

UNIVERSIDAD DE LAS PALMAS DE GRAN CANARIA
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS JURIDICAS BASICAS
DOCTORADO EN DERECHO

TITULO DE LA TESIS DOCTORAL:
PUBLICIDAD COMPARATIVA

Las Palmas GC, a 5 de junio de 2003

AUTOR:

D. Luis Gutiérrez Sanjuán

DIRECTOR:

Dr. D. Nicolás Díaz de Lezcano Sevillano

317620
789240

UNIVERSIDAD DE LAS PALMAS DE GRAN CANARIA
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS JURIDICAS BASICAS
DOCTORADO EN DERECHO

TITULO DE LA TESIS DOCTORAL:
PUBLICIDAD COMPARATIVA

Las Palmas GC, a 5 de junio de 2003

AUTOR:



D. Luis Gutiérrez Sanjuán

DIRECTOR:



Dr. D. Nicolás Díaz de Lezcano Sevillano

TESIS SOBRE PUBLICIDAD COMPARATIVA

CAPITULO PRIMERO: EVOLUCION DE LA PUBLICIDAD COMPARATIVA. PERSPECTIVA GENERAL

I INTRODUCCIÓN	17
II MODELO PROFESIONAL Y SU OPOSICIÓN A LA PUBLICIDAD COMPARATIVA	23
III MODELO SOCIAL DE COMPETENCIA DESLEAL Y DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES	

1. Introducción	25
2. Argumentos pro publicidad comparativa	27
3. Críticas al efecto informativo de la publicidad comparativa ..	29

A) Función del anunciante como juez y parte	29
B) Supuesta objetividad de la publicidad comparativa y su papel para confundir al consumidor	30
C) Efecto denigrante sobre el competidor	31

4. Argumentos contra las críticas de la publicidad comparativa .	31
5. Resumen sobre las ventajas para el consumidor de la publicidad comparativa	33
6. Publicidad comparativa e interés general	33

A) Competencia basada en las propias prestaciones	34
B) Estructura de mercado y publicidad comparativa	35
C) Progreso técnico y económico y publicidad comparativa ..	36

IV ANTECEDENTES EN DERECHO ESPAÑOL. ESTATUTO DE LA PUBLICIDAD DE 11 DE JUNIO DE 1964

1. Nociones básicas	37
2. Doctrina sobre publicidad comparativa del Jurado Central de Publicidad: evolución	40
3. Conclusión	43

V EVOLUCION EN LA CLASIFICACION DE PUBLICIDAD COMPARATIVA

1. Introducción	43
2. Publicidad explícita e implícita	44
3. Clasificación en función de la forma de identificación de la competencia	45
4. Clasificación en función del objeto de comparación	46
5. Clasificación en función de la dirección de la comparación ..	46

VI DOCTRINA SOBRE LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y SU INCIDENCIA EN LA PUBLICIDAD COMPARATIVA: EVOLUCION

1. Introducción	47
2. Libertad de expresión y publicidad comercial en España	49
3. Libertad de expresión y publicidad comercial en Europa. Doctrina de CEDH y del TEDH	
A) El artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humano y su aplicación a la publicidad comercial	52
B) Doctrina de la Convención Europea de Derechos Humanos	
a) Caso Pastor X e Iglesia de la Cienciología	53
b) Caso Liljemberg	54
c) Caso Barthold	55
d) Caso Mark Intern	56
e) Caso Casado Coca	58
C) Doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos	
a) Caso Barthold	58
b) Caso Mark Intern	59
c) El periodo intermedio entre los casos Markt Intern y Casado	

Coca	59
d) Caso Casado Coca	60

4. Conclusiones en torno a la aplicabilidad del art. 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos a la publicidad comercial

A) Introducción	60
B) Requisitos de restricción de la libertad de expresión en Europa	
a) Previsión en la ley	62
b) Referencia a una de las causas del artículo 10.2	63
c) Ser una medida necesaria en una sociedad democrática	63
C) Requisitos del artículo 10.2 de la Convención Europea de Derechos Humanos para restringir la libertad de expresión en publicidad comparativa	
a) Previsión en la ley	64
b) Referencia a una de las causas del artículo 10.2	65
c) Ser una medida necesaria en una sociedad democrática	65

5. Derecho de Información

A) Introducción	66
B) Derecho positivo	73

CAPITULO SEGUNDO: ANALISIS DEL DERECHO COMPARADO

I INTRODUCCION	79
II REGIMEN GENERAL EN EUROPA	80
III RÉGIMEN EN BÉLGICA: TRADICION PROHIBICIONISTA	
1. Introducción	82
2. La regulación del Arrete Royal de 1934	83

3. Loi sur les pratiques du commerce de 1971	84
4. Loi sur les pratiques du commerce et sur information et la protettion du consommateur de 1991	85
5. Traslación al derecho belga	85

IV RÉGIMEN EN DERECHO FRANCES: TRANSICION

1. Posición inicial prohibicionista y sus excepciones	85
2. Repercusiones del auge del movimiento de los consumidores	87
3. Loi renforçant la protection des consommateurs de 1992	88
4. Traslación al derecho francés	91

V RÉGIMEN RESTRICTIVO EN DERECHO ALEMAN

1. Prohibición de la publicidad comparativa	91
A) Excepciones	92
B) Comparación en legítima defensa	92
C) Comparación a petición de la clientela	93
D) Comparación necesaria para la explicación de un progreso técnico	94
2. Evolución del derecho alemán	95
3. Autorregulación	95
4. Traslación al derecho alemán	95

VI SISTEMA PROHIBICIONISTA EN EL DERECHO DE ITALIA

1. Publicidad comparativa directa e indirecta	96
2. Supuestos excepcionales	98
3. Revisión de la posición restriccionista	99
4. Autorregulación	99
5. Traslación de la Directiva sobre publicidad comparativa ...	101

VII RÉGIMEN FAVORABLE A LA PUBLICIDAD COMPARATIVA EN EL DERECHO SUIZO

1. Admisión inicial de la publicidad comparativa	101
2. La UWG de 19 de diciembre de 1986	102
3. Cuatro supuestos actuales de publicidad ilícita en Derecho suizo	103

VIII REGIMEN LEGAL DE ESTADOS UNIDOS DE AMERICA Y CANADA

1. Introducción: legislación estatal	104
A) Legislación Federal: Federal Trade Comisión Act	105
B) The Lanham Act of 1946	106
C) Los medios de comunicación	106
D) Asociación Americana de Agencias de Publicidad	107
E) Autorregulación publicitaria	107
2. Canadá	
A) Introducción	109
B) Autorregulación	110

IX REGULACION EN OTROS PAISES

1. Introducción	110
2. Cámara de Comercio Internacional	111
3. Republica de Santo Domingo	112
4. El derecho colombiano sobre publicidad comparativa	113
5. Situación en Perú	
A) Introducción	116
B) Principios y requisitos de la publicidad comparativa	119

C) Resolución Procter Gamble del Perú SA vs Productos

Sanitarios Sancela Perú SA

a) Introducción	122
b) Análisis de las cuestiones en discusión	123
c) Presunta infracción al principio de veracidad	131
d) Presunta infracción al principio de lealtad	133

CAPITULO TERCERO: DIRECTIVA 97/55/CE, DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO SOBRE PUBLICIDAD COMPARATIVA

I. INTRODUCCIÓN	138
II. DIRECTIVA 84/450/CEE DEL CONSEJO DE 10 DE SEPTIEMBRE DE 1984 RELATIVA A LA APROXIMACIÓN DE LAS DISPOSICIONES LEGALES REGLAMENTARIAS Y ADMINISTRATIVAS DE LOS ESTADOS MIEMBROS EN MATERIA DE PUBLICIDAD ENGAÑOSA	139
III. ANTECEDENTES DE LA DIRECTIVA SOBRE PUBLICIDAD COMPARATIVA	
1. Introducción	140
2. Directiva comunitaria en materia de publicidad comparativa. Evolución	142
A) Antecedentes	142
B) Estudio de las dos primeras propuestas de directivas	145
C) Estudio del concepto de publicidad comparativa en la propuesta de directiva	
a) Concepto	146
b) Requisitos de licitud	147
3. Influencia de las propuestas de Directiva en el derecho español	150
4. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea	

en materia de publicidad comparativa

A) Etapa previa a la aprobación de la Directiva	151
B) Jurisprudencia posterior a la aprobación de la Directiva	
a) Caso Código de Conducta Profesional	153
b) Caso Thosiba vs Katum	153
c) Caso As. C-44/01 As. Pippig vs Hartlauer	154
d) Caso Ryanair vs Lufthansa	155

IV. DIRECTIVA 97/55/CE, DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO SOBRE PUBLICIDAD COMPARATIVA QUE MODIFICA LA DIRECTIVA SOBRE PUBLICIDAD ENGAÑOSA MEDIANTE LA INCLUSIÓN DE LA PUBLICIDAD COMPARATIVA

1. Introducción	155
2. Estudio comparativo con las dos Primeras Propuestas de Directivas sobre publicidad comparativa	158
3. Concepto	
A) Considerandos	159
B) Definición	163
4. Requisitos de licitud	168
5. Marcas europeas y publicidad comparativa	170
6. Régimen de control y reclamaciones	
A) Introducción	172
B) Carga de la prueba	175
C) Reclamaciones	177
D) Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre reclamaciones en materia de publicidad comparativa	178
7. Traslación	

A) Traslación general	181
B) Traslación al derecho español	183

V. CODIGO DEONTOLOGICO PARA PUBLICIDAD INFANTIL

1. Principios	184
2. Directrices	186
3. Principios de publicidad comparativa infantil	187

VI. CONCLUSIÓN	188
----------------------	-----

CAPITULO CUARTO: REGIMEN LEGAL Y JURISPRUDENCIAL ESPAÑOL

I LEY GENERAL DE PUBLICIDAD, DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1988

1. Significado de LGP	191
2. La primacía otorgada a la Jurisprudencia	193
3. Publicidad comparativa y publicidad ilícita	195

