



Roj: **SAP M 2/2022 - ECLI:ES:APM:2022:2**

Id Cendoj: **28079370282022100001**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **03/01/2022**

Nº de Recurso: **530/2020**

Nº de Resolución: **1/2022**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **ANGEL GALGO PECO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJMer, Madrid, núm. 3, 30-09-2019 (proc. 205/2018) ,
SAP M 2/2022**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Vigésimootava

c/ Santiago de Compostela, 100 - 28035

Tfno.: 914931988

37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2018/0011613

Rollo de apelación nº 530/2020

Materia: Competencia desleal

Órgano judicial de procedencia: Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Madrid

Autos de origen: Juicio ordinario nº 205/2018

Parte apelante: PHILIP MORRIS SPAIN, S.L.

Procurador: D. Victorio Venturini Medina

Letrados: D. Alejandro Ferreres Comella y D. Cristian Gual Grau

Parte apelada: ALTADIS, S.A.

Procuradora: D^a María Teresa Goñi Toledo

Letrado: D. Ignacio Millán Latasa de Aranibar

SENTENCIA N° 01/2022

En Madrid, a 03 de enero de 2022.

En nombre de S.M. el Rey, la Sección Vigésima Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los ilustrísimos señores magistrados D. Ángel Galgo Peco, D. Gregorio Plaza González y D. Fernando Caballero García, ha visto en grado de apelación, bajo el nº de rollo 530/2020, los autos del procedimiento nº 205/2018, provenientes del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Madrid.

Las partes han actuado representadas y con la asistencia de los profesionales identificados en el encabezamiento de la presente resolución.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Las actuaciones procesales se iniciaron mediante demanda presentada con fecha 23 de enero de 2018 por la procuradora D^a María Teresa Goñi Toledo, en representación de ALTADIS, S.A., contra PHILIP MORRIS SPAIN, S.L., en la que, tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraba que apoyaban su pretensión, suplicaba al Juzgado que dictase sentencia "que 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 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, Philip Morris Spain a

1.- La CESACION 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 mismos 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 haya difundido estas afirmaciones, que son los que se corresponden con el dossier de prensa que se ha aportado como documento número 3.

Y 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".

SEGUNDO.- Tras seguirse el juicio por su trámite, el Juzgado de lo Mercantil dictó, con fecha 30 de septiembre de 2019, sentencia con 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. Condono 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. Condono 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".

TERCERO.- Publicada y notificada dicha resolución, por las demandantes se interpuso recurso de apelación, que tramitado en legal forma, con oposición de la contraparte, ha dado lugar a la formación del presente rollo.



CUARTO.- La deliberación, votación y fallo del asunto ha tenido lugar el 9 de diciembre de 2021.

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

Ha actuado como ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Ángel Galgo Peco, que expresa el parecer del Tribunal.

SEXTO.- En las líneas que siguen, utilizaremos las siguientes abreviaturas y siglas, en cuanto a las normas que se citan:

- Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal: "LCD"
- Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad: "LGP"
- 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: "L28/2005"
- Directiva 2003/33/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de mayo de 2003, 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: "Directiva 2003/33"
- Directiva 2001/83, de 6 de noviembre de 2001, que establece un código comunitario sobre medicamentos para uso humano: "Directiva 2001/83"
- Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior: "Directiva 2006/123"
- Real Decreto-Ley 17/2017, de 17 de noviembre, por el que se modifica 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, para transponer la Directiva 2014/40/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014: "Real Decreto-Ley 17/2017"
- Directiva 2014/40/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de fabricación, presentación y venta de los productos del tabaco y de los productos relacionados, y por la que se deroga la Directiva 2001/37/CE: "Directiva 2014/40"

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. ANTECEDENTES RELEVANTES

1.- La presente litis trae causa de la demanda promovida por ALTADIS, S.A. ("ALTADIS") contra PHILIP MORRIS SPAIN, S.L. ("PHILIP MORRIS"), en ejercicio de la acción declarativa de deslealtad y las de cesación, prohibición de reiteración futura y rectificación contempladas en el artículo 32 LCD. También se solicitaba en la demanda la publicación del fallo de la sentencia conforme a lo previsto en el apartado 2 del citado precepto.

2.- La demanda traía causa de la profusa aparición, en prensa impresa y digital, desde el mes de enero de 2017, de informaciones (publirreportajes, cobertura de eventos de presentación, noticias de sociedad, entrevistas a directivos y artículos periodísticos) relativas a los productos IQOS y HEETS, que comercializa PHILIP MORRIS. IQOS es la marca de un dispositivo electrónico de calentado de tabaco y HEETS es la marca de un concreto tipo de unidades desechables de tabaco con determinadas características. El dispositivo IQOS no puede ser utilizado más que con unidades de tabaco HEETS y estas últimas no pueden ser consumidas más que utilizando aquel dispositivo.

