



Roj: **SAP M 6523/2022 - ECLI:ES:APM:2022:6523**

Id Cendoj: **28079370282022100538**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **11/04/2022**

Nº de Recurso: **267/2021**

Nº de Resolución: **274/2022**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **FERNANDO CABALLERO GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Vigésimoctava

c/ Santiago de Compostela, 100 - 28035

Tfno.: 914931988

37007740

**N.I.G.:** 28.079.00.2-2017/0123613

**Recurso de Apelación 267/2021**

**O. Judicial Origen:** Juzgado de lo Mercantil nº 05 de Madrid

Autos de Juicio Verbal (250.2) 786/2017

**APELANTE:** MC FIT ESPAÑA SLU

Procurador D. Urs Johannes Jarfe

Letrado D. German Marina Grimau

**APELADO:** INSTITUTO DE LA MUJER

Sr. ABOGADO DEL ESTADO

MINISTERIO FISCAL

*ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:*

D. JOSE MANUEL DE VICENTE BOBADILLA

D. FRANCISCO DE BORJA VILLENA CORTES

D. FERNANDO CABALLERO GARCÍA

**SENTENCIA Nº 274/2022**

En Madrid, a once de abril de dos mil veintidós

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 Sres. Magistrados antes relacionados, han visto el recurso de apelación bajo el núm. de rollo 267/21, interpuesto contra la sentencia de fecha 28 de enero de 2020 recaída en el juicio verbal 786/17 seguido ante el Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Madrid

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

## HECHOS



**PRIMERO** .- La parte dispositiva de la sentencia apelada es del siguiente tenor: "Fallo:

*ESTIMAR TOTALMENTE la demanda interpuesta por la representación procesal de INSTITUTO DE LA MUJER-MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD contra **McFIT** ESPAÑA, SLU:*

1º).- *DECLARAR que la publicidad referida e identificada en los hechos segundo y tercero, y que la demandada desarrolla en su página web, redes sociales, y en lonas y carteles publicitarios, es ilícita y desleal.*

2º).- *CONDENAR a la demanda a cesar la campaña publicitaria descrita en los puntos anteriores, y PROHIBIR su reiteración futura.*

3º).- *CONDENAR a la demandada a la publicación de la sentencia, a su cargo, en los medios de comunicación digital, página web o redes sociales en los que ha llevado a cabo esta publicidad ilícita.*

4º).- *CONDENAR a la demandada a satisfacer a la actora las costas causadas."*

**SEGUNDO** .- Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación la parte demandada y, evacuado el traslado correspondiente, se presentó escrito de oposición elevándose los autos a esta Audiencia Provincial, en donde fueron turnados a la presente Sección y, seguidos los trámites legales, se señaló para la correspondiente deliberación, votación y fallo el día 10 de febrero de 2022.

Ha intervenido como Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Fernando Caballero García.

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

Se aceptan los fundamentos de derecho de la sentencia apelada

### **Objeto del recurso de apelación**

**PRIMERO** .- En el presente procedimiento ha recaído la sentencia de fecha 28 de enero de 2020 del Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Madrid en el procedimiento verbal 786/17 por la que se estimaba íntegramente la demanda del INSTITUTO DE LA MUJER-MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD contra **McFIT** ESPAÑA S.L.U., declarando que la publicidad referida en la sentencia es ilícita y desleal, condenando a la demandada a cesar las campañas publicitaria descritas y a prohibir su reiteración futura, condenando a la demandada a la publicación de la sentencia a su cargo en los medios de comunicación digitales, páginas web o redes sociales en lo que se ha llevado a cabo esta publicidad ilícita. Todo ello con imposición de costas a la parte demandada.

Frente a dicha sentencia, la procuradora Sra. Marina y Grimau en representación de **McFIT** ESPAÑA S.L.U. ha interpuesto recurso de apelación en el que alega: i) infracción del artículo 3.a) LGP por apreciar la deslealtad de la publicidad enjuiciada; ii) infracción del artículo 32.1.2º LCD por condenar al cese y prohibición de reiteración futura y iii) infracción del artículo 280.1 y 280.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por la admisión del video italiano como prueba documental.