II LEY DE COMPETENCIA DESLEAL, DE 10 DE ENERO DE 1991

1. Introducción	198
2. Artículo 10 LCD	199
3. Concurso de normas entre la Ley General de Publicidad y la Ley de Competencia Desleal	
A) Introducción	203
B) Derogación tacita	204
C) Derogación por incompatibilidad	206

4. Posturas doctrinales ante el concurso de normas	209
5. Diferencia entre ilícito concurrencial e ilícito publicitario	211
6. Sistema de publicidad comparativa en derecho español	
A) introducción	212
B) Con relación a los objetos de comparación	213
C) Con relación a los parámetros de la comparación	217
D) Con relación al contenido de la comparación	220

III TRASLACION DE LA DIRECTIVA

1. Introducción	226
2. Proyecto de Reforma de la Ley General de Publicidad	230
3. Ley 39/2002, de 28 de octubre, General de Publicidad	234

IV AUTORREGULACION

1. Introducción	237
2. Códigos de Conducta y publicidad comparativa	239
3. Estadística de asuntos resueltos por JP	241
4. Casos resueltos por JP sobre publicidad comparativa	
A) Caso Zanussi, Balay y Fagor vs LG Frigoríficos Goldstar	242
B) Caso Lejía ACE vs Henkel Ibérica Lejía Neutrex con blanqueantes activos	242
C) Caso Henkel Ibérica vs Lejía ACE Antirradicales	243
D) Caso Procter Gamble Fairy Ultra vs Henkel Ibérica Nuevo Mistol Ultra Plus	244
E) Caso Leche Pascual vs Cereales Kellogg's	245
F) Caso Telefónica Móviles vs Airtel Móvil	245
G) Caso Telefónica vs RSL Communications Spain (Aló)	246
H) Caso Schweppes vs Refrescos Don Simón	247
I) Caso GLP vs Nueva botella de butano Cepsa	248
J) Caso Telefónica vs Jazztel	249

K) Caso Damm SA y Plataforma Continental SL vs Heineken	
España	250
L) Caso Terra vs Ya.com	262
LL) Caso Don Simón vs Pepsi	263
M) Caso Danone Coca Cola vs Don Simón	264
N) Caso Proter Gamble vs Don Simón	265
Ñ) Caso Coca Cola vs Pepsi	266
O) Coca Cola vs Pepsico ("Mundial 2002: España 3 - Paraguay 1)	
.....	267

V ANALISIS DE LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA SOBRE PUBLICIDAD COMPARATIVA

1. Casuística española	273
2. Caso Telefónica vs Tele2	273
3. Caso Telefónica vs Alo SA	274
4. Caso Caster vs Levis's	275
5. Caso Telefónica vs Guiaraba SL	
A) Intorudccion	275
B) Existencia de publicidad comparativa implícita	278
C) Existencia de comparación al realizar alusión al competidor	
.....	281
6. Caso Burger King vs McDonald's	284
7. Caso Modital SL vs Tinta Difusión SA	
A) Introducción	285
B) Sentencia de la AP estimatoria	286
C) Sentencia desestimatoria del Tribuna Supremo	287

8. Caso Distribuidora Internacional de Alimentación DIA SA vs Bon Preu SA	
A) Introducción	292
B) Sentencia estimatoria de la demanda de la AP	293
9. Colegio de Gestores Administrativos de Valencia vs Banco Herrero SA	
A) Introducción	297
B) Sentencia de la AP desestimatoria de la demanda	297
10. Cía. de Servicios de bebidas refrescantes SA y Coca-Cola de España SA vs Pepsi-Cola de España SA	
A) Introduccion	302
B) Sentencia de la AP de Madrid	302
C) Publicidad comparativa publicidad testimonial	306
11. Arrakis Servicios y Comunicaciones SL vs Centre Telematic Valencia SL (CVT)	307
12. Fundación Familiar Catalana vs Moar Associats SL	
A) Introducció	313
B) Sentencia desestimatoria de la AP de Barcelona	314
13. Caso Chicco Española SA vs Boehringer Mannheim SA	
A) Introducción	318
14. Instituto para la Promoción y el Empleo SL s Liceo Politécnico de Valladolid	

A) introducción	328
B) Sentencia desestimatoria de la AP de Valladolid	329
15. Atencia y Sanz, asesores de seguros, correduría de seguros SL vs Colegio de Mediadores de Seguros Titulares de Ceuta	
A) introducción	332
B) Sentencia desestimatoria de la AP de Cadiz	332
16. Caso Telefónica vs Retevision	336
17. Caso Femsa vs Disyuntor Regulador ASD SA	336
18. Caso Ascensores "Zardoya Otis"	336
19. Caso Asociación Española de Fabricantes de Juguetes vs Juguetes Feber SA	337
20. Caso Productos T vs CN	337
21. Caso Policlínica San Carlos SL vs Centro Clínica S. Carlos SA	340

CAPITULO QUINTO: ESTUDIO DEL CONCEPTO DE PUBLICIDAD COMPARATIVA

I INTRODUCCION	340
II DEFINICION	
1. Planteamiento general	349
2. Definición restrictiva	350
3. Definición amplia o genérica	352
4. Definición jurídica	
A) Definición de AIPPI	353
B) Definición doctrinal	354

5. Definición jurisprudencial y legal	355
--	------------

II CARACTERÍSTICAS

1. Introducción	361
2. Referencia simultanea a la oferta del anunciante y a la oferta de la competencia	362
3. Formas de identificar a la competencia	
A) Referencias que favorecen la identificación del competidor	
a) La agresividad publicitaria	364
b) La evocación de la publicidad del competidor en la propia publicidad	366
c) La matización de la expresión publicitaria	367
d) Circunstancias derivadas de la coincidencia espacial y temporal de dos publicidades	367
e) Circunstancias derivadas de la estructura de mercado	368
f) Publicidad dirigida a un colectivo especial	371
B) Referencias que reducen las posibilidades de identificación del competidor	
a) La retórica publicitaria	372
b) Los versos en publicidad	372
c) La exageración publicitaria	372
d) El humor en publicidad	375

III UTILIZACION DE LA MARCA EN PUBLICIDAD COMPARATIVA

1. Introducción	376
2. AIPPI y la utilización de la marca en publicidad comparativa	378
3. Sistema en derecho español	
A) Introducción	380
B) Sistema vigente de la Ley de Marcas (Ley de Marcas de 7	

diciembre 2001)	381
-----------------------	-----

V DISTINCIÓN DE OTRAS CLASES DE PUBLICIDAD

1. Publicidad comparativa y publicidad adhesiva	384
2. Publicidad comparativa y publicidad denigratoria	387
3. Publicidad comparativa y publicidad de tono excluyente ...	394
4. Publicidad comparativa e imperativo publicitario	394
5. Publicidad comparativa y auto comparación	396
6. Publicidad comparativa y comparación de sistemas económicos	397
7. Publicidad comparativa y comparación de géneros de mercaderías	398
8. Publicidad comparativa y explotación publicitaria de los análisis comparativos	
A) Función	399
B) Análisis comparativo realizado por una empresa que lo utiliza en su publicidad	402
C) Análisis comparativo realizado y difundido por un ente neutral	
D) Análisis comparativo realizado por un ente neutral y difundido por una empresa en su publicidad	403
a) Publicidad sobre la existencia del análisis	404
b) Publicidad con extractos del análisis	405
c) Publicidad con utilización del análisis en su integridad	406
9. Publicidad comparativa y publicidad con catalogo	405
10. Publicidad comparativa de productos fitosanitarios	406
 CONCLUSIONES	 408
ABREVIATURAS	433
BIBLIOGRAFIA	443
INDICE DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES CITADAS	459

CAPITULO PRIMERO: EVOLUCION DE LA PUBLICIDAD COMPARATIVA. PERSPECTIVA GENERAL

I INTRODUCCIÓN	17
II MODELO PROFESIONAL Y SU OPOSICIÓN A LA PUBLICIDAD COMPARATIVA	23
III MODELO SOCIAL DE COMPETENCIA DESLEAL Y DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES	
1. Introducción	25
2. Argumentos pro publicidad comparativa	27
3. Críticas al efecto informativo de la publicidad comparativa	29
A) Función del anunciante como juez y parte	29
B) Supuesta objetividad de la publicidad comparativa y su papel para confundir al consumidor	30
C) Efecto denigrante sobre el competidor	31
4. Argumentos contra las críticas de la publicidad comparativa	31
5. Resumen sobre las ventajas para el consumidor de la publicidad comparativa	33
6. Publicidad comparativa e interés general	33
A) Competencia basada en las propias prestaciones	34
B) Estructura de mercado y publicidad comparativa	35
C) Progreso técnico y económico y publicidad comparativa	36
IV ANTECEDENTES EN DERECHO ESPAÑOL. ESTATUTO DE LA PUBLICIDAD DE 11 DE JUNIO DE 1964	
1. Nociones básicas	37
2. Doctrina sobre publicidad comparativa del Jurado Central de Publicidad: evolución	40
3. Conclusión	43
V EVOLUCION EN LA CLASIFICACION DE PUBLICIDAD COMPARATIVA	
1. Introducción	43

2. Publicidad explícita e implícita	44
3. Clasificación en función de la forma de identificación de la competencia	45
4. Clasificación en función del objeto de comparación	46
5. Clasificación en función de la dirección de la comparación ..	46

VI DOCTRINA SOBRE LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y SU INCIDENCIA EN LA PUBLICIDAD COMPARATIVA: EVOLUCION

1. Introducción	47
2. Libertad de expresión y publicidad comercial en España	49
3. Libertad de expresión y publicidad comercial en Europa. Doctrina de CEDH y del TEDH	
A) El artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos y su aplicación a la publicidad comercial	52
B) Doctrina de la Convención Europea de Derechos Humanos	
a) Caso Pastor X e Iglesia de la Cienciología	53
b) Caso Liljemberg	54
c) Caso Barthold	55
d) Caso Mark Intern	56
e) Caso Casado Coca	58
C) Doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos	
a) Caso Barthold	58
b) Caso Mark Intern	59
c) El periodo intermedio entre los casos Markt Intern y Casado Coca	59
d) Caso Casado Coca	60
4. Conclusiones en torno a la aplicabilidad del art. 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos a la publicidad comercial	
A) Introducción	60
B) Requisitos de restricción de la libertad de expresión en Europa	
a) Previsión en la ley	62
b) Referencia a una de las causas del artículo 10.2	63

c) Ser una medida necesaria en una sociedad democrática	63
C) Requisitos del artículo 10.2 de la Convención Europea de Derechos Humanos para restringir la libertad de expresión en publicidad comparativa	
a) Previsión en la ley	64
b) Referencia a una de las causas del artículo 10.2	65
c) Ser una medida necesaria en una sociedad democrática	65
5. Derecho de Información	
A) Introducción	66
B) Derecho positivo	73

I INTRODUCCIÓN

Todo empresario, considerado desde el punto de vista jurídico mercantil, actúa constantemente a favor del desarrollo de sus fines a través de cada uno de los bienes y servicios que constituyen el denominado establecimiento mercantil, considerado por la doctrina¹ como una unidad funcional o también unidad patrimonial. En esta tarea empresarial se ha de ubicar el "acto de comparación" en que consiste la publicidad comparativa.

