



Roj: **SJM M 1157/2019** - ECLI: **ES:JMM:2019:1157**

Id Cendoj: **28079470032019100008**

Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **30/09/2019**

Nº de Recurso: **205/2018**

Nº de Resolución: **334/2019**

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **JORGE MONTULL URQUIJO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

### **JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 03 DE MADRID**

C/ Gran Vía, 52 , Planta 1 - 28013

Tfno: 914930551

Fax: 914930548

42020310

NIG: 28.079.00.2-2018/0011613

**Procedimiento: Procedimiento Ordinario 205/2018**

Materia: Competencia desleal

Clase reparto: DEMANDAS FUNDADAS LEY DE PUBLICIDAD A

**Demandante::** ALTADIS

PROCURADOR D./Dña. MARIA TERESA GOÑI TOLEDO

**Demandado::** PHILIP MORRIS SPAIN SL

PROCURADOR D./Dña. VICTORIO VENTURINI MEDINA

**SENTENCIA 334/2019**

MAGISTRADO- JUEZ:D. JORGE MONTULL URQUIJO

**Lugar:** Madrid

**Fecha:** treinta de septiembre de dos mil diecinueve

Vistos por mí, JORGE MONTULL URQUIJO, magistrado de este Juzgado, los presentes autos de juicio ordinario sobre competencia desleal y publicidad, instados por ALTADIS, S.A., representada por el Procurador doña María Teresa Goñi Toledo, y asistida del Letrado don Ignacio Millán Latasa de Aranibar, siendo demandada PHILIP MORRIS SPAIN, S.L., representada por el Procurador don Victorio Venturini Medina, y asistida del Letrado don Alejandro Ferreres Comella y don Cristian Gual, dicto la presente sentencia conforme a los siguientes

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** DEMANDA. Se presentó escrito de demanda en fecha 23 de enero de 2018, que fue repartida a este Juzgado, en el que se deducía el siguiente Suplico:

*" dicte sentencia que, estimando la demanda, contenga los siguientes pronunciamientos:*

*1.- Que la entidad Philip Morris Spain, S.L., ha cometido actos de competencia desleal consistentes en la publicidad de productos del tabaco y/o del uso del tabaco, a través del dispositivo para el consumo de tabaco marca IQOS y de la marca de tabaco HEETS en medios de comunicación, publicidad que debe considerarse ilícita*



al amparo de lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley de Competencia Desleal, en relación con el artículo 3.d) de la Ley General de Publicidad, en relación con el artículo 9.1 y 2.a), b) y d) de la Ley 28/2005 de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco.

2.- Que la entidad Philip Morris Spain, S.L., ha cometido actos de competencia desleal consistentes en publicidad encubierta del dispositivo para el consumo de tabaco marca IQOS y de la marca de tabaco HEETS en medios de comunicación, según lo dispuesto en los artículos 5, 7 y 26 de la Ley de Competencia Desleal.

3.- Que la entidad Philip Morris Spain, S.L., ha cometido actos de competencia desleal consistentes en informaciones engañosas en los medios de comunicación, al presentar el consumo de tabaco a través de IQOS como una práctica de "riesgo reducido" o de "menor nocividad", de conformidad con el artículo 5 de la Ley de Competencia Desleal.

4.- Que la entidad Philip Morris Spain, S.L., ha cometido actos de competencia desleal por la violación de normas que regulan la actividad concurrencial del artículo 15.2 y, además, por publicidad ilícita de estos productos del artículo 18, ambos de la LCD en relación con los artículos 9 y 2 de la Ley 28/2005 de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco de la marca de tabaco HEETS en medios de comunicación.

Y, en consecuencia, condene a la demandada, Philips Morris Spain a

1.- La CESACIÓN en la campaña de comunicación de la marca IQOS y de la marca HEETS en todos los medios y soportes, incluidos los de los servicios de la sociedad de la información, y a PROHIBIR en el futuro cualquier tipo de comunicación o acción comercial que pueda tener como efecto directo o indirecto la promoción de un producto del tabaco o del uso del tabaco a través de estos dispositivos.

2.- La RECTIFICACIÓN de las informaciones que han podido llevar a engaño al consumidor respecto a la menor nocividad del producto, en los mismo medios y agencias en los que se han publicado y con la misma difusión e intensidad. Esta rectificación deberá limitarse a manifestar que las menciones sobre IQOS relativas a que es un producto "de riesgo reducido", "menos dañino", "menos nocivo", "menos perjudicial", son todas ellas afirmaciones engañosas por no ser veraces, al no existir información suficientemente contrastada sobre los auténticos efectos de este producto, lo cual deberá publicarse al menos una vez en todos aquellos medios de ámbito nacional y provincial, así como agencias de prensa donde se hayan difundido estas afirmaciones, que son los que se corresponden con el dossier de prensa que se ha aportado como doc. 3.

Y a la publicación del fallo íntegro de esta Sentencia en un diario de tirada nacional y en las revistas del sector del tabaco "Mundo Estanco" y la Boutique del fumador a costa de la demandada."

Mediante Decreto fue admitida a trámite la citada demanda, con emplazamiento de la demandada por 20 días, para comparecer y contestar.

**SEGUNDO.- CONTESTACIÓN.** Se dedujo escrito de contestación en 16 de mayo de 2018 en el que se interesaba la desestimación íntegra de la demanda, con imposición de costas.

**TERCERO.- AUDIENCIA PREVIA Y JUICIO.** La audiencia previa se celebró en fecha 22 de noviembre de 2018. En la misma, tras comprobarse la falta de acuerdo entre las partes, la demandada adujo hechos nuevos consistentes en una serie de documentos científicos nuevos y un documento de la matriz de la demandante, las partes manifestaron su posición respecto de la documental aportada de contrario, fijaron los hechos controvertidos y propusieron prueba, siendo a continuación señalada la fecha del juicio.

El juicio se celebró en fecha 4 de marzo de 2019, en cuyo inicio la demandante, de acuerdo con el escrito presentado por ambas partes de fecha de entrada 5 de marzo de 2019, renunció a la acción de competencia desleal (punto 3º del Suplico y punto 2º de las obligaciones de hacer), interesando la no imposición de costas sobre dicha acción, no oponiéndose la demandada. Tras la aportación de nueva documentación por la actora al amparo del art. 270 LEC, se practicaron las testificales propuestas por la actora en las personas de don Ruperto y doña Candelaria, y la propuesta por la demandada en la persona de doña Carina. Tras lo anterior, los Letrados directores de las partes formularon conclusiones orales, quedando los autos vistos para sentencia.

Solicitada la aportación de documentación con posterioridad al acto de la vista por la parte demandada, se resolvió sobre la misma, dando lugar a una serie de peticiones de aclaración y recursos, respectivamente, que ha terminado con resolución dictada el pasado 27 de septiembre de 2019, no habiendo podido ser dictada la presente sentencia con anterioridad a dicha fecha.

**CUARTO.** En la tramitación del presente procedimiento se han seguido los trámites legales, salvo el cumplimiento de los plazos que afectan al juzgado, debido a la sobrecarga de trabajo que recae sobre el mismo,



que supera el doble de los asuntos de entrada previstos para un juzgado de lo mercantil por el Consejo General del Poder Judicial.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO. Planteamiento.-

1. La parte demandante, la sociedad ALTADIS, S.A. (ALTADIS), entidad dedicada a la fabricación y comercio del tabaco, ejerce frente a la también tabaquera PHILIP MORRIS SPAIN, S.L. (PHILIP MORRIS), una serie de acciones fundadas en la normativa de publicidad y de competencia desleal, por entender, en sustancia, que la campaña de comunicación que ha venido realizando del producto IQOS, en relación con la marca de tabaco HEETS, es ilícita en cuanto infringe la prohibición legal de publicidad del tabaco.