### **Formulación del motivo**

**SEGUNDO.- La parte apelante plantea en el primer motivo de apelación la infracción del artículo 3.a) de la Ley General de Publicidad por apreciar la deslealtad de la publicidad enjuiciada.**

Considera la parte apelante que la cuestión nuclear controvertida descansa en la vinculación o desvinculación de la utilización del cuerpo de la mujer con los servicios promocionados, ya que la sentencia sustituye la exigencia de la desconexión total y absoluta entre imagen y producto (para apreciar el carácter ilícito de la publicidad) y crea un criterio propio, proponiendo una aproximación real y concreta según la cual, la utilización del cuerpo femenino con connotaciones eróticas y como partes captadores de la publicidad sirve para determinar el grado de mayor o menor conexión directa entre la imagen de la mujer y el producto promocionado.

Sin embargo, considera la apelante que existe una relación estrecha y una conexión directa entre las imágenes en cuestión y el servicio promocionado, ya que lo que se promociona no es solamente un gimnasio, sino un estilo de vida para alcanzar un determinado nivel de bienestar subjetivo: deporte, salud, fuerza física, superación, autoestima y atractivo físico.

En todo caso, considera la recurrente, existe una conexión parcial y relativa entre los servicios promocionados y las imágenes utilizadas, ya que la finalidad del entrenamiento es la obtención de un atractivo físico, por lo que resulta justificada la imagen de la mujer con una determinada connotación erótica.

### **Valoración del tribunal**

**TERCERO** .- En el presente procedimiento nos encontramos que *en la demanda* se ejercitaba la acción declarativa del carácter ilícito y desleal de la publicidad realizada por la demandada consistente en el video "Proud to be **McFit**", publicado el 23 de diciembre de 2016 en YouTube y la imagen femenina de la campaña publicitaria en lonas colocadas en edificios y en la página web de la empresa demandada, interesando además la condena a cesar en las campañas publicitarias indicadas, su prohibición de reiteración futura, así como la condena a la publicación de la sentencia a su cargo en los medios de comunicación digital, página web o redes sociales en lo que se ha llevado cabo esta publicidad ilícita.

**CUARTO** .- En *la sentencia de instancia* se examinaba el primer supuesto del artículo 3.a) de la Ley General de Publicidad en el que se considera como publicidad ilícita la " *utilización de forma particular y directa el cuerpo de la mujer o parte del mismo como mero objeto desvinculado del producto que se pretende promocionar*".

En la resolución se consideraba que el cuerpo de la mujer ocupa el centro de atención del anuncio, juega un rol pasivo en la dinámica del mensaje publicitario y existe una desconexión entre el cuerpo de la mujer y el producto anunciado, concretamente indica que no existe una conexión directa e indiscutible entre la imagen femenina de la campaña publicitaria y el producto promocionado, por lo que estimaba la demanda.

**QUINTO** .- Conviene en primer lugar delimitar cuál es el objeto de enjuiciamiento, o más concretamente, cuál es *la publicidad que se considera ilícita en la demanda*,

**SEXTO** .- En la sentencia de instancia se indica, y no es cuestión controvertida por la parte demandada, que *la publicidad cuestionada consiste en:*

a).- *El vídeo 'Proud to be **McFit**', publicado el 23 de diciembre de 2016 en YouTube, en la dirección <https://www.youtube.com/watch?v=McBvR8sD6ZU>.*

Concretamente en el video, se cuestionan *dos escenas*.

*La primera* se sitúa en lo que parece ser una gran biblioteca y una chica joven se encuentra localizando un libro en un pasillo de la misma. La chica usa un *short* o pantalón vaquero corto y ceñido, cuando un chico que pasa, gira la cabeza para ver a la chica y se oye en el anuncio una voz en off que indica " *somos la razón por la que te giras al pasar*". Tras eso, la chica se agacha para coger un libro de la parte inferior. A esta escena corresponden las imágenes 1, 2 y 3 de esta sentencia.