La actividad publicitaria, o publicidad comercial privada como se la ha llamado², se ha revelado como el medio más eficaz para promover las ventas de bienes y servicios a los consumidores y usuarios. En las economías de mercado más desarrolladas es la manera más eficaz de inclinar a los consumidores al consumo de un determinado producto, frente a otros que también satisfacen la misma necesidad. La publicidad es también un instrumento fundamental en la política de competencia de las empresas, siendo utilizada por estas como eficaz medio de superar a la competencia. El tremendo impacto de la publicidad y la importancia de su mensaje en la relación entre consumidor y vendedor, ha hecho necesario que sea regulada por ley.

¹ IGLESIAS y ROJO, *Publicidad*, en *UDI-DM*, UNED, 1979, p. 55.

² RODRIGO URÍA, *Derecho mercantil*, 6ª edición, Madrid, 1968, p. 88, y ediciones posteriores: así la 21ª, Madrid, 1994, p. 80.

Una visión tradicional de la publicidad la diferencia radicalmente en dos categorías: publicidad informativa y publicidad sugestiva.

La publicidad sugestiva es la mayoritaria y en ella se ofrece poca o ninguna información al consumidor, se trata de exagerar la imagen del producto y manipular sobre sus desventajas. Se trata de forjarse una reputación en el mercado que induzca al consumidor a comprar el producto por la reputación que tiene. Las consecuencias para el consumidor y la competencia son nefastas. Se pierde la racionalidad en la decisión de compras, pasando a segundo plano la calidad o el precio y se enmascaran las características objetivas que tienen todos los productos sustitutivos (se hace creer que ese producto es único). Los competidores para vencer este fenómeno tienen que gastar más en publicidad que detratan recursos para ofertar más calidad y mejor precio. A su vez las empresas con marca adquieren más poder en el mercado con lo cual pueden imponer precios más altos e invertir menos en mejorar la competitividad del producto, y si más en publicidad para mejorar todavía más la reputación de su marca³.

Frente a esta visión tradicional de la publicidad se ha desarrollado otra teoría moderna⁴ totalmente diferente y que parte de la consideración del carácter valioso de la publicidad en cuanto aporta información para el consumidor. Esta teoría parte de que la información que se proporciona es útil, tanto la directa sobre el producto como el precio, calidad, garantía, composición, etc., como la indirecta, por ejemplo la proporcionada por una persona famosa. El fundamento del carácter informativo de la publicidad indirecta es que la empresa anunciante se está gastando mucho dinero en publicidad porque su producto es de calidad, en caso contrario no correría el riesgo de publicitar un producto que si es de mala calidad, la publicidad se le volvería en contra. La conclusión que puede sacar el consumidor es que si se

³ Sobre esta visión tradicional vease MADRENAS, *Sobre la interpretación de las prohibiciones de publicidad engañosa y desleal. La parcialidad de la publicidad y los costes de la competencia*, Civitas Madrid 1990, p. 43.

⁴ Teoría desarrollada, entre otros, por NELSON P. en *Journal Political of economy*, 78 (1970), p. 311 ss. y en *Journal Political of economy*, 82 (1974), p. 729 ss.

hace tanta publicidad es porque es bueno, es una <<señal>> de calidad⁵. Es el efecto señalizador de la publicidad lo que fundamenta su carácter informador. E La inversión en publicidad es un coste hundido para la empresa, pues no se puede recuperar, luego si se hace es porque el producto tiene calidad y se cuenta con la aceptación del consumidor. El incentivo de mantener la reputación es lo que incentiva a las empresas a mejorar la oferta y producir bienes de calidad.

La publicidad tiene como objetivo persuadir o manipular para captar clientes pero también tiene un carácter de comunicación de información veraz, lo que se ha puesto de manifiesto desde diversas perspectivas: la de la protección del consumidor⁶, la económica empresarial⁷ y la jurídica⁸.

En España, con la aprobación en 1988 de la LGP, se reconoce el carácter y la naturaleza comunicativa de la publicidad. La importancia hace que se regule con carácter uniforme en la Unión Europea. La definición de publicidad del art. 2 de la LGP supone la transposición del art. 2.1 de la Directiva 84/450/CE, de 1984, sobre publicidad engañosa⁹. Con la normativa comunitaria, española, la jurisprudencia y las resoluciones del Jurado de Publicidad, se ha creado un corpus jurídico de normas de publicidad, como razón delimitadora de esta materia, tanto sociológica como jurídica¹⁰.

La publicidad no es sólo una mera reglamentación del sector económico, como en un principio se podía pensar, sino que hoy es un fenómeno complejo,

⁵ Es este efecto señalizador de la publicidad lo que fundamenta el carácter informativo de la publicidad indirecta. Efecto ignorado por la visión tradicional de la publicidad.

⁶ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO A, "La protección de los legítimos intereses económicos de los consumidores", en *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Madrid, 1987, p. 148.

⁷ Véase FERNANDEZ NOVOA, *Estudios de Derecho de la publicidad*, Homenaje a la Facultad de Derecho o autor Doctor Carlos Fernández Novoa, Universidad de Santiago de Compostela, 1989, p. 58; FERRER ROSELLO, *El consumidor frente a la publicidad*, 2ª edición, Madrid, pp. 20 y ss.

⁸ SANTAELLA LOPEZ, *El nuevo derecho de la publicidad*, Madrid, 1989, pp. 32, 56, 63, 67, 68 y 71.

⁹ Como señala SANTAELLA LÓPEZ, *El nuevo derecho de la publicidad*, oc. p. 32, "acaso sería mejor decir el carácter básicamente comunicativo de la publicidad".

¹⁰ CUESTA RUTE, *Lecciones de derecho de la publicidad*, Editorial de la Universidad Complutense, Madrid, 1985, destaca los caracteres jurídicos y materiales diferenciados.

donde destaca el carácter comunicativo¹¹. La publicidad se puede decir que es, con la LGP <<toda forma de comunicación>> que se oriente al propósito de fomentar la contratación, criterio que perfecciona el propio de la Unión Europea¹². Esta información aparece como comunicación, pero como señala VICENT CHULIA¹³ <<la actividad publicitaria, en sentido amplio, es un aspecto de la información persuasiva>>.

La aparición y recepción de la publicidad comparativa ha sido muy diferente de unos países a otros, dependiendo de su desarrollo económico y de su cultura empresarial y jurídica. Mientras que países como Norte América, con un fuerte desarrollo industrial y un consumo de masas, la publicidad comparativa es permitida y ampliamente usada desde los años setenta del pasado siglo XX, y donde actualmente el 80% de la publicidad es comparativa; en otros Estados el desarrollo es lento y contradictorio¹⁴. En unos Estados se ve como beneficiosa para el consumidor y los competidores, para otros países es negativa, en cuanto amenaza a la competencia.

En Canadá y Europa la tendencia a utilizar esta forma de promoción de ventas de productos y servicios aumenta cada día. Por el contrario, en otros estados Europeos o de América, todavía se sigue utilizando poco y son contadas las ocasiones en las que una empresa se ha aventurado a utilizar esta herramienta, viéndose como blanco de críticas por el sector publicitario, así como de amenazas de demandas por la competencia¹⁵.

En la práctica publicitaria española el uso y utilización de publicidad comparativa ha sido escasa. Aunque pronto se consideró legal¹⁶. Se ha

¹¹Esta consideración general y unánime de la doctrina sobre la naturaleza comunicativa de la publicidad es de mucha enjundia y relaciona al Derecho de la Publicidad con el Derecho de la Información, en cuanto este supone la proyección del *ius communicationis*.

¹²Este criterio era mantenido tanto por el Estatuto de la Publicidad como por la actual LGP.

¹³VICENT CHULIA, F, Compendio crítico de Derecho mercantil, 3ª edición, Tomo I, volumen 2º, Barcelona, 1.991, p. 1.092.

¹⁴BARRIO GARCIA, *La publicidad comparativa, situación actual y análisis*, editorial Financial Times, Madrid, 2002, p. 33.

¹⁵Vid. LUGO LOVATÓN, "La Publicidad Comparativa en la República Dominicana", [en línea] <google> [Consulta: 5-4-2002].

¹⁶En 1972 se destacó la importancia de esta publicidad como fuente de información para el consumidor en las resoluciones del Jurado Central de Publicidad. Resoluciones como la del caso Dash/Ariel, ADI, 1977, p. 577, en que se puso de relieve los beneficios para la

utilizado poco y cuando lo ha hecho se ha limitado a alabar las ventajas de un producto frente a otro, sin cara ni nombre. No hay tradición y si pánico a entrar en un campo publicitario nuevo, que se sabe como comienza pero no como termina. También se piensa que la publicidad comparativa es más aburrida al tener que basarse en datos verídicos, lo cual impide utilizar menos la fantasía. Caso paradigmático es la empresa murciana de vinos Don Simón, García Carrión, que es pionera en la utilización de esta forma de publicidad.