3.- ALTADIS aducía, como fundamento de sus pretensiones, que PHILIP MORRIS había incurrido en actos de publicidad ilícita de IQOS y HEETS, subsumibles en el artículo 18 LCD, en relación con el artículo 3.d) LGP y artículos 9.1, 2 a), b) y d) L28/2005; actos de publicidad encubierta de IQOS y HEETS subsumibles en los artículos 5, 7 y 26 LCD; actos de información engañosa sobre IQOS en medios de comunicación subsumibles en el artículo 5 LCD; y, en relación con la difusión de la marca HEETS, actos de violación de normas del artículo 15.2 y de publicidad ilícita subsumibles en el artículo 18 LCD, en relación con los artículos 9 y 2 L28/2005.

4.- Con fecha 5 de marzo de 2019, las partes presentaron escrito conjunto por el que ALTADIS renunciaba al ejercicio de la acción basada en la realización de actos de información engañosa sobre IQOS en los medios de comunicación y, en consecuencia, al pedimento recogido en el punto 3 de los pronunciamientos declarativos solicitados en la demanda y al pedimento recogido en el punto 2 de los pronunciamientos de condena igualmente interesados en aquella.

5.- El Juzgado de lo Mercantil dictó sentencia con fecha 30 de septiembre de 2019, declarando que PHILIP MORRIS había realizado actos de publicidad ilícita del dispositivo IQOS y del tabaco HEETS subsumibles en el

artículo 18 LCD, condenando a dicha entidad a cesar en la realización de los mismos, con prohibición de que los reiterase en el futuro, y a la publicación a su costa del fallo de la sentencia, todo ello, en los términos recogidos en los antecedentes de hecho de la presente resolución. En la fundamentación jurídica de la sentencia se precisa (apartado 46) que, una vez acogidos los cargos relativos a la realización de actos de publicidad ilícita subsumibles en el artículo 18 LCD, no procede entrar en el examen de los relativos a la realización de actos de publicidad encubierta subsumibles en el artículo 5 LCD y a la comisión de un ilícito del artículo 15 del mismo cuerpo legal.

6.- Disconforme, PHILIP MORRIS apeló, para solicitar de este tribunal nueva sentencia revocando en su integridad la dictada por el juzgado remitente.

7.- El recurso de PHILIP MORRIS se estructura en cuatro apartados, cuyo contenido impugnatorio, sin perjuicio de ulterior desarrollo, se puede resumir en lo siguiente.

7.1.- Rechazo del análisis llevado a cabo por el juzgador de la instancia precedente para alcanzar la conclusión de que la información contenida en las noticias y artículos listados en el fundamento jurídico segundo de la sentencia impugnada ha de ser catalogada como publicidad (apartado primero).

7.2.- Error del juzgador de la primera instancia al concluir que las noticias objeto de análisis fueran el resultado de la ejecución del plan de comunicación corporativa de PHILIP MORRIS (apartado segundo).

7.3.- Aplicación indebida de la doctrina establecida en la sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de abril de 2009, Frede Damgaard, C-421/07, EU:C:2009:222. Bajo este epígrafe se cuestiona, adicionalmente, la legitimación pasiva de PHILIP MORRIS (apartado tercero).

7.4.- Error del juzgador precedente al considerar que la publicidad del dispositivo IQOS que pudiera derivarse del contenido de las informaciones controvertidas resultaría ilícita por contraria a lo dispuesto en el artículo 9.1 L28/2005 (apartado cuarto).

8.- En los apartados que siguen abordaremos las cuestiones que afloran en el recurso, teniendo en cuenta los contrargumentos vertidos en el escrito de oposición, todo ello en la medida que imponga la resolución de la controversia que se nos somete.

II. SOBRE LA ACTIVIDAD PUBLICITARIA A LA QUE OBEDECE EL FALLO DE LA SENTENCIA IMPUGNADA Y LA CUESTIÓN DE LA AJENIDAD DE PHILIP MORRIS

9.- Hay una línea discursiva que sobrevuela el recurso de PHILIP MORRIS, sirviendo de fundamento, en gran medida, a sus alegatos impugnatorios. Así, son varios los pasajes del recurso en los que se incide en que la redacción y publicación de las informaciones de las que la sentencia predica un contenido publicitario fueron producto de la decisión de terceros independientes de PHILIP MORRIS. Con ello, la apelante pretende subrayar su desvinculación de la actividad publicitaria que aprecia (si bien erróneamente, según PHILIP MORRIS -sobre este aspecto volveremos más adelante) el juez a quo.

10.- La idea de la ajenidad de PHILIP MORRIS a la actividad pretendidamente publicitaria por la que el juzgador precedente justifica su decisión opera como eje del discurso impugnatorio desplegado en los apartados segundo y tercero del recurso, que podemos resumir en lo siguiente:

11.- En el apartado segundo del recurso, se aduce que el juzgador de la primera instancia erró al concluir que las noticias en que funda su análisis fueran el resultado de la ejecución del plan de comunicación corporativa de PHILIP MORRIS.