Imagen 1

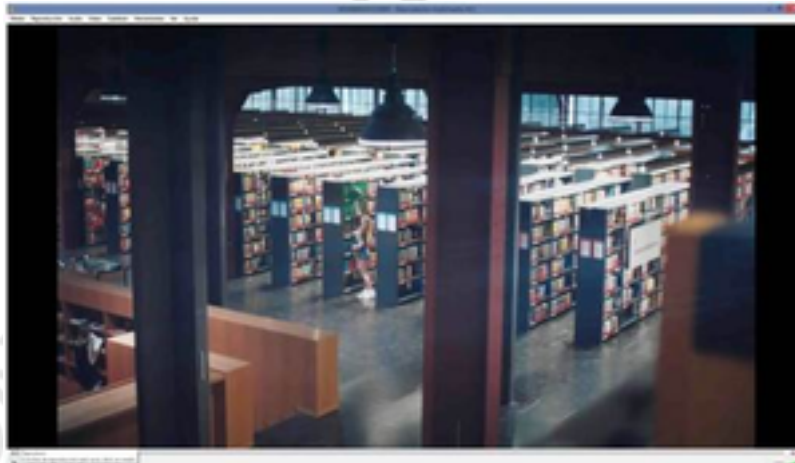


Imagen 2

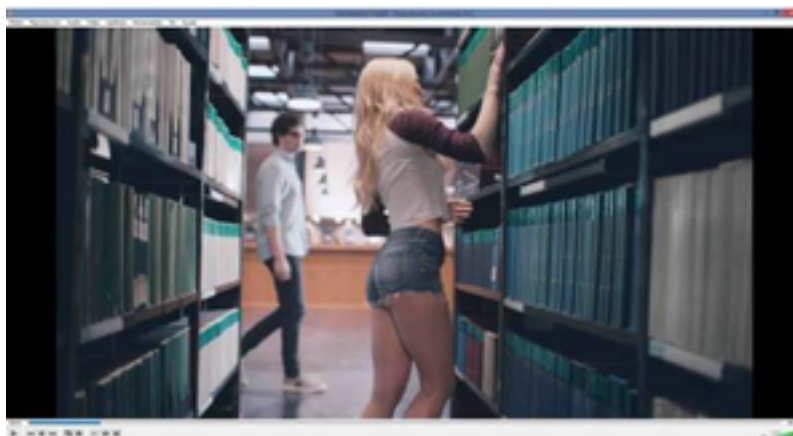
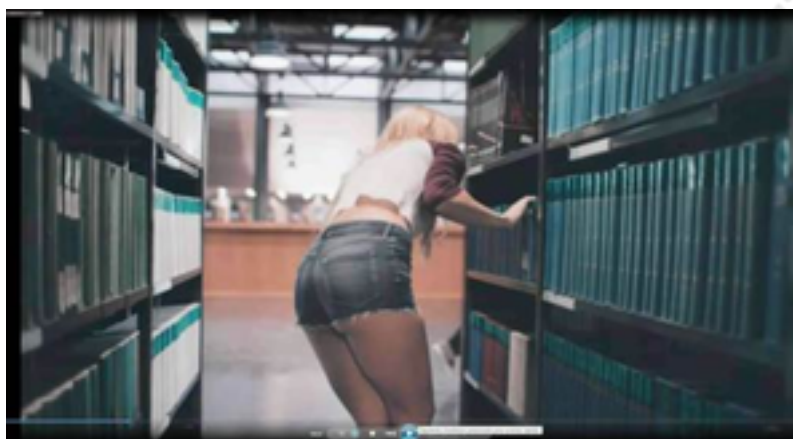
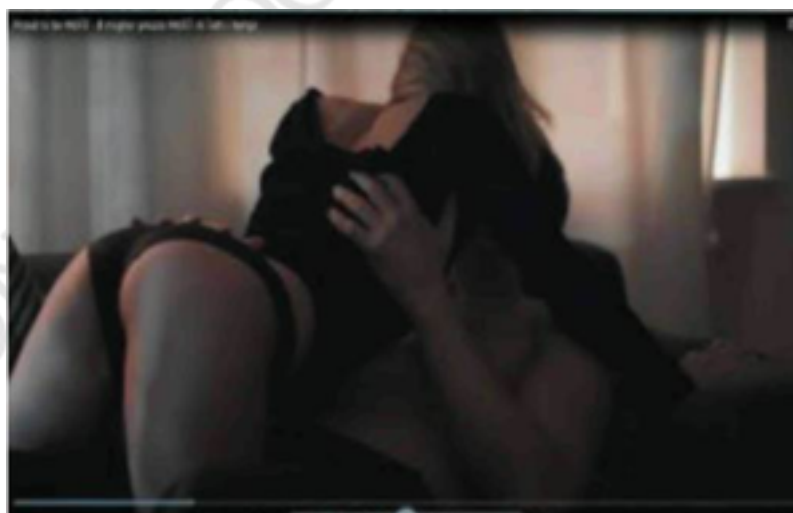