De la publicidad comercial, una de las clasificaciones más importante es la que se hace entre publicidad no comparativa y publicidad comparativa. Aunque toda publicidad se puede aducir que implica una comparación, esta clasificación identifica las dos formas técnicas de publicidad más importantes. Esta figura ha sido polémica desde sus orígenes. Sin embargo, la publicidad comparativa es casi siempre positiva, puesto que aporta más información a los consumidores, que se benefician de la libre competencia. La publicidad comparativa es conveniente por cuatro razones:

1. El consumidor puede identificar las ventajas y desventajas de los productos que se les ofrecen en el mercado, al recibir más información con la publicidad comparativa.

2. La competencia abierta motiva a los competidores a mejorar sus productos. El proceso de globalización ha generalizado la utilización de las campañas de publicidad más exitosas utilizadas por las empresas multinacionales, y esto ha hecho aparecer nuevas formas de publicidad en países más tradicionales.

3. La competencia tienen derecho a decir y publicar hechos verdaderos sobre sus propios productos y los de la competencia, gracias a la libertad de expresión protegida constitucionalmente.

competencia y el consumidor. También la Asociación Autocontrol ha destacado la licitud y las ventajas de esta publicidad para el consumidor, como en el caso de la Resolución de 11 de enero de 2001, caso <<Compañía de bebidas Pepsico SA>>, y otras que comentamos en el capítulo IV.

4. Las pequeñas y medianas empresas pueden dar a conocer más fácilmente sus ofertas al consumidor, con un presupuesto menor, pudiendo competir con los presupuestos millonarios de la competencia grande.

Ahora bien, esta publicidad puede acarrear problemas específicos y por lo tanto ha sido necesaria someterla a regulación. Históricamente se han levantado numerosos argumentos a favor y en contra, que han influido en la regulación legal y en la doctrina de los Tribunales de Justicia y de los organismos administrativos¹⁷ y privados creados para su control jurídico y ético¹⁸. Es necesario analizarlos y tenerlos en cuenta para comprender el actual sistema jurídico. Con la publicidad comparativa se puede denigrar a la competencia o se puede engañar al consumidor por lo que se deben establecer unos requisitos mínimos para su licitud. Es importante que la publicidad comparativa no solo cese o sea rectificadora, sino que asimismo sea declarada por los Tribunales de Justicia, para que no se crean futuros engaños o confusiones a los consumidores¹⁹.

También la regulación estricta de la publicidad comparativa puede suponer un freno a la competencia entre las empresas, siendo importante analizar la regulación legal y la jurisprudencia creada al efecto para conocer la situación de cada país. La lícita competencia entre las empresas y su derecho a utilizar la publicidad comparativa se puede ver limitada por la regulación que se haga de esta.

Otro aspecto que merece atención es el de las marcas y demás signos distintivos de las empresas y su relación con la publicidad en general y con la publicidad comparativa en particular. El derecho de propiedad de la marca y el derecho de utilización exclusiva por su titular puede entrar en colisión con el derecho a la libertad de expresión que supone la publicidad, generando

¹⁷Jurado Central de Publicidad español, creado por la Ley de 11 de junio de 1964 que aprueba el Estatuto de la publicidad, como órgano jurisdiccional administrativo.

¹⁸Asociación de Autocontrol de la Publicidad española, creado por empresas anunciantes, de carácter voluntario, con el instituto de la Comisión de autocontrol para admitir denuncias de las empresas que se consideran perjudicadas por alguna publicidad. Esta Asociación está extendida en Europa y hay institutos similares en otros países como Colombia, etc.

conflictos. Como señala la Doctrina²⁰: “La publicidad lícita protege a las marcas, garantizando al consumidor el auténtico origen de los productos que desea elegir y protegiendo así la creación y la innovación de los mismos”.

Asimismo la evolución de esta clase de publicidad ha estado ligada a la evolución general sufrida por el derecho de la competencia desleal. Esta evolución ha generado, como señala la doctrina, tres modelos de regulación²¹:

Modelo de la codificación. Es el modelo del siglo XIX, caracterizado por la ausencia de regulación de la competencia desleal, con un enfoque penal del problema, es el definido por la doctrina modelo paleo liberal. Se considera que el Estado debe intervenir lo mínimo, limitado a la protección de las marcas y demás signos distintivos de las empresas y a la represión penal de las conductas mas graves. Partiendo el modelo liberal de esta época de la protección absoluta de la libertad y la propiedad, el Estado solo puede intervenir reprimiendo la competencia desleal cuando esta atente a la propiedad o a la libertad.

II MODELO PROFESIONAL Y SU OPOSICIÓN A LA PUBLICIDAD COMPARATIVA

El modelo profesional aparece al final del siglo de la codificación (XIX), con la consolidación del sistema político y económico liberal. Los empresarios desean consolidar su posición en el mercado y consideran una intromisión la publicidad comparativa, que vulnera el libre hacer de cada empresa.

Es un derecho basado primariamente en la protección individualista del empresario. Los intereses de los consumidores y el interés general no son

¹⁹“Fortwirkung Irreführender Werbung”, NORDERMANN, *W. Wettbewerbesrecht*, Baden Baden, 1986, p. 50.

²⁰ BOTIJA, “Ilícito desleal y publicitario en la publicidad comparativa y engañosa”, en revista la Ley, nº 3586, de 16-08-1994, p. 1.

²¹ MENÉNDEZ A. *La competencia desleal*, ed. Civitas, Madrid, 1988, p. 15 ss.

contemplados directamente, sino que se considera que al proteger a la empresa se protege a los consumidores, como un justo resultado²².

Este modelo aparece a finales del siglo XIX y principios del siglo XX, con los cambios económicos producidos. Frente al modelo anterior que consideraba que la intervención del Estado tenía que ser mínima, ahora se tiende a regular la competencia desde un punto de vista privado, desde la perspectiva y los intereses de las empresas y de los profesionales relacionados en el mercado.

Los medios empresariales reaccionan para garantizar las posiciones que han adquirido en el mercado y establecen una cláusula general de prohibición de la competencia desleal. En esta concepción, y como señala MENÉNDEZ²³, los intereses generales y los intereses de los consumidores no se consideran como tales, sino que se entiende que están indirectamente protegidos²⁴.

Se considera la publicidad comparativa negativa y criticada con <<argumentos marcadamente individualistas, que hacen hincapié en el derecho de los empresarios a que los competidores no se entrometan en su actividad empresarial mediante alusiones publicitarias a la misma>²⁵. Se justifica un derecho al anonimato de la empresa en su relación con los consumidores.

Se considera que existe un derecho privado que se extiende también a la esfera económica del empresario. Reflejo de esta posición es la sentencia del RG alemán de 6 de octubre de 1931: <<de acuerdo con los principios de la competencia leal, no es lícita la comparación de las propias mercancías con la del competidor>>, porque, <<incluso en el supuesto de que sus prestaciones sean realmente inferiores, los empresarios no están obligados a tolerar el ser

²²En este sentido TATO PLAZA, *La publicidad comparativa*, E. Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 72-120 y MENÉNDEZ A. *La competencia desleal*, oc. p. 65.

²³ MENÉNDEZ, A. *La competencia desleal*, oc. p. 66.

²⁴ El viejo principio de la ortodoxia liberal económica, que entiende que el egoísmo humano es el único motivo de progreso económico.

²⁵ FERNÁNDEZ NOVOA, *Estudios de Derecho de la Publicidad*. Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Santiago, 1989, p. 215.

mencionados en los anuncios de un competidor como medio para elevar la propia capacidad empresarial del anunciante>>²⁶.

Una frase resume este periodo: <<el anunciante debe decir lo que él puede hacer, pero no debe decir lo que otro no puede hacer>>²⁷.

Por último decir²⁸, que el ejemplo más palpable de esta concepción es el artículo 10 EP. Este precepto establece: << Se considera desleal la actividad publicitaria dirigida a provocar confusión entre bienes y servicios, la que tienda a producir descrédito de los competidores o de los productos de los mismos, y, genéricamente, la que sea contraria a las normas de corrección y buenos usos mercantiles>>. En la búsqueda de una norma general contra la competencia desleal, este artículo sobre la actividad publicitaria ilícita podría irradiar a toda concurrencia desleal²⁹. Es el equivalente a lo que en derecho comparado sería una cláusula general de protección de intereses profesionales³⁰. Este precepto remite a las normas de corrección y buenos usos mercantiles, o sea como los entiende el sector corporativo de los empresarios³¹.

En cuanto al enfoque de la jurisprudencia dimanada de la aplicación del Estatuto de Publicidad referida a la publicidad comparativa, ésta ha sido fuertemente contraria, declarando su ilicitud, consecuente de su enfoque corporativista, hasta que al final reconoce su licitud. Es obvio que en la concepción inicial se vea negativa y no se admita hasta que se empiece a perfilar una mentalidad de modelo social. Por eso la jurisprudencia creada por el Tribunal Arbitral del Jurado Central de Publicidad es muy reticente a cambiar de línea y aceptar la publicidad comparativa, aunque al final lo haga³².

²⁶ RG, sentencia de 6 de octubre de 1931, GRUR, 1931, p. 163. Es conocido como el hellegold motiv.

²⁷ BARRIO GARCIA DEL, *La publicidad comparativa, situación actual y análisis*, oc. p. 22.

²⁸ MENÉNDEZ, A. *La competencia desleal*, oc. p. 91 ss.

²⁹ En este sentido DIEZ-PICAZO, en "Propiedad industrial: competencia desleal", en *Dictámenes jurídicos I*, Madrid 1987, p. 244; citado por MENÉNDEZ, A. *La competencia desleal*, oc. p. 92.

³⁰ MENÉNDEZ, A. *La competencia desleal*, oc. p. 91 ss. FERNANDEZ NOVOA, *La interpretación jurídica...*, oc. p. 27.