11.1.- Se está haciendo referencia a aquella afirmación de la sentencia impugnada (párrafo 19) de que "*Philip Morris no niega que las mismas (las informaciones aparecidas en medios de comunicación que se recogen como hechos probados en la sentencia -fundamento jurídico segundo) 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*". ROMÁN Y ASOCIADOS es la agencia de comunicación con la que PHILIP MORRIS firmó un contrato para desarrollar, a partir del año 2015, su plan de comunicación corporativa, el cual se concretaba cada año (extremo recogido como hecho probado en el fundamento jurídico segundo de la sentencia recurrida).

11.2.- PHILIP MORRIS aduce que su plan de comunicación corporativa no reflejaba actividad o campaña publicitaria alguna y que ALTADIS no ha aportado prueba de que alguna de las informaciones controvertidas fueran el resultado de la "iniciativa activa" de la recurrente o de la agencia de comunicación ROMÁN Y ASOCIADOS, añadiendo que tal nexo causal no puede ser presumido como pudiera entenderse por la lectura del párrafo 42 de la sentencia.

12.- En el tercer apartado del recurso se denuncia la aplicación indebida de la doctrina establecida en la STJ de 2 de abril de 2009, Frede Damgaard, C-421/07, EU:C:2009:222.



12.1.- Dicha sentencia establece 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 artículo 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.

12.2.- La sentencia apelada sienta (párrafo 13) que la analogía entre la prohibición de publicidad establecida en la Directiva 2001/83 y la establecida en la Directiva 98/43 (hemos de aclarar que esta Directiva fue anulada por sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de octubre de 2000, Alemania/Parlamento y Consejo, C-376/98, EU:C:2000:544, señalándose en el artículo 9 de la Directiva 2003/33 que toda referencia a la Directiva 98/43 debe entenderse como referencia a esta otra Directiva), derivada de que obedecen a un mismo fundamento, a saber, la protección de la salud pública, hace que las consideraciones vertidas en la sentencia por el Tribunal de Justicia resulten trasladables al presente caso. Ello se utiliza más adelante (párrafo 42) como argumento para rechazar que el hecho de que las informaciones controvertidas fueran publicadas bajo la autoría de periodistas y por medios de comunicación independientes opere como óbice para considerar que aquellas constituyan publicidad.

12.3- PHILIP MORRIS aduce que se ha recurrido indebidamente a la analogía iuris y que la sentencia apelada hace una aplicación selectiva de la sentencia del Tribunal de Justicia, ignorando los criterios que en ella se proporcionan para determinar si un artículo publicado por un tercero constituye publicidad o no.

12.4.- Al hilo de la doctrina establecida en su sentencia por el Tribunal de Justicia, señala la recurrente otro motivo de desacuerdo con la resolución apelada. Tras observar que, en el litigio principal que dio lugar al planteamiento de la cuestión prejudicial que desembocó en la sentencia referida, la acción se promovió contra el tercero emisor del mensaje y no contra la empresa fabricante del medicamento, PHILIP MORRIS aduce que la sentencia no justifica por qué se le imputa un acto de competencia desleal por supuesta publicidad ilícita que deriva de la actividad (publicación de las informaciones controvertidas) llevada a cabo por un tercero (los periodistas que firman dichas informaciones, independientes según afirma la sentencia recurrida), lo que plantea un problema de legitimación. En este sentido, se observa por la parte que lo único que se le imputa directamente es el haber concebido y ejecutado un plan de comunicación corporativa y que, a falta de prueba acreditativa de la correlación entre el contenido de dicho plan y las informaciones difundidas, ello no constituye fundamento suficiente para atribuirle legitimación pasiva.

13.- A la hora de examinar los alegatos impugnatorios de PHILIP MORRIS, debemos comenzar por puntualizar que el fallo de la sentencia impugnada se basa en el carácter publicitario de la información transmitida por PHILIP MORRIS que luego se recoge y es objeto de difusión en las publicaciones objeto de análisis. Con toda claridad se aprecia en los párrafos 20, 24, 36, 42 y 43 de la sentencia.

14.- En el propio recurso se admite la existencia de un "plan de medios" que permite *"que los mensajes comunicativos de mi representada sean comunicados y que estos mensajes hayan sido de interés para distintos medios de comunicación"*, como elemento integrante del plan de comunicación corporativa de PHILIP MORRIS. Según aparece documentado en las actuaciones, las acciones de comunicación con medios de prensa y la gestión de reportajes y artículos eran elementos estratégicos de dicho plan.

15.- De esta forma, presentan escaso recorrido los descargos más arriba recogidos, que subrayan la ajenidad de PHILIP MORRIS respecto del mensaje publicitario que el juez a quo aprecia en las publicaciones analizadas.