Imagen 3



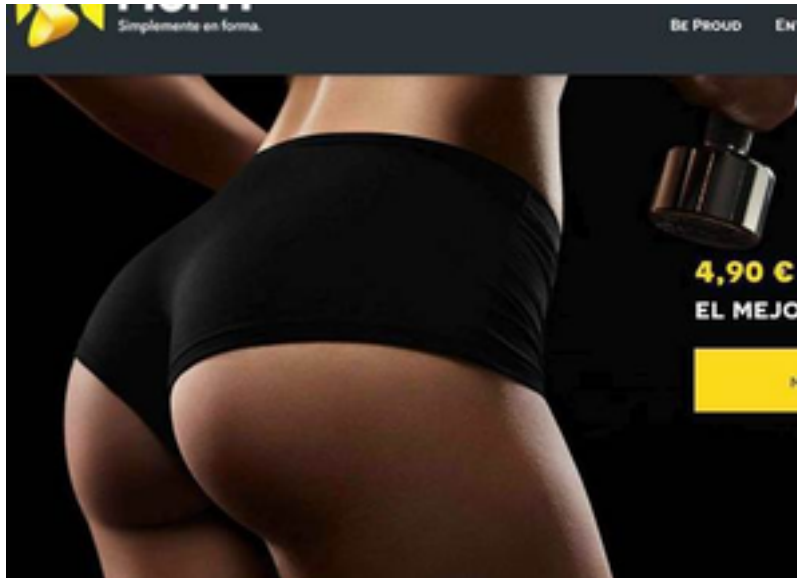
En *la segunda escena* se puede ver una chica iniciando unas relaciones íntimas con un hombre, encontrándose ella encima de él de manera que la posición principal y central de la imagen lo ocupa su trasero. Se corresponde con la imagen 4 de esta sentencia.

Imagen 4



b).- *La imagen femenina de la campaña publicitaria en lonas publicitarias colocadas en edificios y en la página web de la empresa demandada*, en la que aparece la parte trasera del cuerpo de una mujer con una prenda elástica que deja descubierto la mitad de los glúteos de la mujer, ocupando en el ángulo superior derecho parte de la mano de la mujer sujetando una pesa o mancuerna. Se corresponde con la imagen 5 de esta sentencia.

Imagen 5



**SEPTIMO** - El fundamento de la pretensión de la demanda se encuentra en el artículo 3 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, que establece:

" Artículo 3. Publicidad ilícita.

Es ilícita:

a) La publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución Española, especialmente a los que se refieren sus artículos 14, 18 y 20, apartado 4.

Se entenderán incluidos en la previsión anterior los anuncios que presenten a las mujeres de forma vejatoria o discriminatoria, bien utilizando particular y directamente su cuerpo o partes del mismo como mero objeto desvinculado del producto que se pretende promocionar, bien su imagen asociada a comportamientos estereotipados que vulnere los fundamentos de nuestro ordenamiento coadyuvando a generar la violencia a que se refiere la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género."

Concretamente se invoca la utilización del cuerpo o parte de la mujer " como mero objeto desvinculado del producto que se pretende promocionar".

**OCTAVO** - Con carácter previo debemos examinar la cuestión planteada por la parte apelante en cuanto que la publicidad comercial forma parte de la libertad de expresión consagrada en el artículo 20 de la Constitución Española y, por lo tanto, los límites a la misma deben ser objeto de interpretación restrictiva.

**NOVENO** - La sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2010 (no de 2009 como se indicaba el recurso de apelación) ha reconocido que la publicidad comercial forma parte de la libertad de expresión y así indicaba:

" La posibilidad de adscribir el mensaje publicitario al marco de protección que las normas constitucionales de las sociedades democráticas reconocen a las libertades de información, opinión e, incluso, creación artística, ha sido admitida en fechas relativamente recientes. Propiamente, desde que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de Norteamérica cambió su doctrina sobre el "comercial speech" - sentada en la decisión del caso *Valentine c. Chrestensen* - y declaró que la publicidad no era extraña al ámbito de protección ofrecido por la Primera Enmienda - caso *Bigelow c. Virginia* y los numerosos que, con matices, al mismo han seguido -, pues, pese a su contenido mercantil, proporciona información sobre productos y servicios de utilidad para el público y, al fin, para un correcto funcionamiento del mercado regido por las leyes de la oferta y la demanda, conforme a las que al consumidor corresponde emitir un voto económico; y que ello no significa que la publicidad no pueda soportar medidas restrictivas, siempre que sean necesarias para el interés público y razonablemente proporcionadas.

