicitario, la circunstancia de encontrarse adosado el mensaje verbal a un componente gráfico que consiste en la exhibición del producto, lata o botellín, producto en cuyo adverso luce de manera ostensible, clara y diáfana, el muy conocido distintivo MAHOU CINCO ESTRELLAS, al que se adhiere, mediante fuente tipográfica estilo “*handwritten*” (emulando la escritura a mano de una persona) la alusión al tipo de producto que se lanza mercado (una bebida “Radler”). No creemos que en el presente supuesto resulte aplicable, como nos propone la apelante, el criterio de la preeminencia de la “*blickfang*” porque el anuncio litigioso se estructura en torno a dos componentes -gráfico y escrito- que resultan indisolubles, sin que a nuestro juicio el componente escrito constituya el elemento verdaderamente captativo o llamativo frente a un elemento gráfico más o menos inerte. Por el contrario, entendemos que es precisamente el elemento gráfico, representado por un botellín o lata de una conocidísima marca de cerveza (MAHOU CINCO ESTRELLAS) en la que se incluye con grafía peculiar la expresión “Radler”, lo que atrae primariamente la atención del observador, constituyendo la parte escrita un mero complemento explicativo que ayuda a situar la naturaleza de la novedad del producto: que se trata la primera bebida tipo “radler” que se lanza al mercado dentro de la órbita o gama de productos MAHOU CINCO ESTRELLAS.

Siendo ello así, consideramos que la ausencia en el texto escrito de la expresión “*de Mahou*” a la que se refiere la apelante no priva al mensaje integral de un ápice de su potencial semántico. Y entendemos, por tal motivo, que la conclusión que alcanza al respecto la sentencia apelada es plenamente acertada.

CUARTO.- En relación con el informe demoscópico elaborado por la firma SONDEA a instancia de MAHOU (Documento 24 de la contestación, folios 427 y ss.), las apreciaciones

concretas que HEINEKEN efectúa en su recurso de apelación las realiza, como ella misma nos indica, “*a efectos puramente dialécticos*” (página 18 del recurso), porque su planteamiento principal es el de que dicho informe no debe ser tomado en consideración para dirimir el presente litigio en razón a que “*la encuesta no se realizó sobre los anuncios en punto de venta, que no producen ni tal frase, ni la botella. De modo tal que el dictamen carece de todo valor probatorio*” (página 18), indicando también que “*...este dictamen carece de todo relieve...puesto que no versa sobre el anuncio objeto del pleito*” (página 17).

En definitiva, lo que nos pide HEINEKEN en esta segunda instancia de modo principal es que dicho dictamen no se tome en consideración y, solo para el caso de que el tribunal juzgase oportuno valorarlo, efectúa dicha apelante determinadas apreciaciones sobre su contenido con el expreso carácter de “*a efectos puramente dialécticos*”. Planteamiento este al que, al menos desde el punto de vista de los intereses de HEINEKEN, nos hemos de ceñir en estricta aplicación del principio dispositivo que para la segunda instancia enuncia el Art. 465-5 de la L.E.C.

Significa todo ello que si es la propia apelante quien entiende que el único informe demoscópico obrante en autos no debe ser tomado en consideración y al propio tiempo solicita -como no podría ser de otro modo- que el tribunal dirima la discordia, parece plausible deducir que dicha entidad está solicitando que se dirima exclusivamente con arreglo al punto de vista que el órgano judicial pueda mantener en torno al sentido del mensaje que es susceptible de ser captado por el consumidor medio de productos similares, es decir, por un consumidor razonablemente atento y perspicaz. Pues bien, el punto de vista que mantiene al respecto este tribunal no es otro que el que se acaba de explicar en el Fundamento Derecho Tercero que precede. Consideración que, por sí sola, determina el fracaso del recurso, tanto en cuanto a la apreciabilidad del ilícito del Art. 5 de la Ley de Competencia Desleal como en lo relativo al del Art. 7 (omisiones engañosas) al ser común a ambas imputaciones la argumentación desarrollada en el referido ordinal.

Sea como fuere, no está de más efectuar, *ex abundantia*, ciertas matizaciones en torno a las apreciaciones que con ese mismo carácter vierte HEINEKEN en su recurso de apelación.

De acuerdo con la idea de que el examen del mensaje publicitario litigioso debe llevarse a cabo de manera integral, consideramos que solamente dos de las preguntas del informe SONDEA revisten interés en el litigio por haberse formulado exhibiendo al encuestado la totalidad del mensaje y no solamente su parte escrita.

Una de ellas, la cuarta (folio 438), se formuló en la modalidad de “espontánea” (con respuesta abierta y sin sugerencias) y su resultado fue el de que el 21,09 % de los encuestados interpretó que lo transmitido es que se trataba de la primera cerveza “radler” de MAHOU, y solamente u 3,05 % consideró que se hablaba de la primera “radler” lanzada al mercado, mientras que un 2,97 % respondió que lo que el anuncio quería decir es que se trataba de la mejor “radler” del mercado. HEINEKEN pretende distorsionar este resultado diciéndonos que todo lo que no sea aquél 21,09 %, es decir, el 78,83 %, constituyen respuestas de encuestados que no interpretaron que la cerveza anunciado fuera la primera “radler” de MAHOU, y ello como si este último porcentaje constituyese un bloque monolítico. Pero entendemos que esa no es una forma cabal de interpretar el resultado. En efecto, junto a las respuestas a las que nos hemos referido hubo otras muchas contestaciones dispares (vgr., que se anunciaba una cerveza con limón; que se trasmite con el anuncio la idea de lo atractivo, apetecible y refrescante, etc...), respuestas todas ellas que ostentan un evidente carácter neutro o transversal dentro del debate que nos ocupa porque no interfieren en él en ningún sentido: ni sirven para apoyar la tesis de la demandada ni la de la actora. Dentro del presente debate lo que han de confrontarse son las respuestas que apoyan o desmienten las tesis que se enfrentan pero no otras respuestas que se sitúan al margen de él: en nuestro caso -se reitera- las respuestas correlativas a las dos tesis enfrentadas fueron: las que consideraron que se anunciaba la primera “radler” de MAHOU (21,09 %) y las que consideraron que se anunciaba la primera “radler del mercado”(3,05 %) o la mejor “radler” (2,97 %).