16.- Dicho esto, coincidimos con la parte recurrente en los reparos que expresa respecto de la traslación que se hace en la resolución impugnada de la doctrina reflejada en la sentencia Frede Damgaard. En el litigio principal subyacente, un tal Sr. Damgaard, que decía actuar como periodista en el sector de la higiene alimentaria alternativa, procedió a difundir en su página web que un determinado medicamento que no había obtenido autorización para su comercialización en Dinamarca contenía un componente que presuntamente aliviaba determinadas dolencias y estaba a la venta en Suecia y Noruega, hecho por el que la Agencia danesa de medicamentos ejerció contra él acciones penales, al considerar que tales indicaciones constituían una publicidad contraria a la Ley sobre los medicamentos (la cual, en su artículo 27b, prohibía la publicidad de los medicamentos cuya comercialización y distribución no estuviese autorizada en Dinamarca). En el curso de las actuaciones, el tribunal de apelación planteó cuestión prejudicial inquiriendo si una actuación como la descrita, esto es, la difusión por un tercero de información relativa a un producto y, en particular, a sus propiedades curativas o preventivas, había de considerarse publicidad en el sentido del artículo 86 de la Directiva 2001/83, aunque ese tercero actuase por cuenta propia y de forma totalmente independiente, de hecho y de derecho, del fabricante o del vendedor. El Tribunal de Justicia, tras puntualizar que la definición de "publicidad de medicamentos" que se recoge en el artículo 86.1 de la Directiva 2001/83 (*"toda forma de oferta informativa, de prospección o de incitación destinada a promover la prescripción, la dispensación, la venta o el consumo de medicamentos"*), si bien subraya expresamente la finalidad del mensaje, no incluye ninguna indicación

en cuanto a las personas que difunden la información (apartado 20), dictamina que *"el tenor de la Directiva 2001/83 no excluye que un mensaje procedente de un tercero independiente tenga carácter publicitario. Esta Directiva tampoco exige, para considerar que un mensaje reviste tal carácter, que este se difunda en el marco de una actividad comercial o industrial"* (apartado 21), todo ello, otorgando particular consideración a los fines de la Directiva (*"A este respecto, procede señalar que, aunque sea realizada por un tercero independiente al margen de una actividad comercial o industrial, la publicidad de los medicamentos puede perjudicar a la salud pública, cuya salvaguardia es el objetivo esencial de la Directiva 2001/83"* -apartado 22). Con esta base, el Tribunal de Justicia termina declarando que el artículo 86 de la Directiva 2001/83 *"debe interpretarse en el sentido de 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 de ese artículo 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"*.

17.- En definitiva, lo que viene a establecer la sentencia Frede Damgaard es que no empece a la consideración de un determinado mensaje como publicidad que la persona de la que procede sea un tercero independiente del fabricante o vendedor del producto al que va referido y que el mensaje no se difunda en el marco de una actividad comercial o industrial.

18.- No es esa la cuestión que aquí se suscita. Lo que se plantea es si la información proveniente de y proporcionada por PHILIP MORRIS reflejada en las noticias y artículos de prensa contemplados en la sentencia recurrida puede ser considerada publicidad a efectos de la L28/2005. El artículo 2 de esta ley establece: *"A los efectos de esta Ley, se entiende por: ...b) Publicidad: 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"*.

19.- El primer interrogante que debemos responder es si la actuación de PHILIP MORRIS, procurando información relativa a sus productos a periodistas y medios, es susceptible de ser considerada actividad de "comunicación comercial" con arreglo a la L28/2005.

20.- A tales efectos, hemos de observar que, según puede leerse en su Exposición de Motivos, la L28/2005 incorpora a nuestro ordenamiento la Directiva 2003/33. El artículo 2.b) de la Directiva dispone que, a efectos de la misma, se entenderá por publicidad *"toda forma de comunicación comercial cuyo objetivo o efecto directo indirecto sea la promoción de un producto del tabaco"*. Sin embargo, la Directiva 2003/33 no contiene, a diferencia de otras normas de Derecho derivado, una definición de "comunicación comercial".

21.- En tal tesitura, estimamos que ofrece adecuada guía la sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de abril de 2011, *Société fiduciaire nationale d'expertise comptable*, C-119/09, EU:C:2011:208, cuando, a propósito de la definición de "comunicación comercial" en el artículo 4.12) de la Directiva 2006/123 como *"cualquier forma de comunicación destinada a promocionar, directa o indirectamente, bienes, servicios o la imagen de una empresa, organización o persona con una actividad comercial, industrial o artesanal o que ejerza una profesión regulada"*, establece (apartado 33) que, consiguientemente, el concepto de comunicación comercial *"incluye no solo la publicidad clásica, sino también otras formas de publicidad y comunicaciones de datos destinadas a conseguir nuevos clientes"*.

22.- Desde esta perspectiva, cabe observar que la actuación de PHILIP MORRIS, en la medida en que consistió en procurar información a periodistas y medios, entrañó, de modo evidente, una actividad de comunicación de datos.

23.- El segundo interrogante al que debemos dar respuesta es si el hecho de que la información generada por PHILIP MORRIS tuviese como destinatarios a profesionales o medios periodísticos, que fueron quienes, de manera voluntaria y sin retribución, redactaron y difundieron las noticias y artículos de prensa a través de los cuales se dio publicidad a dicha información, impide considerar que PHILIP MORRIS llevase a cabo una actividad de "comunicación comercial" en el sentido del artículo 2 L28/2005.