2. Las referidas acciones se fundan en el siguiente relato fáctico, expuesto sucintamente: el grupo de sociedades al que pertenece la demandada está comercializando en todo el mundo, bajo la marca IQOS, un aparato electrónico que sirve para consumir cigarrillos de tabaco; el mismo consiste en una especie de bolígrafo que calienta el tabaco en lugar de quemarlo, de forma que en el mismo se introduce por la boquilla un cigarrillo de tabaco especial, de la marca HEETS, comercializado también por la demandada; al tratarse de un cigarrillo de verdad, se encuentra sometido a las mismas normas que regulan la publicidad del tabaco tradicional; no obstante lo anterior, la demandada, a través de representantes suyos, ha venido realizando entrevistas y declaraciones en diversos medios de comunicación describiendo las características y ventajas de esta forma de consumo de tabaco; la demandante requirió el cese de la campaña tanto a determinados medios de comunicación como a la demandada. En este relato fáctico se han omitido los hechos de la demanda que hacen referencia a la acción por informaciones engañosas o falsas, respecto de la que renunció la demandante.

3. Con fundamento en estos hechos sintéticamente enunciados, la demandante considera que los mismos son contrarios al art. 9.1 de la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco, al constituir aquellos un supuesto de publicidad de un producto del tabaco prohibido por dicho precepto, por lo que, al remitirse en materia de acciones sobre publicidad el art. 23.2 de la referida ley a la Ley General de Publicidad (LGP), y ésta última remitirse a su vez a la Ley de Competencia Desleal (LCD) en dicha materia, deducen tanto la acción declarativa como la acción de cesación y de prohibición de repetición en el futuro, previstas en el art. 32.1.1ª y 2ª, respectivamente, LCD, así como la publicación parcial de la sentencia, prevista en el apartado 2 de dicho artículo.

4. Frente a dicha pretensión, la parte demandada, arguye que el producto IQOS no es un producto del tabaco, mientras que HEETS sí que lo es, por lo que el primero no está sujeto a la normativa aplicable a dichos productos; respecto de HEETS se señala que es un producto del tabaco que sólo puede ser consumido con el dispositivo IQOS, pero no por ello tiene el mismo diseño y composición que un cigarrillo combustible, difiriendo los mismos sustancialmente; por tanto, HEETS no es un cigarrillo, no combustiona, su uso no produce humo, siendo su calificación legal la de producto del tabaco novedoso, lo que hace que esté sujeto a una normativa específica; las informaciones recogidas en la demanda no son publicidad, sino que son informaciones de los medios de comunicación sobre temas de interés público; la demandada respondió al requerimiento de la actora, pero la demanda se presentó sólo siete después de hacer aquel.

### SEGUNDO. Hechos probados.-

5. Son hechos que han quedado acreditados en la presente instancia, y que guardan relación directa con las pretensiones deducidas en la demanda y con las causas de oposición esgrimidas en la contestación, los siguientes:

I. La sociedad demandada, filial española del grupo PHILIP MORRIS INTERNATIONAL (PMI), comercializa el dispositivo electrónico IQOS, que calienta el tabaco en lugar de quemarlo como los cigarrillos de combustión, y que se utiliza introduciendo en el mismo el tabaco especial, marca HEETS, comercializado asimismo por aquella [hecho no controvertido].

II. En relación a dicho producto, entre enero de 2017 y enero de 2018 han aparecido en medios de comunicación una serie de informaciones, de entre las que se pueden destacar a efectos de este pleito las siguientes:

1) En 13 de enero de 2017, en las páginas 10 y 11 completas del diario económico Expansión, bajo el título "Los gigantes del tabaco se enfrentan a una batalla tecnológica" se recoge: "Las empresas tabaqueras han gastado miles de millones de dólares en los últimos años para desarrollar un cigarrillo que cause menos daño pero que tenga la misma apariencia y sepa igual que un cigarrillo real. Con su *cigarrillo sin humo* IQOS, Philip Morris International cree haber encontrado la respuesta (...). Sin embargo, los analistas consideran que la empresa



está ganando la carrera en el segmento de productos que calientan el tabaco pero no lo queman y que ésta tecnología es vital para la consolidación de la industria.". En la página 11, se recogen en un recuadro aparte, bajo el titular Una cuestión de precio, lo siguiente: -Philip Morris lanzó en España su nuevo dispositivo iQOS el pasado diciembre. -iQOS viene acompañado de un cargador de bolsillo y se vende a un precio de 70 euros. Los cigarrillos son especiales para el nuevo dispositivo. -Se venden bajo la marca Heet en cajetillas de 20 unidades al mismo precio que un paquete de Marlboro normal 4,85 euros. -Cada cigarrillo dura 34 inhalaciones o unos seis minutos. La batería permite cargarlo 20 veces sin necesidad de conectarlo a la corriente."

2) En 20 de enero de 2017, en el diario de información general la Razón apareció asimismo un reportaje que ocupaba las páginas 36 y 37, bajo el título "FUMAR ¿ Es posible conseguir un tabaco menos nocivo?", en el que se informaba de la visita de la autora del artículo al edificio de PMI sito en Suiza en el que se desarrolla el presente producto, denominado "el Cubo", en el que se recogían las siguientes afirmaciones: "...desde hace una década, han invertido 3.000 millones de dólares para dar con un producto que combine dos aspectos clave: la reducción del daño y que sea satisfactorio para los fumadores. "Intentamos lanzar estos productos en el pasado pero ahora es el momento. Tenemos la tecnología y la demanda", asegura a este diario Estela , directora de Productos Riesgo Reducido (PRR) de PMI. Ella, como experta en toxicología, es la responsable de demostrar por que IQOS, el producto que acaban de lanzar al mercado español es tan revolucionario. La clave, según ellos, está en el proceso de consumo. El IQOS no quema el cigarrillo, sino que lo calienta."; en la página 37 aparece un dibujo del dispositivo en el que se señalan sus partes.

3) En 28 de febrero de 2017 apareció ocupando las páginas 6 y 7 del Diario de Avisos, diario de información general de la provincia de Tenerife, un reportaje de IQOS bajo el título "Llega el cigarrillo 2.0", en el que se recogía lo siguiente: "El director general de Philip Morris en España, Ruperto , explicó durante la presentación del producto, hace unos meses, que la llegada del iQOS en todo un "hito" para el sector, porque se trata de sustituir los cigarrillos convencionales por productos similares tecnológicamente avanzados", "De igual forma, Altadis Imperial también está invirtiendo en el desarrollo de productos que no contienen tabaco o cigarrillos electrónicos para vapear."

4) En 16 de marzo de 2017, en el diario digital de información general Larioja.com recogió asimismo la visita al edificio italiano en que se produce el dispositivo. La misma información apareció en El Diario

Montañés, La Verdad, el Diario Vasco, Las Provincias, El Comercio, Finanzas. Com, El norte de Castilla, y Hoy.es, de la misma fecha.

5) Una información similar apareció en el diario Deia en 13 de abril de 2017.