En nuestro continente, la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 de febrero de 1.994 - caso *Casado Coca c. España* - negó que, en el supuesto enjuiciado, hubiera resultado violado el artículo 10, pero formuló expresa declaración de que dicho precepto - que, en su apartado 1, incluye la libertad de recibir y comunicar información como contenida dentro de la libertad de expresión - "no distingue según la naturaleza lucrativa o no del fin perseguido", así como que establecer una diferencia de trato al respecto podría significar discriminación. Por ello, siguiendo su anterior doctrina, precisó dicho Tribunal que el artículo 10 no resulta "aplicable solamente a ciertos tipos de informaciones, ideas o formas de expresión...", especialmente a las de





naturaleza política", sino que también lo es a las "informaciones de carácter comercial o, incluso,... los mensajes publicitarios difundidos por cable...".

Esa es también la doctrina seguida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, así en las sentencias de 25 de marzo de 2.004 -C-71/02, Herbert Karner Industrie-Auktionem GmbH c. Troostwijk GmbH, 50 y 51 - y 2 de abril de 2.009 - C-421/07, Frede Damgaard, 26 y 27-, si bien, en ellas, tras recordar el contenido del artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, puso de manifiesto que "cuando el ejercicio de la libertad no contribuye a un debate de interés general... el control se limita a un examen del carácter razonable y proporcionado de la injerencia", que es lo que sucede con "el uso mercantil de la libertad de expresión, en particular en un ámbito tan complejo y fluctuante como la publicidad".

La publicidad constituye una forma de comunicación realizada con fines de promoción de la celebración de contratos sobre bienes o servicios - artículo 2 de la Ley 34/1.988 -. Esa comunicación puede tener un contenido informativo o integrado por ideas u opiniones o ambos a la vez, en todo caso con una relevancia cada vez mayor en el proceso de toma de decisiones en el mercado por parte de quienes son sus destinatarios, de modo que trasciende incluso - como señala el preámbulo de la Ley 29/2.009, de 30 de diciembre - del ámbito propio del consumo y la competencia.

El hecho de que la actividad publicitaria sea una manifestación del ejercicio de la libertad de empresa y, desde otro punto de vista, el que su fin no sea, necesariamente, formar criterio sobre los tradicionalmente considerados asuntos públicos - políticos, sociales, culturales... - no justifica, como se había entendido por algunos, negar a los mensajes comerciales acceso al ámbito de regulación cuyo núcleo representa el artículo 20 de la Constitución Española.

Una negativa en tal sentido no sólo sería contraria al efecto que hay que atribuir a Tratados que forman parte de nuestro ordenamiento - artículos 10, apartado 2 y 96, apartado 1, de la Constitución Española -, sino que carecería de apoyo en el citado artículo 20, el cual no distingue entre contenidos merecedores del amparo especial que ofrece, mediante la tutela del ejercicio de la libertad en los ámbitos que contempla, a la dignidad de los ciudadanos."

**DECIMO** .- Ahora bien, tal y como indicaba dicha resolución, este derecho fundamental a la libertad de expresión también está sujeto a límites:

" Ello sentado, declarar la aptitud de la publicidad para entrar en la órbita del artículo 20 de la Constitución Española implica entender que lo hace en el ámbito formado por el conjunto normativo que, dentro y fuera de dicho texto, la regula y desarrolla. Y, por tanto, que queda sujeta a los límites o restricciones que legítimamente se le impongan.

No se opone a ello la naturaleza fundamental del derecho, pues los de esta categoría admiten restricciones - sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981, de 8 de abril -, si bien las mismas deben reunir determinadas condiciones para que la intervención negativa en su contenido merezca ser jurídicamente protegida.

Así, desde el punto de vista material, que es al que el recurso se refiere, la restricción debe estar justificada, ya por imponerla la regulación constitucional del propio derecho o la concurrencia con él de otros igualmente fundamentales; ya por perseguir fines legítimos según el ordenamiento constitucional, entre otros, los configurados como derechos y deberes de los ciudadanos o como principios rectores de la política económica - libertad de empresa, artículo 3 ; peculiaridades propias de algunas actividades profesionales, artículo 36 ; defensa de los consumidores, artículo 51 ; protección de la salud, artículo 43 ... - o por el legislador ordinario para el logro de objetivos de interés general.