24.- En este aspecto, la que proporciona adecuada guía es la sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de julio de 2016, *Verband Sozialer Wettbewerb*, C-19/15, EU:C:2016:563. En ella se establece lo siguiente (apartado 31): *"[...] es preciso señalar que el artículo 1, apartado 2 del Reglamento nº 1924/2004 no contiene precisión alguna sobre el destinatario de la comunicación de carácter comercial y no distingue según se trate de un consumidor final o de un profesional de la salud. De ello resulta que, como ha señalado el Abogado General en el punto 39 de sus conclusiones, lo que debe estar destinado al consumidor final es el propio producto y no la comunicación de que es objeto"*. Además del 39, resulta sumamente ilustrativo el apartado 42 del escrito de conclusiones del Abogado General, EU:C:2016:103. Dichos apartados se leen así:

"39. En efecto, el legislador no ha establecido ninguna distinción en función de la condición del destinatario de las comunicaciones que contengan declaraciones nutricionales y de propiedades saludables objeto de dicho Reglamento. Los únicos requisitos recogidos en este último se refieren al objeto y a la naturaleza de dichas comunicaciones. Éstas deben, por una parte, referirse a alimentos que se suministren a un consumidor final, (22) y, por otra, revestir un "carácter comercial" bien sea en forma de etiquetado o de presentación de tales alimentos, o bien -como ocurre en el procedimiento principal- de publicidad de productos alimenticios. (23) Por lo tanto, lo que debe estar destinado a los consumidores es el propio producto y no la comunicación de que es objeto. (24) [...]

42. La redacción del Reglamento nº 1924/2006 no limita su ámbito de aplicación a las comunicaciones cuyos destinatarios son directamente consumidores finales, pues el carácter comercial de éstas no depende necesariamente de tal configuración. En efecto, en una situación como la que se ha planteado ante el órgano jurisdiccional remitente, aunque los consumidores no reciban ellos mismos la comunicación que contiene las declaraciones sometidas a dicho Reglamento, resulta que, en realidad, son las personas a las que, indirectamente, va destinada esta iniciativa comercial, dado que estamos ante el supuesto de que el alimento que constituye el objeto de la misma esté destinado a ser vendido a éste y no a los profesionales que reciben el correo publicitario. (31) En este caso, los profesionales son, en realidad, meros intermediarios con los que una empresa del sector alimentario se pone, precisamente, en contacto porque pueden facilitar la promoción del producto que vende, al garantizar la transmisión de las informaciones comerciales sobre el mismo a los compradores potenciales, concretamente, recomendándoles su adquisición".

Tales consideraciones resultan trasladables, mutatis mutandis, al supuesto que nos ocupa.

25.- A la vista de cuanto antecede, debemos concluir que la actuación de PHILIP MORRIS, consistente en procurar información relativa a sus productos a periodistas y medios, es susceptible de encaje en el concepto de "comunicación comercial" del artículo 2.b) L28/2005.

III. SOBRE EL CARÁCTER INFORMATIVO DEL CONTENIDO DE LAS PUBLICACIONES A LAS QUE RESPONDE EL FALLO DE LA SENTENCIA IMPUGNADA

26.- PHILIP MORRIS sostiene que el contenido de las noticias y artículos de prensa objeto de consideración por el juzgador de la instancia precedente es meramente informativo. En este sentido, en el apartado segundo del recurso se censura el análisis que lleva al juez a quo a concluir que dicho contenido tiene un carácter publicitario desde dos perspectivas.

27.- Por una parte, se aduce que se desatendieron los criterios establecidos por el Jurado de la Publicidad de Autocontrol para discernir entre el carácter informativo y el carácter publicitario de las informaciones en prensa.

28.- Nadie puede poner en duda la reputación alcanzada por el Jurado de la Publicidad de Autocontrol como entidad de resolución alternativa de litigios en materia de publicidad. Tal circunstancia, sin embargo, no convierte los criterios que pudiera utilizar dicha entidad en su actividad resolutoria en pauta de forzada observancia por parte de los tribunales, como parece pretender la parte recurrente. Amén de ello, el discurso de PHILIP MORRIS se basa en la identificación, como criterios seguidos por el Jurado de la Publicidad de Autocontrol, de los que relaciona en su recurso, lo que constituye un hecho no contrastado, así como en la afirmación de la concurrencia de circunstancias que, con arreglo a tales criterios, determinaría el carácter meramente informativo del contenido de las publicaciones concernidas, lo que constituye un puro análisis de parte integrado en gran medida por juicios de valor ("*todos los artículos son ponderados y contrastados....*", "*los artículos discutidos analizan la apuesta de PHILIP MORRIS SPAIN por el desarrollo de las nuevas tecnologías sin humo con un tono y lenguaje neutral*"). En definitiva, escasa virtualidad enervadora del examen reflejado en la sentencia impugnada cabe atribuir a esta parte del recurso.

29.- Por otra parte, el discurso PHILIP MORRIS tacha de incorrecto el análisis plasmado por el juzgador de la primera instancia en su sentencia.

30.- Primeramente, se resaltan lo que podríamos considerar deficiencias de orden metodológico, aludiendo la parte a que los criterios empleados por el juez a quo son dispares, no se especifica la importancia relativa que habría que atribuir a cada uno de ellos y no se procede a un análisis individualizado de las diferentes publicaciones objeto de consideración a la luz de los mismos.