6) En la revista mensual La Razón Tu Economía, número de 23 de abril de 2017, páginas 12 y 13 se daba cuenta asimismo del producto y sus características, así como de que se podía adquirir el dispositivo electrónico en estancos a un precio de 70 euros, y una caja de 20 Heets cuesta 4,85 euros, remitiéndose para más información sobre dónde encontrarlos a la página web [www.iqos.es](http://www.iqos.es). El artículo se repetía en las páginas de economía de Larazón.es del 24 de abril.

7) En el diario de información general de Las Palmas, la Provincia, de 5 de mayo de 2017 se informaba de un acto de entrega de premios, en el que la directora general de la demandada en Canarias, patrocinadores del acto, anunciaba en su discurso que "ya tenemos un proyecto de tabaco patentado en el mercado, sin combustión, su nombre es iQOS, el nuevo dispositivo de tabaco sin humo ni combustión y liderará un cambio de paradigma en el sector tabaquero".

8) En el suplemento semanal Mercados del diario El Mundo, de 14 de mayo de 2017, bajo el título "Las Tabacaleras quieren romper con los malos humos", se indica que Philip Morris, British American Tobacco Y Japan Tobacco International comercializan productos que no se fuman sino que se inhalan, bajo los nombres de Iqos, Glo y Ploom, recogándose más abajo manifestaciones realizadas por el director de la demandada, Ruperto . Esta noticia se publicó asimismo en la sección de Economía del diario El Mundo del mismo día.

9) En el diario de noticias online, prnoticias.com, en 16 de mayo de 2017 se publicó una noticia bajo el título "Las últimas investigaciones clínicas confirman que IQOS reduce la exposición del fumador", en la que aparecía una imagen del dispositivo y de cajetillas de Heets, y se da cuenta de una información sobre estudios realizados por el programa de investigación de PMI.

10) En la publicación Expansión Economía Digital, de 23 de mayo de 2017, bajo el título "Philip Morris y la próxima era tecnológica del tabaco", se incluye una información que ocupa la página 6, en la que entre otras informaciones se dice lo siguiente: "PMI abandera la carrera por desarrollar productos alternativos, que supongan un menor riesgo potencial para el consumidor. El primero en comercializarse se llama IQOS y se compone de dos piezas: una batería electrónica y un pequeño dispositivo de forma cilíndrica, dentro del cual se insertan unos cigarrillos especiales que PMI vende bajo el paraguas de la marca Marlboro (en concreto se



llaman Heets Marlboro), aunque su sabor es ligeramente diferente". Tras seguir indicando las características del producto, se señala que "IQOS está disponible en España desde el pasado diciembre (...) Para finales de este año está previsto que PMI lance al mercado un segundo producto, que incorporará la batería dentro del propio *e-cigarrillo*. (...)

Internamente IQOS se considera un éxito. Más de dos millones de personas lo han adoptado, bien de forma exclusiva o complementaria a los cigarrillos convencionales". La información incluía manifestaciones de Ruperto y una foto de éste en el centro de la página sosteniendo *el dispositivo y el cigarrillo*.

11) En la sección de Empresas del diario digital El Español de 26 de mayo de 2017 *aparecía una información, bajo el titular "Philip Morris (Marlboro, L&M): "Queremos un mundo libre de humos"*, recoge una entrevista a Ruperto, en la que éste manifiesta que "se han invertido más de 3.000 millones de dólares en estas iniciativas. Se ha creado un centro de I+D con más de 430 científicos y Iqos es el resultado de esos años de trabajo y de esa inversión". Más abajo se recoge en letra cursiva el funcionamiento de Iqos, "calienta el cigarrillo a menos de 300 grados; para que haya combustión tiene que someterse a una temperatura superior a 650 (...) una vez que se ha calentado dentro del dispositivo -en la foto inferior- el cigarrillo dura bien seis minutos, bien 12 o 14 caladas. Después, se apaga. Está caliente, pero no quema", y aparece una fotografía justo debajo de este párrafo con el dispositivo y un cigarrillo Heets con su cajetilla. En otras respuestas, Ruperto manifiesta que en Japón el 70% de los fumadores que han probado Iqos se han pasado a él.

12) En 27 de mayo de 2017 apareció en el diario digital Expansión.com, en la sección de economía digital, el artículo titulado "Philip Morris y la próxima era tecnológica del tabaco", encabezado por una fotografía del Sr. Ruperto sosteniendo el dispositivo IQOS y un cigarrillo Heets. En el mismo se informa que PMI ha invertido 3.000 millones de dólares en I+D+i para desarrollar productos alternativos, siendo el primero en comercializarse IQOS, dando cuenta de sus características y funcionamiento, junto a una fotografía del mismo. El artículo señala, entre otros extremos que "internamente IQOS se considera un éxito. Más de dos millones de personas lo han adoptado, bien de forma exclusiva o complementaria a los cigarrillos convencionales."

13) En el diario de información general de ámbito canario Canarias 7, se incluyó en 21 de julio de 2017, ocupando la página 27, un artículo, basado en una entrevista con el Sr. Ruperto, encabezado por una fotografía de éste sosteniendo en sus manos el dispositivo IQOS, en la que manifiesta las características y funcionamiento del mismo; en un recuadro en la parte inferior de la página aparece una fotografía del dispositivo con un cigarrillo introducido en el mismo.

14) En el diario de información general de Tenerife, El Día, de la misma fecha que el anterior, apareció asimismo un artículo que ocupaba la página 26, bajo el título "Philip Morris mira al futuro con su nuevo dispositivo de consumo", en el que se recogen las manifestaciones del Sr. Ruperto sobre IQOS, con una fotografía del mismo en la parte inferior, y una fotografía más grande del dispositivo con un cigarrillo Heets en la parte superior.

15) En 23 de julio de 2017, en el suplemento Empresa del diario ABC, bajo el título "*La tabaquera Philip Morris apuesta por bajar los humos*", en el que, al igual que en los anteriores, se recogen las afirmaciones del Sr. Ruperto *junto a una fotografía de éste, y otra fotografía en la parte inferior del dispositivo IQOS con un cigarrillo en su interior*.

16) En 12 de agosto de 2017, en el diario Canarias 7, página 34, se dio cuenta de la presentación social por Philip Morris en las Palmas y en Santa Cruz de Tenerife del IQOS Club. Junto a las fotografías del evento social se hacía referencia al dispositivo.

17) El mismo evento fue objeto de una página en el diario La Provincia, en que, junto a las fotografías del acto se incluía una fotografía del dispositivo IQOS, así como del diario La Opinión de Tenerife y de El Día.

18) En el diario digital Vozpópuli, en 16 de septiembre de 2017, se publicó un artículo periodístico en el que se recogía el lanzamiento por PMI del producto IQOS, bajo el título "Marlboro financiará con 960 M. la fundación 'Mundo Sin Humo' ante el escepticismo médico".

19) En 19 de octubre de 2017, en el Diario de Sevilla, pg. 46, se recogía un artículo fundado en una entrevista al Sr. Ruperto, bajo el título "Sevilla, tercera ciudad con más venta del tabaco para calentar de Philip Morris" y una fotografía de aquel. El mismo artículo con la misma fotografía se incluyó en la misma fecha en el Diario de Cádiz, el Diario de Jerez, el Día de Córdoba y en Huelva Información.