La otra pregunta de interés fue la sexta (folio 438 vto), esta de carácter sugerido (se ofrecieron al encuestado solamente tres respuestas alternativas coincidentes con las tres tesis manejados en el litigio), y su resultado fue que el 49,09 % opinó que se trataba de la primera “radler” de MAHOU y tan solo el 18,45 % que se trataba de la primera “radler” que aparecía en el mercado.

El 32,45 % opinó que se trataba de la mejor “radler”, lo que causa cierta sorpresa porque al responder a la pregunta 4 solamente el 2,97 % de los encuestados opinó de esa manera. Se trata, por ello, de un resultado contradictorio que hace difícil otorgar fiabilidad plena al conjunto del informe al hacer planear sobre él dicha circunstancia fundadas dudas acerca de su consistencia. Sea como fuere, compartimos el punto de vista de la demandada MAHOU cuando razona (págs.. 32 y ss. de la contestación) que, caso de admitirse que el mensaje que el spot transmite es el de que se ofrece de “la mejor radler del mercado”, se trataría de un mero reclamo de tono laudatorio que expresa una opinión no comprobable del

anunciante y que carece de aptitud para transmitir una idea falsa. En efecto, quien afirma que su cerveza es la mejor cerveza no está afirmando (salvo que así se deduzca expresamente del mensaje) que ese juicio es el resultado de haber superado y obtenido tal título (la “mejor”) de entidades certificadoras del sector que se hayan pronunciado en torno a estándares objetivos de calidad en la fabricación del producto. Lo que está afirmando quien tal enunciado formula es, mucho más modestamente, que a él le parece la “radler” que tiene un mejor sabor o la que resulta más agradable al paladar, lo que, dentro del ámbito de máxima subjetividad que es característica inherente al universo de los sabores, constituye un mensaje carente tanto de vocación como de potencialidad para inducir a error a quien lo recibe. Téngase en cuenta que no se trata de un producto (vgr. un tipo de máquina) que esté llamado a proporcionar una funcionalidad específica, de tal suerte que resulte evaluable objetivamente su capacidad para cumplirla en comparación con la virtud correlativa de los productos competidores. Por el contrario, se trata de un producto llamado a agradar a quien lo consume, bien entendido que el resultado a obtener -sensaciones de agrado o de placer- es susceptible de variar hasta el infinito en función de las muy variopintas sensibilidades y gustos de los destinatarios. Así, en presencia de un eslogan publicitario cuyo grado de subjetividad podría considerarse en cierto modo inferior al del caso que ahora nos ocupa (*“el mejor afeitado para tu piel”*, predicado de una maquinilla de afeitar), indicábamos en nuestra sentencia de 17 de noviembre de 2017 que *“Esta clase o tipología de mensaje publicitario, que contiene una simple exageración o ponderación superlativa del producto promocionado, es absolutamente habitual y general en la práctica comercial, de modo que resulta admitida por los usos del comercio, y tiene por ello muy escaso impacto en la formación de las decisiones de consumo”*.

Se trata en todo caso -ya lo hemos dicho- de reflexiones efectuadas a mayor abundamiento y, por lo tanto, enteramente prescindibles desde el momento en que el pedimento principal de la apelante es el de que no tomemos en consideración, en ningún sentido, el informe demoscópico aportado por la apelada.

Se ha de desestimar, en consecuencia, el recurso de apelación interpuesto.

QUINTO.- Las costas derivadas de esta alzada deben ser impuestas a la parte apelante al resultar desestimadas todas las pretensiones de su recurso de conformidad con lo previsto en el número 1 del Art. 398 de la L.E.C.

No consideramos aplicable, como pretende la apelante, el temperamento previsto en el Art. 394-1 “in fine” para los casos de concurrencia de dudas de hecho o de derecho toda vez

que, más allá de carácter opinable inherente a los términos en los que se plantea cualquier controversia judicial, no advertimos en el caso que nos ocupa circunstancias singulares que nos induzcan a pensar que el caso presenta aspectos especialmente dudosos en cualquiera de esos dos ámbitos, fáctico o jurídico.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

F A L L O

En atención a lo expuesto la Sala acuerda:

- 1.- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de HEINEKEN ESPAÑA S.A. contra la sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 12 de Madrid que se especifica en los antecedentes fácticos de la presente resolución.
- 2.- Confirmar íntegramente la resolución recurrida.
- 3.- Imponer a la apelante las costas derivadas de su recurso.

Se acuerda la pérdida del depósito constituido por la parte apelante de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Contra la presente sentencia las partes pueden interponer ante este Tribunal recurso de casación y, en su caso, recurso extraordinario por infracción procesal, de los que conocerá la Sala Primera del Tribunal Supremo, todo ello si fuera procedente conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.

Así por esta sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los magistrados integrantes de este Tribunal.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.