³¹ MENÉNDEZ, A. *La competencia desleal*, oc. p. 92 ss.

³² Cosa que ocurre con la resolución del caso Dash/Ariel, en 1976, como señala TATO PLAZA, *La publicidad comparativa*, ed. Marcial Pons, Madrid 1996, p. 187 ss.

Esta posición se ve en la resolución del JCP, de 24 de enero de 1972, en la que se afirma: <<que, aunque los datos que se citan en esta publicidad sean oficiales y ciertos, no por ello pueden ser utilizados comparativamente por nadie en beneficio propio, hecho rechazado por los usos y costumbres en materia publicitaria, por estar reñido con la ética profesional>>³³.

III MODELO SOCIAL DE COMPETENCIA DESLEAL Y DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES

1. Introducción

Empieza y se desarrolla después de la segunda guerra mundial con la quiebra del sistema liberal. El fundamento va a ser la defensa de los derechos del consumidor y la protección del interés público, mediante la implantación de un sistema de competencia válido para todas las empresas. Frente al concepto anterior, basado en la protección de los intereses individuales del empresario, ahora se insiste en el aspecto social como prioritario³⁴. La consideración de la normativa de protección de los derechos subjetivos de las empresas se considera que entra en contradicción con los principios de libertad de empresa y competencia, consagrado en el art. 38³⁵.

Se desarrolla un nuevo modelo constitucional de intervención del Estado en la economía. En este nuevo modelo, los poderes públicos y los consumidores se consideran parte activa para alcanzar una mayor eficiencia en el sistema económico y una mayor justicia social. Los consumidores van a estar legitimados, a través de sus asociaciones, para ejercitar acciones en defensa de la competencia y de la protección de sus intereses.

³³ MENÉNDEZ, A. *La competencia desleal*, oc. p. 93.

³⁴ Se rompe con la idea liberal de confundir los intereses de la sociedad con los intereses de las empresas. Las empresas en esta concepción ya no representan al interés general ni a los consumidores. Ver PAZ-ARES como resumen de las objeciones hechas al modelo profesional, en *El ilícito concurrencial: de la dogmática antimonopolística a la política antitrust. Un ensayo sobre el derecho alemán de la competencia*, RDM, 1981, pp. 68 ss. También *Constitución económica y competencia desleal. Reflexiones sobre la experiencia italiana*, ADC, 1981, pp. 929 ss.

Esta nueva concepción también se enriquece en este periodo con la doctrina desarrollada en torno al concepto de libertad de expresión; la libertad de expresión también amparará y justificará a la publicidad comparativa, sobre todo a raíz de las decisiones aparecidas en la CEDH y en el TEDH.

Con el desarrollo de este modelo, primero va a primar la protección de los intereses colectivos de los consumidores y usuarios y del interés público³⁶. Este nuevo modelo va a generar una crítica a la posición anterior y la aparición de un conjunto de argumentos centrados en los beneficios de la publicidad comparativa para los consumidores y para el mercado.

En esta concepción, la competencia en el mercado deja de ser un asunto privado y se convierte en un asunto público. El empresario deberá aceptar las críticas, incluso cuando provengan de sus competidores. Es sometido a crítica el *helleld* motiv, pues no se puede justificar proteger a un empresario que ofrece peores productos, en detrimento de la economía de mercado, que exige que el consumidor esté perfectamente informado, para así poder elegir lo que considere la mejor oferta. La primera publicidad comparativa aparece en Norte América, y sin remontarnos a los orígenes remotos en el siglo XVIII³⁷, en 1930.

2. Argumentos pro publicidad comparativa

El paso de un modelo individualista a otro modelo social de competencia desleal significa la aparición de categorías jurídicas nuevas hasta entonces irrelevantes, nos referimos a los consumidores y sus intereses generales. Es la justificación de la defensa de los intereses de los consumidores y usuarios, de la competencia y del interés general lo que justifica la publicidad comparativa.

³⁵ PAZ-ARES, *El ilícito concurrencial...*, oc. pp. 76 ss. MENENDEZ A, *La competencia desleal*, oc. p. 105.

³⁶ MENÉNDEZ A. *La competencia desleal*, oc. p. 96.

³⁷ ZANOT. "A review of eight years of NARB casework: guidelines and parameters of deceptive advertising", *Journal of advertising*, 9, 4, pp. 20-26.

Uno de los argumentos más importantes para comprender las ventajas de la publicidad para el consumidor es constatar la indefensión y subordinación del consumidor en el mercado moderno, lleno de complejidad, donde sin ayuda le es imposible hacer una opción de compra racional y crítica³⁸.

Se resalta por los autores³⁹ la indefensión del consumidor medio y como, en esta situación, la posibilidad de una elección de compra acertada es más fruto de la casualidad que de otra cosa. Como señala BERGMANN⁴⁰, en estas condiciones encontrar el producto apropiado es como obtener un premio en la lotería.

La publicidad comercial cumple una función de informar al consumidor pero la complejidad del mercado y la variedad de ofertas como hemos visto hace insuficiente esta información. Cada anunciante resalta aquellos aspectos más llamativos de su oferta pero no hay una comparación objetiva y fría de cada una de las marcas del mismo producto, esto solo se consigue con la publicidad comparativa.

La publicidad comparativa permite informar al consumidor de las distintas ofertas y de esta manera podrá elegir de manera más racional⁴¹, con lo que se alcanza mas transparencia en el mercado.

Como señala la doctrina: "Es indudable que las expectativas de los consumidores en obtener información adecuada sobre las diversas ofertas concurrentes en el mercado justifican que se reconozca la licitud de la publicidad comparativa: las comparaciones publicitarias constituyen un mecanismo adecuado para deslindar con nitidez tales ofertas"⁴².

³⁸ En el mercado local preindustrial era fácil informarse. Ahora son muchas las ofertas con productos muchas veces complicados de distinguir para el consumidor medio, véase EICHMANN, *Die vergleichen de Werbung in Theorie und Praxis*, Colonia, Carl Heymanns, 1967, p. 94-95.

³⁹ EICHMANN, *Die vergleichende Werbung in Theorie und Praxis*, Colonia, Carl Heimanns, p. 95. DORENBECK BONIFATIUS, *vergleichende Werbung*, MA, 1983, p. 565.

⁴⁰ BERGMANN, *Vergleichende Werbung durch wahrheitsgemässe Kritik*, Diss, Berlin, 1966, p. 111.

⁴¹ EICHMANN, *Die vergleichende Werbung in Theorie und Praxis*, oc, 1967, p. 98.

⁴² LEMA DEVESA, *Reflexiones sobre la futura Ley general de publicidad*, [en línea] <<http://www.quadernsdigital.net/articles/telos5/t5reflexiones.htm>>, [consulta: 4-4-2002], p.3.

3. Críticas al efecto informativo de la publicidad comparativa

Con la aparición de teorías favorables a la publicidad comparativa en cuanto se considera que da mas información al consumidor, haciendo su elección mas libre, que es positiva para la transparencia del mercado, favoreciendo la entrada de nuevas empresas y que, en general, intereses de los consumidores, aparecen también teorías y argumentos en contra, con el objetivo de refutar aquellas. Estas teorías intentan demostrar que no se produce el efecto informativo pretendido y que no se fomenta la transparencia del mercado.

A) Función del anunciante como juez y parte

Esta teoría parte, para oponerse a la publicidad comparativa, de la posición interesada del anunciante, que se convierte en juez y parte para el consumidor. Con esta publicidad se le dice al consumidor, por aquella persona que mejor conoce el producto, qué producto debe de consumir de todos los que les muestra: precisamente el suyo⁴³.

En la línea de esta argumentación contraria se pone de manifiesto la falta de efectos informativos de esta publicidad, al dictarse por el juez-parte, pues al poner de manifiesto ciertas características de los productos, pero no todas, se convierte en una media verdad y esto es una mentira. Por ejemplo, el poner de manifiesto que una marca de autobuses tiene unos asientos más grandes y por tanto más cómodos y no decir que pesa más y por, tanto, gasta mas gasolina, significa manipular, no informar.

El anunciante nunca pondrá de manifiesto las desventajas de su oferta, solo la de la parte contraria, con lo cual realmente no hay efecto informativo⁴⁴.

⁴³ Tesis defendida por GARRIGUES DIAZ-CAÑABATE, en *La publicidad y sus fundamentos científicos*, Instituto Nacional de Publicidad, Madrid., 1996 p. 15.

⁴⁴GARRIGUES, <<al comparar, inevitablemente, el competidor prescinde de la objetividad>>, en *La publicidad y sus fundamentos científicos*, oc., Madrid, p.15.

En el caso de que un anunciante hiciera referencia a su producto de manera negativa seguramente todos lo considerarían mal comerciante.

En cuanto a la transparencia del mercado se considera que esta publicidad va a generar una contra publicidad comparativa de la competencia y así sucesivamente, generando confusión en el mercado y una guerra de anuncios comparativos⁴⁵.

B) Supuesta objetividad de la publicidad comparativa y su papel para inducir a error al consumidor

Otro argumento en contra de la publicidad comparativa es que puede inducir a error al consumidor y hacerle creer que los datos que se publican son verdaderos e inatacables.

El consumidor está acostumbrado a la publicidad comercial y recela de ella por principio. En el caso de la publicidad comparativa asiste al sistema de comparaciones que se realizan en los estudios de mercado por Asociaciones de Consumidores y Administraciones Públicas, con lo cual puede llegar a equipararlas. Entonces aparece el riesgo cierto de que el consumidor tome sus decisiones basadas en falsas representaciones de la realidad⁴⁶.

C) Efecto denigrantes sobre el competidor

Se ha sostenido también que la publicidad comparativa tiene un efecto denigrante para el competidor o su marca, por lo que se debe prohibir. Para impedir esto se ha sostenido que se debe prohibir que nadie se pueda referir a la marca ajena.