20) En la revista semanal Yo Dona se incluían fotografías de determinadas actrices y actores en "la presentación de Iqos", en las que las mismas posaban en un *photocall* en el que únicamente aparecía la marca IQOS.

21) En el diario de información económica Cinco Días de 7 de diciembre de 2017, bajo el titular "Philip Morris cambia su producción para dejar atrás el cigarrillo tradicional", dedica sus páginas 8 y 9 al dispositivo IQOS,

apareciendo en la primera página una foto del mismo y de una operaria trabajando en el edificio de Suiza, y en la segunda página, debajo de unos gráficos sobre la caída del consumo de tabaco, se da cuenta de los proyectos similares de otras empresas del sector.

22) En el diario digital de información general eldiario.es, se publicó en 7 de enero de 2018 un artículo bajo el título "Philip Morris achaca la caída de Marlboro en España a la subida del precio y a Iqos", encabezado por una fotografía del Sr. Ruperto delante del lema "esto lo cambia todo", en el que se hacía referencia a la comercialización de Iqos como actual actividad de la demanda, indicando aquel que "nuestra caída se debe también en parte a que hemos apoyado a Iqos - concentra más del 80% de su presupuesto en comunicación- y hemos descuidado nuestras marcas *tradicionales*".

23) La misma fotografía encabeza la información publicada en el Diario de Teruel en 8 de enero de 2018, bajo el titular "Ruperto (Philip Morris): "El futuro del tabaco se encuentra en el ámbito de la tecnología", centrándose la misma en el lanzamiento de Iquos.

24) En el diario económico El Economista de 8 de enero de 2018 se recogió la información del lanzamiento de Iquos, con indicación además de su precio, bajo el título "Ruperto, de Philip Morris: "Nuestra meta es un mundo sin humo".

25) En un artículo aparecido en el diario económico Expansión de 16 de enero de 2018, en que se hacía referencia a las innovaciones introducidas en varias empresas importantes en diferentes sectores, se recogía que Philip Morris había desarrollado el dispositivo IQOS, señalando las características del mismo.

26) En un artículo publicado en el diario El Economista de 20 de enero de 2018, dedicado a los cigarrillos electrónicos, se recoge el lanzamiento del IQOS, con indicación de sus características.

[doc. 3 de la demanda; dossier en que aparecen las anteriores informaciones, obtenidas de los respectivos medios de comunicación en 96 páginas].

27) En el mismo diario, en 27 de febrero de 2018, en la pg. 33 apareció una entrevista a Ruperto, bajo el titular "Cinco millones de personas fuman ya nuestro cigarrillo sin humo", con una fotografía del mismo en el centro de la página en la que sostiene el dispositivo IQOS [Doc. 18 aportado por la actora en la audiencia previa].

28) En un artículo publicado por Vozpópuli.com se recogen las manifestaciones de Ruperto bajo una fotografía de éste delante del logotipo de IQOS [doc. 19].

29) En 29 de marzo de 2018, en El Correo Gallego, ocupando la página 7 aparece una fotografía de "El Cubo" y de los 430 trabajadores del mismo, bajo el titular "La I+D del Cubo 'jubila' al vaquero de Marlboro", con un artículo en el que se da cuenta del lanzamiento de IQOS [Doc. 20].

30) Artículos similares a los anteriores se han publicado en La Opinión de Tenerife (31 de marzo de 2018), La Provincia (1 de abril de 2018), La Vanguardia (1 de abril de 2018), 20minutos.es (6 de abril de 2018), ABC (7 de abril de 2018), Diario de Burgos (8 de abril de 2018), Cosmopolitan (10 de abril de 2018) [docs. 21 a 27].

31) En 25 de abril de 2018, el titular en la página 11 del diario Expansión era "Philip Morris: 100.000 iQos en España en un año y medio", junto a una fotografía de Ruperto, señalándose en el subtítulo que "el fabricante de Marlboro alcanza una cuota de mercado del 1,5% en Madrid y el 0,6% en Barcelona con su dispositivo de tabaco calentado", recogiendo el artículo las manifestaciones de Ruperto sobre iQos, incluyendo el próximo lanzamiento de nuevos sabores de Heets [doc. 29].

32) En 6 de mayo de 2018, aparecía un artículo en el Diario de Teruel bajo el titular "Philip Morris descarta dar marcha atrás en su plan de acabar con el cigarrillo", en el que se hacía referencia a las características de IQOS y aparecía la fotografía de un investigador de la firma [doc. 30].

33) En 20 de mayo de 2018 aparecía una entrevista a Ruperto en el suplemento mensual La Razón Tu Economía, con una fotografía del mismo, en el que habla de la implantación de IQOS en España [doc. 31].

34) En 4 de junio de 2018 en un artículo en el diario Canarias 7, bajo el titular "¿Porqué el día Mundial Sin Tabaco debería ser el Día Mundial Sin Fumar?", aparecía junto al mismo la fotografía de una persona fumando el dispositivo IQOS [doc. 32].

35) En El Día del 5 de junio de 2018, en una columna se hacía referencia la inversión de la demandada de 4.500 millones de dólares en investigación [doc. 33].

36) En el diario La Provincia, en 23 de septiembre de 2018, apareció una entrevista con la directora general de Philip Morris en Canarias referido al lanzamiento de IQOS, apareciendo en la segunda página del mismo una fotografía del dispositivo [doc. 34].



37) En el Correo Gallego de 24 de octubre de 2018 en una columna titulada "el cigarrillo sin humo espera tener 40% de mercado en siete años", aparecía una fotografía del dispositivo con el cigarrillo insertado en el mismo [doc. 35].

38) En el suplemento semanal del diario Expansión, Fuera de Serie, de 27 de enero de 2018, ocupando su quinta página aparece un anuncio de IQOS, en el que aparece una imagen del mismo sin cigarrillo insertado en el mismo, con la advertencia en su parte inferior de "producto dirigido exclusivamente a fumadores adultos" [doc. 38].

39) En la revista Hola de 31 de enero y de 28 de febrero de 2018 apareció el mismo anuncio [docs. 39 y 43 respectivamente], así como en el diario deportivo Marca de 21 de febrero de 2018 [doc. 40] y en la revista Woman de marzo de 2018 [doc. 45].

40) En la revista Magazine, suplemento semanal del diario La Vanguardia, de fecha 25 de febrero de 2018, apareció el mismo anuncio en la pg. 8, y en la pg. 9 dos fotografías del dispositivo IQOS sin cigarrillo incorporado, con un texto explicativo del mismo [doc. 41]. Las mismas páginas aparecieron en la revista Vogue de marzo de 2018 [doc. 44].

41) En uno de marzo de 2018, en las revistas Muy Interesante, Quo, Vanity Fair, Viajar y Condé Nast Traveler aparecieron ocupando una página informaciones sobre el dispositivo IQOS con la misma fotografía del mismo que aparecía en los anteriores anuncios [docs. 46 a 50].

42) Un anuncio similar al que hace referencia el punto 39 anterior apareció en la revista de la confederación española de hostelería, La Revista de Hostelería, número 43, del año 2018 [doc. 51].

43) En la revista Actualidad Económica del 3 al 9 de septiembre de 2018 apareció un reportaje titulado "La esperanza blanca de Philip Morris" con una fotografía del dispositivo con cigarrillo incorporado, en el que se recogen las manifestaciones de Samuel, director corporativo de la firma [doc. 52].