La restricción ha de resultar, además, idónea, en el sentido de adecuada para contribuir a la obtención del fin que la legitime.

Finalmente, deberá ser proporcionada desde el punto de vista del contenido esencial del derecho restringido, cuyo necesario respeto - artículo 53.1 de la Constitución - opera, al fin, como límite de los propios límites.

En resumen, para comprobar si la restricción resulta proporcionada, en el caso concreto, procederá determinar la relación de prioridad relativa entre los bienes, derechos e intereses en conflicto, lo que implica valorar los argumentos a favor y en contra de la efectividad de la tutela judicial pretendida."

**DECIMOPRIMERO** .- La cuestión que debe examinarse en la presente resolución es si la publicidad ha vulnerado estos límites, que en este caso vienen definidos en el artículo 3 de la Ley General de Publicidad y que para nuestro caso concreto consiste en determinar si se ha producido la utilización del cuerpo o parte del cuerpo de la mujer " como mero objeto desvinculado del producto que se pretende promocionar", debiendo realizarse una interpretación del carácter justificado, idóneo y proporcionado de esta limitación a la publicidad realizada.

**DECIMOSEGUNDO** .- Tal y como se expone en el recurso de apelación, la cuestión esencial del presente procedimiento descansa en si es necesario que exista una desvinculación total o absoluta entre la imagen de la mujer y el producto promocionado para que la publicidad sea vejatoria y por tanto ilícita, que es el *criterio mantenido por la parte apelante*, o si puede apreciarse la ilicitud de la publicidad cuando existe una conexión solamente parcial o limitada entre la utilización de la imagen de la imagen de la mujer y el producto promocionado, *como realiza la sentencia de instancia*.

**DECIMOTERCERO** .- Recordemos que el artículo 3.a) de la Ley General de Publicidad considera ilícita " los anuncios que presenten a las mujeres de forma vejatoria o discriminatoria, bien utilizando particular y directamente su cuerpo o partes del mismo como mero objeto desvinculado del producto que se pretende promociona ...".

**DECIMOCUARTO** .- Para resolver la cuestión controvertida debemos examinar por separado *cada uno de los elementos publicitarios cuestionados*.

**DECIMOQUINTO** .- Por lo que se refiere al vídeo "Proud to be **McFit**", en lo relativo a la escena de la biblioteca, nos encontramos con las siguientes circunstancias:

- El escenario donde se desarrolla la escena, una biblioteca, es muy diferente al del producto promocionado, un gimnasio.

- El papel protagonista de esta escena son los glúteos femeninos, destacados por la ropa utilizada (unos shorts vaqueros especialmente cortos y ajustado).

- Se remarca el protagonismo de esta parte del cuerpo ya que constituye " la razón por la que te giras al pasar" (como indica la voz en off) respecto al joven que pasea por los pasillos de la biblioteca.

- En el momento final de la escena, la joven protagonista se agacha para coger un libro con lo que se destaca aún más la parte trasera de su cuerpo como elemento central de los fotogramas.

Por lo tanto, todos los elementos mencionados nos llevan a considerar que en la escena en cuestión existe una *desconexión total y absoluta* respecto a la utilización del cuerpo femenino y el producto promocionado.

**DECIMOSEXTO** .- Por lo que se refiere al vídeo "Proud to be **McFit**", en lo relativo a la escena del inicio de las relaciones sexuales, nos encontramos con las siguientes circunstancias:

- Se sitúa en una ubicación (un dormitorio) muy diferente del propio de la actividad promocionada (un gimnasio).

- La actividad exhibida (relaciones sexuales) tampoco guarda conexión con la propia de la actividad promocionada (actividad deportiva).

- Nuevamente, el centro de la imagen (pese a que intervienen dos sujetos en la escena) lo ocupa los glúteos femeninos que aparecen destacados con la lencería de color oscuro utilizada.

**DECIMOSEPTIMO** .- La apelante plantea que la actividad promocionada no es solamente el gimnasio sino un estilo de vida para alcanzar un determinado nivel de bienestar subjetivo.

Tal y como lo plantea la parte demandada/apelante, es difícil no ver algún tipo de relación, por indirecta que sea, entre cualquier servicio o producto y el ser humano. Por eso resulta razonable el criterio apuntado en la sentencia de instancia en cuanto que, para apreciar que la publicidad no sea ilícita se exija una conexión, aunque sea mínima, entre el cuerpo de la mujer y el producto promocionado, situación que no se produce en el caso que nos ocupa dado que no existe vinculación (más allá que se trata de acciones propias del ser humano) entre el mantenimiento de relaciones sexuales y la realización de actividades deportivas.