Frente a esta posición se sostiene por la doctrina que lo que se debe prohibir es proporcionar divulgaciones tendenciosas o falsas. De esta manera

⁴⁵ Todos resaltarán las ventajas propias y ocultarán sus desventajas, asimismo resaltarán solo las desventajas ajenas, siendo el consumidor incapaz de valorar, resumen esta posición.

⁴⁶ EICHMANN, *Die vergleichende Werbung in Theorie und Praxis*, 1967, oc., p. 114-115.

se diferencia la publicidad comparativa de la denigratoria⁴⁷. El derecho vigente español así lo ha establecido, prohibiendo toda divulgación de informaciones que no se correspondan a la verdad⁴⁸.

La utilidad del acto de comparación se aprecia cuando se comparan ventajas técnicas de un producto sobre otro o el precio y condiciones más ventajosas. En estos casos, efectivamente se produce un eventual efecto denigratorio, pero justificado porque se comparan datos verídicos y objetivos. No obstante sí se debe prohibir una comparación que sea inútilmente denigratoria o difamante.

4. Argumentos contra las críticas de la publicidad comparativa

Una vez planteada la polémica, con argumentos contra la publicidad comparativa, aparecen los contra argumentos. En cuanto a la tesis del anunciante como juez y parte, se niega que el anunciante sea juez, pues lo único que hace es proporcionar información al consumidor para que éste elija⁴⁹.

En cuanto a la negación del efecto informativo, efectivamente se reconoce por los autores⁵⁰, que lo ideal sería una información completa, destacando también las ventajas del producto de la competencia, pero eso sería una utopía⁵¹.

No obstante lo anterior, al consumidor le interesa cualquier información por parcial que sea siempre que sea verídica. El anunciante proporciona datos para que el consumidor elija, como también puede hacer la competencia, con el único límite siempre que sea veraz. La publicidad encubierta que se presenta

⁴⁷ Vid. SENA, "La publicite comparative en Italie>>, Revue Internationale de la concurrence, numero 171, 1993. BOTIJA, "Ilícito desleal y publicitario en la publicidad comparativa y engañosa", en revista la Ley, nº 3586, de 16-08-1994, p. 2.

⁴⁸ LGP (art. 6) y LCD (art. 10) como veremos en el capítulo 4 de la presente obra.

⁴⁹ BERGMANN, *Vergleichende Werbung durch wahrheitsgemässe Kritik*, oc. 1966, p. 32.

⁵⁰ FRANCO, *GRUR Int.*, "Die Vergleichende Werbunf", *GRUR Int.*, 1977, p. 110.

⁵¹ Entre otros FRANCO, "Die Vergleichende Werbunf", oc., p. 110.

como informativa objetiva es verdadera publicidad comparativa o de tono excluyente, pero también publicidad encubierta⁵².

Algunos estudios sociológicos confirman que los consumidores son incluso más críticos ante la publicidad comparativa que ante las otras formas de publicidad.

Una encuesta refleja la mayor credibilidad de la publicidad no comparativa. A la pregunta de que les ofrece más credibilidad, los resultados fueron los siguientes:

Nivel de credibilidad (en %)			
	Alto	medio	bajo
Publicidad no comparativa	46	36	18
Publicidad comparativa	20	46	34

Otra encuesta sobre publicidad comparativa, realizado por la revista *Venezuela Producto y Publicidad* revela que el 37% de los encuestados opina que la publicidad comparativa es legítima y no debería prohibirse, el 31% la considera adecuada porque amplía las opciones del consumidor, el 16% considera que es atractiva porque al consumidor le atrae lo polémico, para un 10% no es ni buena ni mala, sino una forma mas de publicidad. Solo el 7% considera que en general la publicidad comparativa es antiestética, un 3% que es contraproducente y 1% que es una inmoralidad⁵³.

⁵² FERNÁNDEZ NOVOA, *Estudios Derecho de Publicidad*, oc. pp. 229-230.

⁵³ Encuesta, *Revista venezolana Producto y publicidad*, [en línea], <www.producto.ve>, [consulta: 15-5-2002].

Otro estudio sobre publicidad comparativa realizado en varias ciudades españolas (Málaga, Cádiz, Barcelona y Valladolid) sobre el eficacia de las respuestas cognitivas de los consumidores en la eficacia de la publicidad comparativa revela que la aceptación de la publicidad, y sobre todo de la publicidad comparativa, depende de la respuesta cognoscitiva de éstos, siendo una variable mediadora importante de la aceptación de ésta. El estudio analiza el pensamiento que les venía a la mente a los grupos estudiados durante la visión de diferente publicidad comparativa y no comparativa.⁵⁴ Éste estudio intenta demostrar la eficacia de la publicidad comparativa en España sobre la publicidad no comparativa, obteniendo como conclusión que una marca de reciente introducción en el mercado o de escaso prestigio puede beneficiarse de la comparación directa o indirecta con una marca líder. Incluso esta marca líder actuará como reclamo para llamar la atención del consumidor⁵⁵.

Estos estudios y otros demuestran la desconfianza general de los consumidores⁵⁶. La cuestión de la posibilidad de engaño será concreta en cada caso concreto, sea cual sea el tipo de la publicidad, siendo la clave el delimitar unos requisitos de licitud que impidan una publicidad engañosa⁵⁷.

5. Resumen sobre las ventajas para el consumidor de la publicidad comparativa

Tras el debate doctrinal mantenido parece que para los intereses del consumidor es más favorable la licitud de la publicidad comparativa que su prohibición. También refuerza esta teoría los costes añadidos al consumidor de tener que buscar información para poder comprar un producto más eficaz⁵⁸. El único límite es determinar cuando esta publicidad rebasa el límite y se convierte en engañosa para el consumidor. También se debe considerar que la

⁵⁴BARRIO GARCIA, "El papel moderador de las respuestas cognitivas", [en línea], Revista Investigación y marketing, nº 70, <<http://www.aedemo.es/revistas/pagina.asp.revista=70&articulo=6>>, [Consulta: 28-5-2002].

⁵⁵ Atención que se manifiesta en intención de compra. Véase este trabajo de investigación del autor BARRIO GARCIA, en La Publicidad comparativa, situación actual y análisis, oc. p.133-156

⁵⁶ Estudio de 1981 de Murphy y Amudnsen, citado por TATO PLAZA, *La publicidad comparativa*, oc. p. 86.

⁵⁷ FERNÁNDEZ NOVOA, *Estudios de Derecho de Publicidad*, oc, pp. 230-231.

licitud de la publicidad comparativa se debe basar en dar información al consumidor y que eso es lo que justifica la denigración de los productos de la competencia, y no el mero descrédito de ésta.

6. Publicidad comparativa e interés general

Con el cambio de concepción y la primacía otorgada a los aspectos sociales, las categorías relegadas de los consumidores y del interés general pasaron a primer plano. En cuanto al interés general también se argumentó que la publicidad comparativa favorecía al mercado y a la oferta en sí misma en cuanto destacaba lo mejor de cada producto. Por otro lado, destacaban las ventajas para la mejora y el avance técnico y económico.

A) Competencia basada en las propias prestaciones y publicidad

La doctrina se ha pronunciado por unanimidad a favor de la competencia basada en las propias prestaciones⁵⁹. Es la correcta competencia la que debe hacer triunfar aquel producto más idóneo para los intereses del consumidor (definido por la relación óptima de calidad, precio, condiciones de financiación, servicio de reparaciones, etc.).

La cuestión que nos interesa es comprobar si la publicidad comparativa ayuda a alcanzar un mercado competitivo basado en las propias prestaciones, favoreciendo el interés general⁶⁰.

La aparición del concepto basado en las propias prestaciones es un concepto aparecido en la doctrina Alemana en 1930⁶¹. Éste concepto distingue entre competencia basada en las propias prestaciones (*Leistungs wettbewerb*), de competencia obstruccionista (*Behinderungswettbewerb*). En la primera, la empresa intenta vender mas mejorando su producto (calidad, precio, etc.); en

⁵⁹ VAN DEN VERGH/LEHMANN, *GRUR*, 1992, p. 589.

⁵⁹ MENÉNDEZ A, *La competencia desleal*, oc., p. 107.

⁶⁰ El proyecto de LCD establecía el principio de competencia de prestaciones como válido para la interpretación, manteniéndose como criterio de interpretación, aunque no en la Ley.

⁶¹ Vid EICHMANN, *Die vergleichende Werbung in Theorie und Praxis*, oc. p. 117.

la segunda, la empresa intenta vender mas creando obstáculos a los competidores para que éstos vendan menos.

Posteriormente esta doctrina se revisa y se distingue entre competencia basada en las propias prestaciones y competencia no basada en las propias prestaciones. Siendo la competencia obstruccionista una subespecie de aquella.

En definitiva, los competidores pueden ofrecer libremente sus productos en el mercado y los consumidores elegir libremente. Los actos que limitan a unos y otros suponen competencia obstruccionista⁶².

Aplicado este concepto a la publicidad comparativa, en un primer momento se pensó por la doctrina⁶³ que la publicidad comparativa era publicidad obstruccionista. La razón era que el anunciante va a emitir juicios negativos contra la competencia, generando una mala imagen de estos.

Por el contrario, la doctrina partidaria de la publicidad comparativa considera que esta publicidad esta basada en las propias prestaciones, y por lo tanto es positiva para los intereses generales. La publicidad comparativa se basa en informar de las propias prestaciones a los consumidores, presentándoles la ventaja de su producto (de calidad, precio, financiación, servicios posventa, etc.). Ciertamente se refiere a las características negativas de la competencia, pero el efecto obstruccionista es secundario⁶⁴.

B) Estructura de mercado y publicidad comparativa

Por parte de la doctrina opositora se argumentó que la publicidad en general, y la comparativa en particular, operaría con un efecto anti competencia pues beneficiaría solo a las compañías fuertes y debilitaría a las pequeñas y

⁶²TATO PLAZA, *La publicidad comparativa*, oc. p. 90.

⁶³Toda contraria a la publicidad comparativa, como el mismo NINPPERDEY, en su obra *Wettbewerb und Existenzvernichtung*.