III. La demandada tenía un contrato con la agencia de comunicación Román y Asociados desde el año 2015 para desarrollar el plan de comunicación que se fija cada año [declaración testifical de Ruperto y doc. 17 aportado por la actora en la audiencia previa, copia ante Notario del portal de Internet topcomunicación.com]. El plan era elaborado por la consultora, siendo después presentado al cliente [declaración testifical de la representante legal de Román y Asociados, Candelaria].

IV. La demandante envió sendas cartas en 9 de mayo y 3 de noviembre de 2017, al diario La Razón y al Diario de Sevilla respectivamente, comunicando a éstos que su actuación infringía la prohibición legal de difundir publicidad del tabaco [docs. 14 y 15 de la demanda].

V. En 15 de enero de 2018, la demandante envió una carta a la demandada requiriéndole para que reconociese públicamente que su campaña de comunicación infringía la ley 28/2005 y la LCD, y a que se comprometiesen a cesar en su conducta [doc. 16 de la demanda].

6. Los anteriores hechos han quedado acreditados por la documental señalada en los mismos, que produce los efectos que le otorga el art. 326 LEC, al hacer prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documentan al no haber sido practicada prueba en contrario. Los hechos recogidos en Acta Notarial, como el doc. 17 de la demandante, producen los efectos que les otorga el art. 319 LEC. El resto han quedado probados por las declaraciones testificales reseñadas, que cumplen con requisitos de veracidad suficientes para ello.

**TERCERO.** Marco normativo.-

7. La Ley General de Publicidad, ley 34/1988 de 11 de noviembre (LGP), en su art. 3 d), *considera publicidad ilícita la que infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios. La consideración de dicha conducta como publicidad ilícita implica considerar la misma no sólo como -en su caso- un ilícito administrativo, sino también como un ilícito civil de publicidad desleal (art. 18 de la Ley de Competencia Desleal), y por tanto poder ejercer frente a la misma las acciones civiles recogidas en el art. 32 de la Ley de Competencia Desleal (LCD).*

8. La ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco, en su art. 9.1 prohíbe el patrocinio de los productos del tabaco, así como toda clase de publicidad y promoción de los citados productos en todos los medios y soportes, incluidas las máquinas expendedoras y los servicios de la sociedad de la información, con tres únicas excepciones consistentes en las publicaciones destinadas exclusivamente a los profesionales que intervienen en el comercio del tabaco; las presentaciones de productos del tabaco a profesionales del sector en el marco de la ley 13/1998, de 4 de mayo, de ordenación del mercado de tabacos y normativa tributaria, y la promoción en las expendedorías de tabaco y timbre del Estado, en las condiciones que indica el precepto; y



las publicaciones editadas o impresas en un Estado no miembro de la Unión Europea, que no estén destinadas principalmente al mercado comunitario.

9. El art. 2 a) de la Ley 28/2005 define la publicidad a los efectos de dicha ley como

" *toda forma de comunicación, recomendación o acción comercial, cuyo objetivo o efecto directo o indirecto sea la promoción de un producto del tabaco o el uso del tabaco, incluida la publicidad que, sin mencionar directamente un producto del tabaco, intente eludir la prohibición de la publicidad utilizando nombres, marcas, símbolos u otros elementos distintivos de productos del tabaco*". A los efectos de la LGP, de acuerdo con su artículo segundo, se entiende por publicidad " *toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones*". La Directiva 2006/114/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa, define la 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, incluidos los bienes inmuebles, los derechos y las obligaciones*". La STJUE de 11 de julio de 2013 (C-657/11) señala que, de los considerandos 3, 4 y 8 de la Directiva, y de las amplias definiciones de publicidad engañosa y publicidad comparativa, se desprende que el legislador comunitario tuvo la intención de instaurar, a través de dicha Directiva y de la 84/450, un régimen completo para toda forma de manifestación publicitaria, independientemente de si conduce o no a la celebración de un contrato, a fin de evitar que tal publicidad perjudique tanto a los consumidores como a los comerciantes y distorsione la competencia dentro del mercado interior (ap. 38).

10. La Directiva 98/43, de 6 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las *disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad y de patrocinio de los productos del tabaco, prohíbe en su art. 3.1 toda clase de publicidad o de patrocinio del tabaco en la Comunidad. El apartado cuarto prohíbe la distribución gratuita cuyo objetivo o efecto directo o indirecto sea la promoción de un producto del tabaco.*

11. Esta Directiva 98/43 define la publicidad del modo adaptado en su transposición por la Ley 28/2005, como cualquier tipo de comunicación comercial cuyo objetivo o efecto directo o indirecto sea la promoción de un producto del tabaco, incluida la publicidad que, sin mencionar directamente un producto del tabaco, intente eludir la prohibición de la publicidad utilizando nombres, marcas, símbolos u otros elementos distintivos de productos del tabaco. En cuanto al patrocinio, tanto en la Directiva como en la Ley 28/2005, se tiene por tal cualquier contribución, pública o privada, a un acontecimiento o actividad cuyo objetivo o efecto directo o indirecto sea la promoción de un producto del tabaco. Por producto del tabaco se considera en ambas normas a aquellos productos destinados a ser fumados, inhalados, chupados o masticados, siempre que estén constituidos, aunque sólo sea en parte, por tabaco ( art. 2). Por último, la ley 28/2005 define la promoción como todo estímulo de la demanda de productos del tabaco, como anuncios, publicidad y actos especiales, entre otros, destinados a atraer la atención y suscitar el interés de los consumidores (art. 2.1.d).

12. La Directiva 2001/83, de 6 de noviembre de 2001, que establece un código humano sobre medicamentos para uso humano prohíbe toda publicidad de un medicamento para el que no se haya otorgado una autorización de comercialización de conformidad con el Derecho comunitario. La STJUE de 2 de abril de 2009, caso *Frede Damgaard* (C-427/07 ), interpretando dicha Directiva señala que ésta, si bien al definir la publicidad de medicamentos subraya expresamente la finalidad del mensaje, no incluye ninguna indicación en cuanto a las personas que difunden esa información (ap. 20), no excluyendo el carácter publicitario que el mensaje sea difundido por un tercero independiente, aunque éste lo difunda en el marco de una actividad comercial o industrial (ap. 21), pues aun en tales casos la publicidad de los medicamentos puede perjudicar a la salud pública, cuya salvaguarda es el objetivo esencial de la Directiva (ap. 22).

13. Señala asimismo la referida sentencia que la situación de la comunicación del autor de una información relativa a un medicamento, y en especial su relación con la empresa productora o distribuidora de éste, constituye un factor que, aunque ayude a averiguar si dicha información tiene carácter publicitario, debe valorarse conjuntamente con otras circunstancias, como la naturaleza de la actividad desarrollada y el contenido del mensaje (ap. 24). La conclusión de lo anterior es que la difusión por un tercero de información relativa a un medicamento, en particular a sus propiedades curativas o preventivas, puede considerarse publicidad en el sentido del art. 86 de la Directiva 2001/83, aun cuando ese tercero actúe por cuenta propia y de forma totalmente independiente, de hecho y de derecho, del fabricante o del vendedor de ese medicamento; corresponde al juez nacional determinar si dicha difusión constituye una forma de oferta informativa, de prospección o de incitación destinada a promover la prescripción, la dispensación, la venta o el consumo de medicamentos. La analogía entre la prohibición de la publicidad del *medicamento en las condiciones indicadas y la de la publicidad del tabaco, derivada de que ambas tienen por fundamento la protección de la salud*



*pública (Considerando 4º de la Directiva 98/43 respecto de la publicidad del tabaco), hace que las anteriores consideraciones del TJUE sean de aplicación al presente pleito.*

14. En cuanto al concepto de comunicación (en contraposición al de publicidad), la Directiva 2000/31, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior, en su art. 2 letra f) entiende por "comunicación comercial" a *"todas las formas de comunicación destinadas a promocionar directa o indirecta bienes, servicios o la imagen de una empresa, organización o persona con una actividad comercial, industrial, artesanal o de profesiones reguladas. No se consideran comunicaciones comerciales en sí mismas (...) las comunicaciones relativas a los bienes, servicios o a la imagen de dicha empresa, organización o persona, elaboradas de forma independiente de ella, en particular cuando éstos se realizan sin contrapartida económica"*.