31.- No se nos desvela, sin embargo, cuál es el motivo de la calificación de los elementos empleados por el juez a quo como dispares, ni en qué medida, en su caso, tal disparidad o el hecho de que no se especifique si todos o algunos han de concurrir simultáneamente o la importancia relativa que cabe asignar a cada uno de ellos deben llevar a concluir que el examen reflejado en la sentencia impugnada resulta, por esta sola circunstancia,



incorrecto. Tampoco descubrimos fundamento al planteamiento de que las conclusiones alcanzadas en la sentencia solo podrían reputarse correctas si se asentaran en la comprobación de la concurrencia de los elementos apuntados por el juzgador en todas y cada una de las publicaciones tomadas en cuenta.

32.- Después, el recurso entra en la crítica del análisis llevado a cabo por el juzgador de la instancia precedente, incidiendo en cada uno de los apartados que lo conforman.

33.- El discurso crítico de la parte recurrente discurre a lo largo de ciertas líneas argumentativas perfectamente identificables. En este sentido, se insiste en que las concretas referencias al dispositivo IQOS, sus características, condiciones de comercialización, ventajas que representa su uso frente a las formas tradicionales de consumo de tabaco y el éxito que ha alcanzado en el mercado revisten un carácter puramente informativo, en la medida en que dicho dispositivo supone la materialización de los esfuerzos investigadores llevados a cabo para el desarrollo de alternativas a los cigarrillos comunes, todo ello en un contexto de marcado interés general e intenso debate sobre los beneficios que para la salud pública representan tales alternativas. A fin de reforzar esta idea, se apunta la similitud con el contenido de las noticias de frecuente aparición en medios relativas a productos novedosos por su tecnología. Es constante también la apelación al criterio del redactor de la noticia como razón de la concreta información que se transmite en ella y el modo en que se hace, subrayándose la imposibilidad de injerencias en este ámbito, so pena de socavar derechos fundamentales. Finalmente, se rechaza el juicio de que aquellas publicaciones de las listadas en el fundamento jurídico de la sentencia dedicado a hechos probados que son claramente identificables como anuncios hayan de ser tomadas en cuenta, al tener un origen común al de las demás.

34.- No podemos compartir los razonamientos que estructuran el discurso de PHILIP MORRIS, por lo que explicamos a continuación.

35.- La información acerca del logro de una tecnología específica que marca la diferencia respecto de la forma en que se venía consumiendo tabaco no implica ni exige referencias concretas a la marca con que se comercializa el producto que la incorpora o a aspectos de este ajenos a las características definidoras de esa nueva tecnología. Tampoco, desde luego, el posado con una unidad del producto, o con el trasfondo de la marca del producto o determinados lemas de marketing para la toma de fotografías.

36.- En esta misma línea, debemos desmontar aquellos alegatos que apuntan a que las informaciones que han sido objeto de censura en la resolución recurrida incluyen aspectos relacionados con el debate sobre el desarrollo de alternativas a las formas tradicionales de consumo de tabaco, de interés general, y presentan tales informaciones como aportación a dicho debate por parte de PHILIP MORRIS y forma de dar a conocer sus propuestas, lo que conecta con el derecho a la información y a la libertad de expresión. No resulta justificado que ese tipo de participación en un debate público sin duda existente impusiese un discurso con continuas referencias al propio producto, identificado como tal, de modo que la supresión de dichas referencias mermase o alterase en su esencia la contribución a tal debate.

37.- No dudamos que el lanzamiento de un producto que incorpora una novedosa tecnología por parte de una empresa de referencia, igual que su apariencia, las condiciones en que se comercializa, la inversión realizada para su desarrollo o la respuesta del mercado pueden constituir un hecho noticiable. No es este el quid de la cuestión. El quid de la cuestión es que la comunicación que incorpora tales informaciones no carece de aptitud promocional, o, si se prefiere, de aptitud persuasiva, lo que, en el contexto concreto en que nos hallamos, puede hacer entrar en juego (a esta cuestión nos referiremos más adelante) restricciones legales que no operan en otros sectores. De ahí lo inadecuado de las comparaciones que emplea la recurrente.

38.- Por lo demás, no se está aquí poniendo en tela de juicio la decisión de periodistas y medios de difundir públicamente la información proveniente de PHILIP MORRIS, ni la forma en que tal decisión se llevó a cabo. Como ya se apuntó en anteriores líneas, lo que se trata de elucidar es si la información proporcionada por PHILIP MORRIS que aparece reflejada en las noticias y artículos periodísticos considerados encierra un mensaje publicitario en los términos en que este concepto aparece perfilado en la normativa sectorial aplicable.