⁶⁴ Además la competencia también puede contratar a una agencia de publicidad para hacer su propia publicidad comparativa.

medianas empresas, impidiendo además que entren nuevas empresas en el mercado⁶⁵.

Contra esta teoría, los defensores de la publicidad comparativa alegaron que las grandes empresas no necesitan de esta técnica para controlar (o intentar) controlar el mercado. Hay muchas más técnicas y métodos y además la publicidad comparativa con las pequeñas empresas podría tener un <<efecto boomerang>>⁶⁶, sirviendo de publicidad gratuita a éstas.

Por el contrario, muchos autores sostienen que la publicidad comparativa es un mecanismo apto para aumentar la competencia en el mercado, impidiendo la concentración de empresas⁶⁷.

Un fenómeno negativo es el de las campañas abusivas de las grandes empresas que crean reacciones irracionales del consumidor como la fidelidad a la marca o el hábito de consumo. Con más razón contra estas campañas hay que luchar y es una tarea de las pequeñas empresas⁶⁸.

La dificultad principal de las pequeñas empresas es la presupuestaria. Realizar la misma publicidad que las grandes empresas para ellas es un coste insoportable, encareciendo sus productos. También un exceso de publicidad puede generar lo que se conoce como "ruido de mercado", que al ser tanta la publicidad esta genere confusión y ya no interese al consumidor⁶⁹. Como alternativa a este problema está la publicidad comparativa, por la cual las

⁶⁵ SPENGLER, MA, 1962, p. 291. MEYER, *Die Kritisierende Vergleichende Werbung*, oc., pp. 212 ss. También las Asociaciones de la pequeña y mediana empresa expresaron su rechazo por temor a no poder competir con las grandes empresas.

⁶⁶ MEYER, *Die Kritisierende Vergleichende Werbung*, oc., pp. 216. Se consideraba que esto podía suponer una promoción de la marca.

⁶⁷ MEYER, *Die Kritisierende Vergleichende Werbung*, p. 215 ss. EICHMANN, *Die vergleichende Werbung in Theorie und Praxis*, oc. pp. 122 ss.

⁶⁸ Para algunos autores se ha teorizado sobre este abuso de publicidad, considerándose como un supuesto de depredación, amparadas en su cuantioso presupuesto de publicidad, véase HERNANDEZ RODRÍGUEZ, *Precios predatorios y Derecho anti trust*, Tesis doctoral, Santiago de Compostela, 1994, pp. 91 ss.

⁶⁹ MEYER, *Die Kritisierende Vergleichende Werbung*, oc. p. 95.

pequeñas empresas podrán atraer a los consumidores por las ventajas objetivas de sus prestaciones, rompiendo la conducta irracional de aquellos⁷⁰.

La experiencia ha venido a confirmar las anteriores afirmaciones. En 1990 se hizo un estudio por PECHMANN y STEWART⁷¹. Se hicieron dos publicidades, siendo la publicidad comparativa aceptada por los consumidores con un 13%, mientras que el 0% estaba dispuesto a adquirir el producto de la publicidad individual.

C) Progreso técnico y económico y publicidad comparativa

Otro argumento es que se produce una mejora en la calidad o en el precio, pues la competencia tendrá que reducir sus precios o mejorar las prestaciones de sus artículos para mejorar la competencia y continuar en el mercado⁷². Esta publicidad será tenida en cuenta por las demás empresas tanto para realizar mejoras técnicas, invirtiendo en ellas, como para rebajar sus precios.

Consideramos⁷³, que de los intereses en juego, debe primar el de los consumidores, frente al interés del empresario aludido. Aunque para ponderar los intereses en conflicto debe regularse la publicidad comparativa, marcando sus límites, para que ésta pueda ser considerada lícita.

IV ANTECEDENTES EN DERECHO ESPAÑOL: ESTATUTO DE LA PUBLICIDAD DE 11 DE JUNIO DE 1964

1. Nociones básicas

Hasta la aparición del Estatuto de la Publicidad en 1964, la publicidad no se regulaba como tal; la situación de atraso económico y social de España lo

⁷⁰Vid. MEYER, *Die Kritisierende Vergleichende Werbung*, p. 216; EICHMANN, *Die vergleichende Werbung in Theorie und Praxis*, oc. p. 126.

⁷¹Vid. MEYER, *Die Kritisierende Vergleichende Werbung*, oc. p. 219.

⁷²MEYER, *Die Kritisierende Vergleichende Werbung*, oc. p. 225.

hacia innecesario. Las breves referencias que se habían hecho con anterioridad prácticamente no decían nada y eran de pasada. La Ley de Propiedad Industrial de 1922 se refería a la materia de competencia desleal de manera simple y restrictiva. En su artículo 132 establecía como acto de competencia desleal determinadas actuaciones publicitarias como la denigración, la publicidad engañosa o la publicidad abusiva⁷⁴. Esta ley fue derogada por un Real Decreto de 1929 sobre propiedad industrial, pero que tampoco abordaba esta cuestión.

El Estatuto de la Publicidad, aprobado por Ley de 11 de junio de 1964, es la primera normativa que regula la publicidad en España⁷⁵. Entre las novedades que aporta esta Ley está el deber de corrección publicitaria y la creación de un órgano administrativo, el Jurado Central de Publicidad (JCP), como órgano jurisdiccional administrativo para resolver las reclamaciones en materia de publicidad⁷⁶.

El Estatuto de Publicidad no regulaba las distintas formas de publicidad ni, por tanto, la publicidad comparativa, sino que se limitaba a señalar los principios y reglas a las que tenía que acogerse la actividad publicitaria para ser lícita. Después de definir lo que es actividad publicitaria en el art. 2⁷⁷, el art. 6 recogía los principios generales para la realización de cualquier actividad publicitaria: <<en el ejercicio de toda actividad publicitaria, deberán ser observados los principios de legalidad, veracidad, autenticidad y libre competencia>>. De estos principios de interpretación, el de libre competencia será el más aplicable a la publicidad comparativa y es desarrollado en el

⁷³En este sentido FERNÁNDEZ NOVOA, *Estudios de derecho de la publicidad*, oc. pp. 228-229.

⁷⁴BARRIO GARCIA, *La publicidad comparativa, situación...*, oc. p.69.

⁷⁵Véase FERNANDEZ NOVOA, *Estudios de derecho de la publicidad*, oc. pp. 61-61, donde resalta el papel de la competencia leal como fuente inspiradora de la regulación de la publicidad, frente al principio de libre competencia. También *La publicidad comparativa*, 4 ADI 1977, p. 25 ss., del mismo autor.

⁷⁶El Jurado Central de Publicidad ~JCP- y la Junta Central de Publicidad que lo nombraba, era un órgano administrativo con sede en Madrid, creado por esta Ley y regulado en los artículos 60 y ss.

⁷⁷Art. 2 del Estatuto de Publicidad de 1964: <<Será considerada como actividad publicitaria toda divulgación para dirigir la atención del público de los medios de difusión hacia una determinada persona, producto o servicio con el fin de promover de modo mediato o inmediato la contratación>>.

artículo 10: <<La publicidad, como servicio dirigido a los consumidores, constituye un instrumento ordenado para orientar su libertad de elección y favorecer la lícita y leal concurrencia en el mercado, quedando sujeta a las leyes, principios y normas que regulan la competencia desleal. Se considera desleal la actividad publicitaria dirigida a provocar confusión entre bienes o servicios, la que tienda a producir el descrédito de los competidores o de los productos de los mismos y, genéricamente, la que sea contraria a las normas de corrección y buenos usos mercantiles>>.

Ya hemos señalado cómo la mentalidad del legislador al aprobar el EP era la de establecer un modelo profesional⁷⁸, estableciendo el punto de vista de la experiencia de los empresarios como el eje sobre el que iba a pivotar la competencia entre empresarios, en detrimento, claro está, de los intereses de los consumidores. Como ejemplo más palpable de esta concepción es el artículo 10. Este precepto establece: << Se considera desleal la actividad publicitaria dirigida a provocar confusión entre bienes y servicios, la que tienda a producir descrédito de los competidores o de los productos de los mismos, y, genéricamente, la que sea contraria a las normas de corrección y buenos usos mercantiles>>. Sería el reflejo del derecho comparado del modelo profesional en nuestro derecho positivo, con una cláusula general de protección de intereses profesionales⁷⁹. Este precepto remite a las normas de corrección y buenos usos mercantiles, o sea como los entiende el sector corporativo de los empresarios⁸⁰.

En cuanto al enfoque de la jurisprudencia dimanada de la aplicación del Estatuto de Publicidad, ésta ha sido fuertemente contraria al principio, declarando su ilicitud, consecuente de su enfoque corporativista, hasta que al final reconoce su licitud. Es obvio que en la concepción inicial se vea negativa y no se admita hasta que se empiece a perfilar una mentalidad de modelo social. Por eso la jurisprudencia creada por el Tribunal Arbitral del Jurado Central de

⁷⁸ MENÉNDEZ, A. *La competencia desleal*, oc. p. 91 ss.

⁷⁹ MENÉNDEZ, A. *La competencia desleal*, oc. p. 91 ss. FERNANDEZ NOVOA, *La interpretación jurídica...*, oc. p. 27.

⁸⁰ MENÉNDEZ, A. *La competencia desleal*, oc. p. 92 ss.

Publicidad es muy reticente a cambiar de línea y aceptar la publicidad comparativa, aunque al final lo haga⁸¹.

No habiendo una normativa expresa sobre publicidad comparativa, será la interpretación que el Jurado Central de Publicidad haga, al resolver sobre cada una de las reclamaciones presentadas, la que determine la licitud de este tipo de publicidad, creándose una doctrina al margen de los Tribunales de Justicia. Como señala la doctrina, esta solución es más correcta que la posterior de LGP, puesto que en derecho todo lo que no está prohibido está permitido y por tanto la publicidad comparativa estaba sometida a las mismas reglas de licitud que la publicidad no comparativa⁸². Será la aplicación de las reglas generales de licitud de la publicidad la que determine si una publicidad comparativa es lícita o no, y no el mero hecho de ser comparativa. Esta situación la comprendió al final el Jurado Central de Publicidad.