15. El TJUE, en interpretación del Reglamento 1924/2006 sobre declaraciones nutricionales y de propiedades saludables en los alimentos, que prohíbe éstas últimas cuando no cumplan las condiciones que prevé el mismo, declaró en la sentencia de 14 de julio de 2016 (C-19/15) que el Reglamento es aplicable a las declaraciones nutricionales y de propiedades saludables efectuadas en una comunicación de tipo comercial relativas a un alimento destinado a ser suministrado como tal al consumidor final, cuando esa comunicación no va dirigida al consumidor final, sino exclusivamente a profesionales de la salud.

**CUARTO.** El objeto de la publicidad.-

16. A la vista de las posiciones de las partes, no es controvertido entre las mismas que el dispositivo IQOS no es un producto del tabaco, pero sí lo son los cigarrillos HEETS; así como que aquel no se puede utilizar sin éstos últimos, ni éstos pueden ser consumidos sin utilizar para ello aquel dispositivo. No es hecho controvertido que el dispositivo IQOS tiene por única finalidad servir para fumar los cigarrillos Heets, producidos por la demandada específicamente para ser fumados con IQOS, y sin que puedan ser fumados de ninguna otra manera. Dado lo anterior, carece de trascendencia probatoria alguna en este pleito la contestación del Comisionado para el Mercado de Tabacos del Ministerio de Hacienda al oficio dirigido al mismo por el juzgado de lo social nº 20 de Barcelona (aportado por la parte demandada como doc. 1 en escrito con fecha de entrada 12 de junio de 2019), pues viene a ratificar lo señalado anteriormente, que IQOS no es un producto del tabaco.

17. Aunque la prohibición de publicidad, por su propia esencia de excepción a una regla general de publicidad libre, debe ser interpretada restrictivamente, o al menos no de una forma no extensiva, la anterior consideración de ser el fumar la única finalidad del dispositivo IQOS debe ser tenida en cuenta. Por tanto, aunque en principio la prohibición de publicidad afectaría únicamente a los cigarrillos HEETS, dado que son un producto del tabaco y no lo es el dispositivo IQOS, teniendo en cuenta la finalidad de protección de la salud pública que tiene la prohibición -como se ha hecho referencia en el fundamento anterior-, *la prohibición de publicidad debe abarcar también al dispositivo IQOS, pues el único uso posible del mismo es fumar. No se prohíbe la publicidad de los productos del tabaco en consideración a sí mismos, sino porque se fuman, por lo que hacer publicidad de un aparato técnico cuya única finalidad es servir para fumar supondría una especie de fraude de ley. Se estaría amparando dicha publicidad en la falta de aplicación de la prohibición del art. 9 Ley 28/2005 para conseguir de tal modo una finalidad contraria a la perseguida por la norma: la publicidad de un producto cuyo único uso consiste en fumar cigarrillos; es decir, la promoción del tabaco.*

18. No obstante lo anterior, dicha consideración no es especialmente relevante en este pleito, pues lo verdaderamente relevante es determinar si el conjunto de informaciones aparecidas en los medios de comunicación recogidas -al menos parcialmente- en los hechos probados de esta resolución constituyen publicidad, en el sentido de la prohibición del art. 9 Ley 28/2005, o únicamente constituyen actos de comunicación o información de un asunto de interés público por parte de los medios de comunicación, y por tanto fuera del alcance de la prohibición de publicidad que establece dicho precepto legal.

19. Lo primero que hay que resaltar es que, publicidad o comunicación, aquel conjunto de informaciones constituyen una unidad, pues -como se ha declarado probado- Philip Morris no niega que las mismas responden a un plan preconcebido y llevado a cabo por la misma, en forma de campaña de comunicación, a través de la agencia de comunicación Román y Asociados. Este conjunto de informaciones tiene su origen, por tanto, en la voluntad de la demandada de comunicar el desarrollo y lanzamiento por la misma de un producto novedoso, que vendría a sustituir a los cigarrillos convencionales reduciendo los efectos perniciosos de los mismos.

20. A pesar de que fuera dudoso que la prohibición de publicidad afectase al dispositivo técnico IQOS, la demandada ha evitado el problema y no ha realizado la comunicación de este producto a través de una campaña publicitaria propiamente dicha (anuncios retribuidos en los medios), sino a través de actos de comunicación (distribución a los medios de la información sobre el producto, para que éstos posteriormente,



de manera voluntaria y sin retribución, informen de la existencia del mismo). Cuestión distinta, y que constituye el objeto del pleito, es que esos actos de comunicación excedan o no de su propio ámbito, y se trate en el primer caso de actos de publicidad encubierta o larvada, que entrarían por tanto dentro de la prohibición de publicidad por el motivo que se ha dicho en el punto 15 anterior.

**QUINTO.** Los requisitos del concepto de publicidad.-

21. El objeto del pleito requiere determinar en primer lugar, no si las informaciones recogidas en los hechos probados constituyen actos de comunicación, sino si éstas cumplen con los requisitos del concepto legal de publicidad, y por tanto deben ser consideradas como tales.

22. Por tanto, hay que atender a los aspectos materiales de las informaciones más que a los formales. Es decir, aunque éstas pudieran entrar en el concepto doctrinal o legal (*señalado en los puntos 14 y 15 de esta resolución*) de acto de comunicación, lo relevante es si entran dentro del concepto legal de publicidad.

23. De los diferentes conceptos legales de publicidad que se han recogido en el *fundamento de derecho tercero*, debemos partir del específico para la presente materia que es el del art. 2 a) de la Ley 28/2005, cuyo primer elemento es tratarse de "toda forma de comunicación, recomendación o acción comercial".

24. El carácter amplio de "toda forma de comunicación" hace que deba incluirse las informaciones recogidas en los hechos probados, pues éstas constituyen una forma de comunicación, aun indirecta, del fabricante del producto hacía el público en general.

25. En este concepto no se exige, como sí se hace en la definición general de la LGP, que la comunicación se haga "en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional". En todo caso, este requisito se cumpliría igualmente, pues quien encarga la campaña de comunicación y aparece en la misma es la productora y comercializadora del producto, quien por tanto actúa dentro de su actividad industrial y comercial.

26. El elemento preponderante de la definición es la finalidad o el efecto de la comunicación: "cuyo objetivo o efecto directo o indirecto sea la promoción de un producto del tabaco o el uso del tabaco". En primer lugar, hay que resaltar que la inclusión del objetivo o efecto de promover el uso del tabaco hace que sea manifiesto que también la publicidad aislada de un dispositivo que no es producto del tabaco, pero que no tiene otra finalidad distinta que el uso del tabaco, como es IQOS, está también incluida en el concepto de publicidad a los efectos de la Ley 28/2005.