39.- Por último, consideramos adecuado el enfoque de conjunto adoptado en la sentencia impugnada. Cabe observar que, en este apartado (publicidad ilícita), la actuación objeto de denuncia en la demanda era las apariciones continuas en prensa de manifestaciones del CEO y otros representantes de PHILIP MORRIS promocionando el dispositivo IQOS y su indispensable complemento, las cargas de tabaco HEETS, durante un periodo dilatado de tiempo (enero de 2017 a enero de 2018). Tales planteamientos se asumen por el juzgador de la primera instancia. La sentencia también se hace eco de otras noticias periodísticas sobre eventos "de presentación", acreditadas por la documental acompañada con la demanda, y de nuevos artículos y entrevistas recogiendo manifestaciones de representantes de PHILIP MORRIS del mismo corte que las ya señaladas, así como de la aparición de anuncios del dispositivo IQOS en diversos medios de prensa en los meses de enero, febrero y marzo de 2018, que se consideran acreditados por los documentos aportados por ALTADIS en la



audiencia previa. La sentencia impugnada establece que esas otras noticias sobre "eventos de presentación" y los anuncios referidos no pueden ser entendidos como hechos aislados y han de ser valorados junto con el resto de las informaciones que son objeto de consideración. A la vista de la prueba de que se dispone, somos incapaces de formular objeciones a tal análisis. Puede apreciarse el mismo hilo discursivo en las declaraciones de los representantes de PHILIP MORRIS a lo largo del tiempo, acreditado está que las acciones de comunicación con medios de prensa y la gestión de reportajes y artículos eran elementos estratégicos del plan de comunicación corporativa de PHILIP MORRIS desarrollado a partir de 2015 y, en cuanto a los anuncios y de las noticias relativas a "eventos de presentación", no se aprecia una brecha temporal con los artículos recogiendo las manifestaciones de los representantes de PHILIP MORRIS.

IV. SOBRE LA CONSIDERACIÓN DE LA PUBLICIDAD DEL DISPOSITIVO IQOS COMO PUBLICIDAD PROHIBIDA

40.- En el último apartado del recurso se rechaza que la publicidad del dispositivo IQOS deba calificarse de ilícita por contraria a lo dispuesto en el artículo 9.1 L28/2005.

41.- Subraya el recurso que el dispositivo IQOS no es un "producto del tabaco". Esgrime PHILIP MORRIS la resolución dictada por la Dirección General de Tributos en respuesta a una consulta realizada por esta parte sobre cómo debía calificarse, a efectos tributarios, el tabaco sin combustión comercializado por ella, que figura aportada como documento número 8 de la contestación; una resolución del Comisionado para el Mercado de Tabacos de abril de 2017 que obra dentro del expediente remitido por el Ministerio de Economía y Empresa incorporado a las actuaciones como consecuencia del requerimiento efectuado a tal efecto por el Juzgado de lo Mercantil, en la que se recoge que IQOS no se ha considerado producto sujeto a impuesto especial al no poder ser catalogado como labor de tabaco según el artículo 2 L8/2005 o el artículo 56 de la Ley 38/1992, de 28 de diciembre, de Impuestos Especiales; y, en particular, la respuesta dada por el Comisionado para el Mercado de Tabacos en contestación a un oficio que le dirigió el Juzgado de lo Social número 20 de Barcelona en el seno del procedimiento seguido ante este con el número 499/2017-D, que PHILIP MORRIS aportó a las actuaciones por escrito con registro de entrada 12 de junio de 2019, en el que se señala que, por no poder ser considerado producto de tabaco según la definición del artículo 2.1.a) L 28/2005, no le serían aplicables al dispositivo IQOS las restricciones establecidas para tal tipo de productos.

42.- Aduce PHILIP MORRIS que la interpretación ofrecida por la sentencia en el párrafo 17, en el sentido de que la prohibición de publicidad establecida en el artículo 9.1 L28/2005 alcanza al dispositivo IQOS en atención a su único uso posible, es contraria a lo establecido por el Comisionado para el Mercado de Tabacos, según lo que se acaba de apuntar, y obvia el dato de la falta de una disposición específica haciendo extensivas a los productos de calentado de tabaco las prohibiciones establecidas en la L28/2005, señalando como elemento de contraste el tratamiento dado a la publicidad de "cigarrillos electrónicos" en las disposiciones adicionales decimosegunda y decimotercera del Real Decreto-Ley 17/2017 (entendemos que se está haciendo referencia a la modificación operada en la disposición adicional decimotercera de la L28/2005 por el apartado siete del artículo único del citado Real Decreto-Ley). La parte recurrente considera que dicha omisión es reveladora de la voluntad del Legislador de no hacer extensiva a los dispositivos de calentado de tabaco las prohibiciones establecidas en el artículo 9.1 L28/2005 para los productos de tabaco. Añade que ello es coherente con el tratamiento dispensado hasta la fecha a otros productos que solo sirven para ser usados con productos del tabaco, como pipas, pipas de agua y papel y máquinas para liar cigarrillos, objeto tradicionalmente de actividad promocional y publicitaria.