**DECIMOCTAVO** .- Por lo que se refiere a la imagen femenina de la campaña publicitaria en lonas publicitarias colocadas en edificios y en la página web de la empresa demandada, nos encontramos que en dicha imagen aparece la parte trasera del cuerpo de una mujer con una prenda elástica que deja al descubierto la mayor parte del trasero de dicha modelo.

**DECIMONOVENO** .- Ya debemos anticipar que este es el supuesto más conflictivo.

En esta imagen concurren las siguientes circunstancias:

- Respecto a la puesta en escena, debemos destacar que tal y como se indicaba en la sentencia de instancia, la ropa utilizada no es propiamente deportiva ya que podría ocasionar una notoria incomodidad en la realización de las flexiones que exige la actividad deportiva. Realmente, tal y como ha indicado el juzgador, se trata de una prenda más cercana al mundo de la lencería que nada tiene que ver con las actividades deportivas.



- Respecto a la utilización de material deportivo en la imagen, aparece en un plano secundario y no apreciable a primera vista (en el ángulo superior derecho) la mano de la mujer sujetando, lo que pudiera ser (no se aprecia ni la mitad del objeto) una pesa o mancuerna.

Dada esta utilización muy secundaria (y casi residual) del único elemento que podría justificar la vinculación con la actividad promocionada, lo cierto y verdad es que el protagonismo recae única y exclusivamente en la parte trasera del cuerpo de una mujer, no resultando apreciable su conexión directa con la actividad promocionada. A mayor abundamiento hay que añadir que incluso, el elemento del gimnasio utilizado, la mancuerna, no está dirigido precisamente al desarrollo y mejora de los glúteos (masculinos o femeninos).

**VIGESIMO** .- Por último, también debemos rechazar esa pretendida conexión entre el cuerpo femenino y el estilo de vida saludable que plantea la parte apelante en cuanto que esta conexión, tal y como hemos indicado, es inexistente, ya que se puede aplicar a cualquier tipo de actividad o elemento relacionado con el ser humano.

Por lo tanto y de conformidad con lo expuesto, procede desestimar este primer motivo de apelación.

#### **Formulación del motivo**

**VIGESIMOPRIMERO** .- *El segundo motivo de apelación plantea la infracción del artículo 32.1.2º LCD por condenar al cese y prohibición de reiteración futura.*

Plantea la parte apelante que no pueden ser consideradas como una sola la condena al cese y la prohibición de la conducta.

También indica que la publicidad controvertida no existía en el momento de la interposición de la demanda y que no existe riesgo de reiteración.

#### **Valoración del tribunal**

**VIGESIMOSEGUNDO** .- El artículo 32.1.2º de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal establece:

" Artículo 32. Acciones.

1. *Contra los actos de competencia desleal, incluida la publicidad ilícita, podrán ejercitarse las siguientes acciones:*

2.ª *Acción de cesación de la conducta desleal o de prohibición de su reiteración futura. Asimismo, podrá ejercerse la acción de prohibición, si la conducta todavía no se ha puesto en práctica."*

**VIGESIMOTERCERO** .- La Sentencia de esta Sala de 11 de diciembre de 2015, rollo 365/15 , (no de 11 de febrero de 2015 como se indicaba en el recurso de apelación) exponía lo siguiente:

" 27.- *La acción de cesación contemplada en el artículo 32.1.2ª LCD (recordemos en este punto que a raíz de la reforma introducida por la Ley 29/2009, el artículo 6.1 LGP pasa a establecer que "Las acciones frente a la publicidad ilícita serán las establecidas con carácter general para las acciones derivadas de la competencia desleal por el capítulo IV de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal") puede amparar tanto una orden precisa de interrupción del acto desleal como la prohibición de la repetición de su realización. En el primer caso, es preciso que la conducta desleal se esté desarrollando al tiempo de la interposición de la demanda, lo que aquí no acaece, pues, como ha quedado evidenciado en las actuaciones, la publicidad objeto de litigio cesó bastante tiempo antes de que la demanda se presentase.*

28.- *En relación con la segunda posibilidad que autoriza el precepto anteriormente identificado, para que la acción prospere es preciso ( sentencias de este tribunal de 30 de octubre y 30 de diciembre de 2009 ) que concurra una situación de riesgo objetivo o probabilidad de reiteración, extremo este que habrá de valorarse teniendo en cuenta las circunstancias del caso."*

**VIGESIMOCUARTO** .- Por lo tanto, resulta acertado el planteamiento en abstracto que realiza la parte apelante en cuanto que hay que diferenciar la acción de cesación y la acción de prohibición.