27. En segundo lugar, es preciso que el objetivo -la finalidad de la comunicación-, o el efecto de la misma, aun indirecto, y, por tanto, aunque se trate de un efecto objetivo, no buscado por el autor de la información, con independencia de que éste se lo represente o no, requisito que tampoco se exige, sean -en este caso- la promoción del uso del tabaco.

Desde el momento en que se afirma por la demandada que, a diferencia del cigarrillo electrónico, Heets sí es tabaco, y por tanto la utilización de IQOS supone fumarlo (si bien de un modo distinto al cigarrillo convencional), la promoción de IQOS es la promoción del uso del tabaco. A este respecto, la doctrina señala -en materia de publicidad de medicamentos, de regulación análoga a la del tabaco - que la publicidad ilícita tiene la naturaleza de ilícito de peligro propia de los actos de competencia desleal en general; por lo que lo procedente no es determinar si el público relevante percibió el mensaje como informativo o promocional, sino si concurría un riesgo razonable de que éste pudiese haberlo percibido como promocional.

28. La cuestión se centra, por lo tanto, en determinar si el conjunto de informaciones recogidas en los hechos probados de esta resolución suponen una promoción del uso de IQOS. La respuesta únicamente puede ser afirmativa; dichas informaciones, bajo la apariencia de información sobre un nuevo invento tecnológico, contienen un importante mensaje publicitario, tanto por su contenido, como por su forma, como por el carácter generalizado e indiscriminado de las mismas.

29. En cuanto a su contenido, en la gran mayoría de los casos se trata de *informaciones periodísticas que ocupan como mínimo una página completa del periódico, revista o diario digital (de extensión similar a los anteriores), firmadas por tanto por un periodista del medio de que se trate, en las que se recoge tanto la inversión realizada por Philip Morris, en concreto de la cifra de 3.000 millones de dólares, para desarrollar productos para fumar que eviten o disminuyan los problemas para la salud del tabaco. La información en la totalidad de los casos, junto a dicha referencia a los esfuerzos investigadores -en los que se da cuenta de la existencia del "cubo", donde se desarrollan estos proyectos-*, recoge la existencia de IQOS y su lanzamiento por la demandada. Es decir, siempre hay una referencia concreta al producto de las investigaciones, que es el dispositivo IQOS. Esta referencia concreta hace que no estemos ante una mera información de avances científicos relevantes, lo que constituiría claramente un supuesto de información no publicitaria, sino de la presentación de un producto.



30. La referencia a IQOS comprende siempre la explicación de sus características: a diferencia del tabaco convencional, no quema el tabaco sino que sólo lo calienta; se utiliza con el cigarrillo especial marca HEETS, también comercializado por la demandada; la duración de la batería o de los cigarrillos; y lo que es más importante, en muchas informaciones se indica dónde se puede obtener IQOS y a qué precio, así como los cigarrillos Heets. Las referencias a las características del producto pueden ser objeto de comunicación y de publicidad al mismo tiempo, pero la referencia al modo de obtención, incluido el precio, únicamente puede tener una finalidad de promoción de la venta del producto.

31. En algunos de los artículos se parte de la situación general del sector tabaquero, haciendo referencia a los distintos productos desarrollados por las distintas empresas del mismo. Así, junto a IQOS se nombran a otros productos, como el desarrollado por el grupo de la demandante. Pero esto no empece al carácter de publicidad que tiene la información centrada en el producto de la demandada.

32. También tienen carácter publicitario en cuanto al contenido las referencias al éxito que está teniendo el producto en el mercado. Es evidente que una referencia pública a este tipo de éxito respecto de un producto determinado implica -aunque no sea un efecto buscado por el que la pronuncia- la promoción de la adquisición del mismo. Tras la renuncia de la demandante a la acción por publicidad engañosa es indiferente la realidad de las manifestaciones favorables a las propiedades de IQOS en relación con el tabaco normal, o incluso a la realidad del éxito en ventas. Pero sí es relevante ésta última referencia cuando la misma sirve para promocionar el producto. La noticia de que Sevilla es la tercera ciudad española de venta de tabaco para calentar de PM viene a ser un pretexto para dar una información favorable al producto, e incitar a su consumo.

33. Dentro de lo anterior hay que incluir las manifestaciones de Ruperto sobre que IQOS marca un "hito", o el lema "esto lo cambia todo" (que en unas ocasiones lo pronuncia el Sr. Ruperto y en otras aparece tras su imagen en el lugar de presentación del producto), pues tal expresión viene a remarcar una preeminencia de IQOS sobre el resto de dispositivos similares existentes en el mercado.

34. Junto al contenido de las informaciones, tiene especial relevancia a la hora de *calificar a las mismas de publicidad la forma que adoptan la mayoría de ellas. Por una parte, son escasas las informaciones en las que no aparece una fotografía o cualquier otra imagen del dispositivo IQOS, con o sin el cigarrillo Heet incorporado. La presentación de la imagen tiene un claro componente promocional; además del interés sobre el producto que se ha creado con el texto, se reproduce el mismo de modo que el público interesado, tras leer el artículo, tiene una imagen completa del producto y sus características, del mismo modo que si hubiese visto un anuncio publicitario del mismo.*

35. Incluso en la propia aparición en gran cantidad de las informaciones de la imagen del CEO de Philip Morris, Ruperto, se puede apreciar un componente publicitario. Fue quien, según declaró, se encargó del lanzamiento del producto y quien concedió las entrevistas que sirvieron de base para la mayoría de los artículos periodísticos. En muchas informaciones aparece una fotografía del mismo, sosteniendo en la mayoría de las veces el producto: la imagen del Sr. Ruperto representa a Philip Morris, y el dispositivo que sostiene es IQOS, el producto del que se habla en el artículo. Tal forma de presentación no es propia de una información no publicitaria sino de una información con el efecto promocional al que se ha hecho referencia más arriba.

36. El propio hecho de que la campaña de comunicación no se hubiera limitado a difundir comunicados de prensa a los medios, o incluso invitar a periodistas a conocer "el Cubo", sino mediante entrevistas del máximo responsable del lanzamiento del producto es revelador de la intención promocional de la misma. Al tratarse de una entrevista -aunque el artículo no recoja la entrevista completa sino sólo algunas manifestaciones del entrevistado-, el mensaje es emitido por el interesado, no por el periodista; las frases que sirven para el título o subtítulo del artículo son manifestaciones realizadas por el entrevistado, si bien elegidas por el periodista; y, por tanto, aparece ya una conexión directa entre quien comercializa el producto y el público, al igual que en el mensaje publicitario.

37. Se aprecia también un carácter promocional cuando la información consiste en dar cuenta de un evento social consistente en la presentación de IQOS, como los recogidos en los puntos 16 y 20 del hecho probado II. A estos eventos acudieron personas conocidas socialmente como actores o modelos ajenas al sector del tabaco, que es lo que motivó la aparición en prensa de dichos reportajes, pero en los que se recogía expresamente que se trataba de la presentación de IQOS, apareciendo el logotipo -en la noticia del punto 20- en el propio *photocall* donde se fotografiaba a los asistentes. Tales noticias tienen carácter de información sobre un evento social, pero este evento en sí mismo tiene carácter promocional indubitado, y su aparición en un medio de comunicación también la tiene.