43.- De la sentencia resulta con absoluta nitidez que la razón de considerar prohibida la publicidad del dispositivo IQOS no es porque catalogue el mismo como "producto del tabaco", concepto este definido en el artículo 2.1.a) L28/2005, sino porque la única utilización posible de tal dispositivo es el consumo de unidades de tabaco desechables HEETS y este tipo de unidades de tabaco desechables no pueden ser consumidas más que utilizando el dispositivo IQOS, sin que la conceptualización de las unidades de tabaco HEETS como "producto del tabaco" resulte controvertido. De todo ello, colige el juzgador de la primera instancia que la publicidad del dispositivo IQOS resulta subsumible en el concepto de publicidad a los efectos de la L28/2005 (*"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..." - artículo 2.b))* y, por ende, en la prohibición de la publicidad de productos del tabaco establecida en su artículo 9.1.

44.- El hecho de que la Dirección General de Tributos no considere el dispositivo IQOS como producto sujeto a impuesto especial, al no poder ser catalogado como labor de tabaco, o que el Comisionado para el Mercado de Tabacos, en la respuesta a un oficio judicial, afirme que, por no poder ser considerado "producto del tabaco" según la definición del artículo 2.a) L28/2005, no le serían de aplicación al dispositivo IQOS las restricciones establecidas para los productos del tabaco, no puede tomarse siquiera como argumento en contra del análisis del juez a quo. Ya quedó dicho que tal análisis parte de que el dispositivo IQOS no es "producto del tabaco". En un esfuerzo por comprender la lógica del alegato, caben dos interpretaciones. Por un lado, podría entenderse

que lo que la parte recurrente pretende poner de relieve es que en el artículo 9.1 L28/2005 lo que se prohíbe es la publicidad de "los citados productos", esto es, de los "productos del tabaco" y el dispositivo IQOS no lo es. Si es esto lo que se trata de decir, habría que responder que el concepto de "publicidad del producto del tabaco" en el marco de la L28/2005 es el que la propia ley establece en su artículo 2.b). Por otro lado, podría entenderse que lo recurrente pretende es hacer prevalecer la calificación de aquellos organismos administrativos, en particular la del Comisionado para el Mercado de Tabacos, frente a la efectuada por el juzgador precedente, lo que no resulta admisible.

45.- Igual suerte desestimatoria ha de correr aquella otra parte del discurso de PHILIP MORRIS que pretende convertir en argumento favorable a sus tesis el hecho de que en el Real Decreto-Ley 17/2017 no se modificase la L28/2005 para introducir en ella una previsión específica prohibiendo la publicidad de los dispositivos de calentado de tabaco, a diferencia de lo sucedido con los "cigarrillos electrónicos". Hemos de aclarar que ya antes de la modificación operada por el Real Decreto-Ley 17/2017 se regulaba en la disposición adicional decimotercera de la L28/2005 (introducida por la disposición final 12.2 de la Ley 3/2014, de 27 de marzo) el régimen de publicidad de los "dispositivos susceptibles de liberación de nicotina y productos similares", estableciendo determinadas prohibiciones. La modificación operada por el Real Decreto-Ley 17/2017 (tras la cual, la citada disposición adicional pasa a tener como rúbrica "*Limitaciones de la publicidad, promoción y patrocinio de los dispositivos susceptibles de liberación de nicotina y envases de recarga*"), como se puede leer en su Exposición de Motivos, obedece a la finalidad de adaptar dicho régimen a las limitaciones establecidas en la Directiva 2014/40. Tal como se establece en su artículo 1, el objeto de la citada directiva, en el particular que ahora interesa, es la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativa de los Estados miembros en lo que respecta a "*f) la comercialización y el etiquetado de determinados productos relacionados con los productos del tabaco; en concreto los cigarrillos electrónicos y los envases de recarga, y los productos a base de hierbas para fumar*" (énfasis añadido). Ello desvirtúa el alegato de la apelante. El hecho de que se hubiese de incluir en la normativa nacional una disposición específica reforzando el catálogo de prohibiciones de la publicidad de dispositivos susceptibles de liberación de nicotina preexistente, como consecuencia de las previsiones de la Directiva 2014/40, no comporta que, para considerar prohibida la publicidad de dispositivos como el IQOS a la luz de aquella normativa, resultase necesario añadir una disposición expresa al efecto.

46.- Por otra parte, no es aquí objeto de enjuiciamiento la publicidad de pipas, pipas de agua, papel de liar y máquinas para liar cigarrillos. El juicio que mereciera tal publicidad a la luz de la normativa sectorial de aplicación no empece el reflejado en la sentencia recurrida en relación con el dispositivo IQOS, que este Tribunal asume.

47.- De cuanto antecede, se desprende que el recurso ha de ser desestimado.

V. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA

48.- La suerte del recurso comporta que las costas ocasionadas por el mismo sean a costa de la parte recurrente, de conformidad con los artículos 398.1 y 394.1 LEC.

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

FALLO

La Sala acuerda:

1.- DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por PHILIP MORRIS SPAIN, S.L. contra la sentencia dictada el 30 de septiembre de 2019 por el Juzgado de lo Mercantil número 3 de Madrid, en el juicio ordinario nº 205/2018.

2.- Condenar a PHILIP MORRIS SPAIN, S.L. al pago de las costas de segunda instancia.

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

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los Ilustrísimos Señores 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