**VIGESIMOQUINTO** .- Por lo que se refiere a la acción de cesación, la parte apelante indica que en el momento de la interposición de la demanda ya no existía la publicidad controvertida.

**VIGESIMOSEXTO** .- Ahora bien, la propia demandada/apelante reconoce la (todavía) existencia del vídeo "Proud to be **McFit**" en el canal YouTube.

Con independencia de la más fácil accesibilidad o dificultad o que incluso sea necesario contar con el consentimiento de la demandada para acceder al vídeo, lo cierto y verdad es que el mismo se encuentra en un sitio web público, por lo que, al no haber sido retirado del mismo, seguía existiendo esta publicidad ilícita aun cuando el público destinatario pudiera ser limitado o prácticamente inexistente.



Cuestión diferente podría plantearse si el vídeo no estuviera en la plataforma en el momento de la presentación de la demanda.

Por lo tanto, procede desestimar este argumento del segundo motivo de apelación.

**VIGESIMOSEPTIMO** .- Por lo que se refiere a *la acción de prohibición*, dado que los soportes utilizados para la campaña de publicidad, fotografías, lonas y vídeos, siguen a disposición de la parte demandada, existe el "riesgo potencial objetivo o probabilidad de reiteración" (en la terminología utilizada por la señaladas sentencias de esta Sala de 30 de octubre, 30 de diciembre de 2009 y 11 de diciembre de 2015) de una nueva infracción lo que obligaría a la parte actora a tener que presentar una nueva demanda.

Para evitar esta situación, la Ley de Competencia Desleal contempla la acción de prohibición, resultando razonable la estimación de dicha acción que realiza la sentencia de instancia.

Cuestión diferente podría plantearse si se hubiera solicitado o se hubiera realizado la destrucción de los soportes y elementos utilizados para la publicidad.

Por lo tanto y a tenor de lo expuesto, procede desestimar este segundo motivo de apelación.

#### **Formulación del motivo**

**VIGESIMOCTAVO** .- *En el tercer y último motivo de apelación se plantea la infracción del artículo 280.1 y 280.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por la admisión del vídeo italiano como prueba documental.*

#### **Valoración del tribunal**

**VIGESIMONOVENO** .- En el caso que nos ocupa nos encontramos que, tal como se exponía en el auto del Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Madrid de 28 de enero de 2020, el vídeo italiano es el origen del vídeo español, ya que este último es una versión más breve del primero, por lo que puede proporcionar indicios para interpretar el vídeo español (que es objeto del presente procedimiento) al poder disponer de una visión más amplia de las escenas que integran la publicidad.

Por lo tanto, existe una relación con el objeto del proceso que justifica su admisión como medio probatorio.

Otra cosa es su posible relevancia a la hora de resolver la cuestión controvertida.

Por todo ello y a tenor de lo expuesto, procede desestimar este motivo de apelación.

#### **Costas de la segunda instancia**

**TRIGESIMO** .- Por lo que se refiere a las costas de la apelación, dado el sentir desestimatorio de la presente resolución, procede imponer las mismas a la parte apelante de conformidad con los artículos 394.1 y 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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

#### **FALLAMOS:**

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la procuradora Sra. Marina y Grimau en representación de **McFIT** ESPAÑA S.L.U. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Madrid con fecha de 28 de enero de 2020 en el Juicio Verbal nº 786/17, debemos confirmar la misma. Todo ello con imposición a la parte apelante de las costas causadas en esta alzada.

Acordamos la pérdida del depósito realizado, en su caso, para la interposición del presente recurso.

#### **Modo de impugnación**

Notifíquese esta sentencia a las partes, con indicación de que contra la misma no cabe recurso ordinario alguno y los extraordinarios únicamente en los términos del Acuerdo de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2017; y devuélvanse los autos originales al Juzgado de Instancia de procedencia, con testimonio de la presente resolución, para su conocimiento y efectos.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al rollo de su razón, definitivamente juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.