38. Por último en cuanto a la forma, son claramente anuncios publicitarios, porque con tal formato aparecen, los recogidos en los puntos 39 a 42 del hecho probado II. Tanto estos anuncios, como las informaciones referidas en el punto anterior, no pueden ser considerados como hechos aislados, pues los mismos coinciden



temporalmente con la campaña de comunicación objeto de este pleito, por lo que entran dentro de la acción deducida en la demanda junto al resto de informaciones referidas en la misma.

39. El tercer elemento (en la medida en que los elementos en que se han *individualizado los motivos por lo que se considera que las informaciones declaradas probadas son publicidad, ya que éstos no son impermeables entre sí*) es el carácter generalizado e indiscriminado de las informaciones publicadas; es decir, como se observa fácilmente en los hechos probados, las informaciones se publicaron en una gran variedad de medios de comunicación de todos los sectores, comenzando por la información general, la económica, la deportiva o la social. Este sólo hecho es revelador del carácter promocional de la información y en todo caso de su efecto, directo o indirecto, buscado o no, de promover el uso del tabaco. Si se tratase de comunicaciones no publicitarias, la información estaría dirigida a sectores específicamente interesados en los avances tecnológicos en la materia; si se dirigen al público en general para que éste conozca que hay un producto nuevo con las características de IQOS, lo que se está haciendo es promocionar la venta de IQOS, y promocionar esta venta como se ha dicho es promocionar el uso del tabaco.

40. Este carácter promocional derivado de la divulgación indiscriminada de las informaciones se deduce de las excepciones que el art. 9.1 de la ley 28/2005 establece a la prohibición general de los productos del tabaco, ya citadas: las publicaciones destinadas exclusivamente a los profesionales que intervienen en el comercio del tabaco; las presentaciones de productos del tabaco a profesionales del sector en el marco de la ley 13/1998; y las publicaciones editadas o impresas en un Estado no miembro de la Unión Europea, que no estén destinadas principalmente al mercado comunitario.

#### **SEXTO.** Conclusión.-

41. De acuerdo con los dos anteriores fundamentos, en atención a su contenido, forma y carácter generalizado, las informaciones que son objeto de la demanda, y que han sido declaradas probadas en el hecho probado II de esta resolución, tienen la consideración de publicidad de productos del tabaco o del uso del tabaco.

42. No empece a esta conclusión el que se trate de informaciones emitidas a nombre de periodistas o medios de comunicación independientes de la demandada. Como se ha dicho en el punto 12 de esta resolución, en primer lugar la doctrina sentada en la STJUE de 2 de abril de 2009 es aplicable al presente caso pues tanto la prohibición de la publicidad de los medicamentos (en las condiciones establecidas legalmente) como la prohibición de la publicidad del tabaco tienen el mismo fundamento que es la protección de la salud pública. De acuerdo con dicha doctrina no afecta al carácter publicitario de la información que el mensaje sea difundido por un tercero independiente, en atención a aquella finalidad de protección de la salud pública.

43. En todo caso, en el presente supuesto las informaciones emitidas por los medios de comunicación tienen su origen en la campaña de comunicación emprendida por la demandada, por lo que es ésta campaña, que tiene como consecuencia las informaciones litigiosas, la que vendrá afectada por la decisión de este pleito.

44. Declarado que las informaciones tienen carácter publicitario del tabaco o de su uso, esta publicidad contraviene la prohibición del art. 9.1 Ley 28/2005, sin que tenga *amparo en ninguna de las excepciones que el precepto contempla*.

45. Al tratarse, en consecuencia, de una publicidad que incumple la normativa específica que la regula estamos ante una *publicidad ilícita, conforme al art. 3 d) LGP. Conforme al art. 18 LCD, la publicidad considerada ilícita por la LGP se reputará desleal*, lo que implica, como ha quedado dicho, que frente a la misma se pueden ejercer las acciones del art. 32 LCD.

46. En la demanda se pretende que se declare que se han cometido actos de publicidad ilícita, por contravención del art. 3 d) LGP en relación con el art. 9.1 Ley 28/2005, así como publicidad encubierta del art. 5 LCD, y publicidad ilícita del art. 15.2 LCD. Declarada la primera de las ilicitudes, no procede entrar en las siguientes, máxime cuando ésta ilicitud tiene un carácter específico frente al más general de las otras dos.

47. En consecuencia de dicha declaración se interesa en la demanda la cesación de la campaña de comunicación y la prohibición de su repetición futura. La declaración de ilicitud que suponen los anteriores puntos debe implicar la estimación de la acción de cesación y de prohibición de repetición. Esta última limitada obviamente a una campaña de comunicación que repitiese en sustancia las características de la que es objeto de este procedimiento.

48. Asimismo, se interesa la publicación del Fallo íntegro en un diario de tirada nacional y en las revistas del sector del tabaco "Mundo Estanco" y "la Boutique del fumador" a costa de la demandada. La publicación de la sentencia tiene un carácter meramente reparador de la infracción cometida, estando destinada por tanto a deshacer los efectos que aquella ha producido en el mercado. No tiene en nuestro Derecho un carácter sancionador. La publicación en dos revistas del sector del tabaco en las que no se ha declarado probado que se



hubiesen incluido las informaciones ilícitas tiene éste último carácter y no el primero, por lo que no puede ser atendida tal pretensión. En cuanto al diario de tirada nacional, teniendo en cuenta que de los hechos probados resulta que el diario de tirada nacional (digital o en papel) en el que -en alguna de sus distintas publicaciones, lo que hace que los lectores sean los mismos- las informaciones han aparecido con mayor asiduidad es el diario económico Expansión, la publicación deberá tener lugar en éste.

**SÉPTIMO.** Costas procesales.-

49. Dada la estimación de la demanda, conforme al art. 394.1 LEC, se imponen las costas procesales a la parte demandada.

En virtud de los anteriores razonamientos jurídicos, y en nombre del Rey, dicto el siguiente

## FALLO

Que, estimando la demanda interpuesta por ALTADIS, S.A., siendo demandada PHILIP MORRIS SPAIN, S.L., debo efectuar los siguientes pronunciamientos:

1. Declaro que la demandada ha realizado actos de competencia desleal consistentes en *publicidad ilícita del dispositivo IQOS y el tabaco HEETS*.
2. Condeno a la demandada a cesar en la realización de dichos actos, en concreto en la campaña de comunicación relativa a dichos productos en los términos en que se ha venido desarrollando, así como a reiterarlos en el futuro.
3. Condeno a la demandada a publicar a su costa el Fallo de esta sentencia en el diario Expansión.
4. Todo ello con imposición a la demandada de las costas procesales.

Notifíquese esta sentencia a las partes, advirtiéndoles de que la misma no es firme, pudiendo interponer frente a la misma Recurso de Apelación, que deberá presentarse ante este Juzgado en el plazo de 20 días contados desde el siguiente al de su efectiva notificación, siendo resuelto por la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid.

Así por esta mi sentencia, que dicto, mando y firmo en el día de su fecha, de la cual se dejará testimonio en los autos de su razón, llevándose su original al libro correspondiente, y ejecutoriándose, en su caso.

Así por esta sentencia lo pronuncio, mando y firmo.

**El Magistrado Juez**

**PUBLICACIÓN:** Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma, y se expide certificación literal de la misma para su unión a autos. Doy fe.