2. Doctrina sobre publicidad comparativa del Jurado Central de Publicidad: evolución

Con la puesta en marcha del JCP y las resoluciones que fue aprobando ante los casos examinados, se observa una posición inicial de prohibición tajante de la publicidad comparativa, para después cambiar a otra de aceptación.

Al final se opta por la autorización de la misma, siempre basándose en el beneficio que reporta al consumidor y a la libre concurrencia, haciéndose eco del nuevo enfoque social. Este cambio se producirá en 1976, con el caso Dash/Ariel.

⁸¹ Cosa que ocurre con la resolución del caso Dash/Ariel, en 1976, como señala TATO PLAZA, *La publicidad comparativa*, ed. Marcial Pons, Madrid 1996, p. 187 ss. También para ver la evolución de la jurisprudencia FERNANDEZ NOVOA, *La publicidad comparativa*, oc.

⁸² Vid. CUESTA RUTE, *Curso de derecho de la publicidad*, oc. p. 200.

En la primera etapa se empieza por el caso Coverpal⁸³. Es la primera vez que el JCP se pronunciaba sobre la licitud o no de la publicidad comparativa y lo hace en sentido negativo. El caso se trataba de la denuncia presentada por la empresa <<Sarrió Compañía Anónima de Papeles>> contra la empresa <<Papeles Pintados Infanta>>. La empresa denunciante había hecho una publicidad de su producto con anuncios como <<Colowal es colosal>>, <<papel plástico superlavable>>, <<de calidad excepcional>>, <<no retiene las manchas>>, <<es moderno>>, <<es higiénico>>. Después de estos anuncios, la empresa denunciada hizo una publicidad de su marca <<Coverpal>>, diciendo <<Coverpal... mucho más variado>>, <<Coverpal... mucho más decorativo>>, <<Coverpal... mucho más resistente>>.

La empresa denunciada alegó en su defensa ante el JCP que en publicidad es frecuente la utilización de expresiones similares, que empleaba los adjetivos adecuados a sus productos y que la expresión <<mucho más>> no tenía sentido comparativo con otro producto, sino que se refería a los avances técnicos logrados por su propia marca.

En la decisión del JCP se consideró que las expresiones <<mucho más variado, mucho más decorativo, mucho más resistente>> tienen un claro sentido comparativo que se entiende que se hace con el competidor que en aquel momento también se anuncia. Según el JCP <<debe considerarse competencia desleal la actividad publicitaria dirigida a provocar confusión entre bienes y servicios, y la que tienda a producir el descrédito de los competidores>>. Por lo tanto considera ilícita esta publicidad comparativa.

También la resolución del JCP, de 24 de enero de 1972, en la que se afirma: <<que, aunque los datos que se citan en esta publicidad sean oficiales y ciertos, no por ello pueden ser utilizados comparativamente por nadie en beneficio propio, hecho rechazado por los usos y costumbres en materia publicitaria, por estar reñido con la ética profesional>>⁸⁴.

⁸³ JCP, decisión de 3-2-1967, caso Coverpal, citada por TATO PLAZA, *La publicidad comparativa*, oc. p. 187 y ss.

⁸⁴ MENÉNDEZ, A. *La competencia desleal*, oc. p. 93.

Además de estos casos, los siguientes casos: caso Talleres Aranda, caso Senfer Publicidad, caso quemadores Nian, caso Colon/Skip, caso Philip Morris, caso Agencia de Publicidad, caso Tractores Ebro, caso Limpiahornos Noxon, caso Wilkinson⁸⁵, reproducen la idea, muy extendida en otros países, de la ilicitud de la publicidad comparativa sobre la base de la interpretación del artículo 10 del Estatuto de Publicidad⁸⁶.

Con el caso Dash/Ariel⁸⁷ el JCP cambia su criterio anterior y declara lícita la publicidad comparativa, posición que se mantendrá en las resoluciones posteriores⁸⁸.

En el caso "Procter Gamble España", se enjuicia la campaña publicitaria llevada por esta empresa en favor de sus productos Dash y Ariel. Esta campaña utiliza diversas expresiones como <<Ariel blanquea más>>, <<el que lava más a cualquier temperatura>>, <<Ariel lava más blanco que cualquier otro detergente>>, <<una blancura tan superior que resalta entre la ropa lavada con otros detergentes>>, etc.

Ante la acusación de publicidad ilícita, la empresa se defiende alegando que sus expresiones, aunque son comparativas, no suponen descrédito de sus competidores y que respetaban el principio de veracidad.

Los argumentos de esta empresa fueron acogidos parcialmente por la Decisión del JCP que cerró este caso. En su decisión el JCP estimó que <<el empleo de frases publicitarias comparativas no puede estimarse siempre punible, cuando desde luego, sean veraces, puesto que: a) por no estar

⁸⁵ Vid. MASAGUER, *Las medidas cautelares en...*, oc. p. 310. También TATO PLAZA, *La publicidad comparativa*, oc. p. 187 y ss.

⁸⁶ Art. 10 EP: <<... Se considera desleal la actividad publicitaria dirigida a provocar confusión entre bienes o servicios, la que tienda a producir el descrédito de los competidores o de los productos de los mismos y, genéricamente, la que sea contraria a las normas de corrección y buenos usos mercantiles>>.

⁸⁷ JCP, Caso Dash/Ariel, decisión de 4-11-1976, 4 ADI (1977), pp. 577 y ss.

⁸⁸ Ley General de Publicidad de 1988, Ley de Competencia Desleal de 1991, Directiva 97/55/CE, Proyecto de ley de 16-11-2001, de reforma de LGP para transponer la Directiva 97/55/CE sobre admisión de la publicidad comparativa y, finalmente, aprobación de la reforma por Ley 28 de octubre de 2002..

prohibida en Derecho la publicidad comparativa por sí misma; b) porque de considerarse así se iría en contra del derecho del consumidor; c) porque se iría en contra de la verdad, en algunos casos; d) porque su prohibición coartaría la libertad de expresión>>. En definitiva, el JCP considera positiva la publicidad comparativa para los consumidores siempre que sea veraz⁸⁹.

No obstante esta autorización de la publicidad comparativa por la doctrina se ha puesto de manifiesto una falta de base conceptual, confundiendo publicidad comparativa con otro tipo de publicidad⁹⁰. Siendo la base de la publicidad comparativa la comparación con la oferta de la competencia, para resaltar las ventajas de la propia oferta; la simple afirmación de la bondad o superioridad del propio producto no significa publicidad comparativa, como en muchos de los casos analizados consideraba el JCP. También destacar que esta aceptación de la publicidad comparativa que se realiza desde 1976, se hace de manera acritica, sin tener en cuenta que el interés de los consumidores aconseja que la publicidad comparativa se admita pero siempre con unos límites: objetividad y veracidad.

3. Conclusión

En conclusión, y siguiendo la evolución del JCP, observamos que la posición mantenida finalmente por el JCP es la de los países más vanguardistas en esta nueva concepción del consumidor, como colectivo social a proteger, frente al principio absoluto del interés de la empresa. La publicidad comparativa no debe ser engañosa, ni desleal (ni denigratoria, ni confusionista, ni imitadora), pero puede existir como tal.

El JCP se hace eco del intenso debate que se había producido en el derecho comparado en los años sesenta en torno a la licitud de la publicidad comparativa, pero a la hora de aplicarlo y hacer análisis concretos, en torno a los casos a él planteados, adolece de una falta de conocimiento sobre el

⁸⁹ BARRIO GARCIA, *La publicidad comparativa, situación...*, oc. p. 70.

⁹⁰ Como en el caso Dash Ariel en el que la doctrina ha destacado que estamos ante un caso de publicidad de tono excluyente, y no comparativo. Véase por todos TATO PLAZA, *La publicidad comparativa*, oc. p. 194 ss.

verdadero concepto de publicidad comparativa y sus límites, interpretando como publicidad comparativa casos que eran otra forma de publicidad. No obstante con este enfoque general, nuestro derecho se adelanta a muchos países de su entorno y prepara la venida de la Directiva Comunitaria 97/55/CE, de autorización de la publicidad comparativa, con muchos años de antelación⁹¹.

V EVOLUCION EN LA CLASIFICACION DE PUBLICIDAD COMPARATIVA

1. Introducción

Al abordar el estudio de las clases de publicidad comparativa, primero distinguimos la principal, la que se hace entre publicidad no comparativa y publicidad comparativa. Aunque toda publicidad se puede aducir que implica una comparación, esta clasificación identifica las dos formas técnicas de publicidad más importantes.

La utilización de una publicidad u otra depende de varios factores y en particular de la etapa en que está cada producto en el mercado. Un producto que empieza a venderse necesita darse a conocer y utilizará una publicidad más informativa. Es la etapa pionera del producto⁹². En la segunda etapa, cuando el producto ya ha sido aceptado en el mercado, a la empresa se le plantea el problema de la competencia con las otras marcas. La publicidad que se utiliza es persuasiva, para resaltar las ventajas de la marca propia sobre las ajenas. La tercera etapa para un producto es aquella en que son líderes ya están consolidados en el mercado. En esta etapa utilizarán una publicidad recordatoria para que los consumidores continúen consumiendo su producto⁹³. De estas tres etapas para un producto, es en la segunda de publicidad persuasiva donde habría que encajar a la publicidad comparativa, para resaltar las ventajas del producto anunciante y las desventajas de los productos de la competencia. Esta comparación sería una forma más agresiva de realizar la

⁹¹ La mayoría de los países de Europa arrastraban una posición prohibicionista.

⁹² Atención que se manifiesta en intención de compra. Véase este trabajo de investigación del autor BARRIO GARCIA, en *La Publicidad comparativa...*, oc. p. 10.

⁹³ Es el caso de la publicidad recordatoria de marcas líderes como Coca Cola, BMW, etc.

competencia. En la publicidad no comparativa el anunciante proporciona información sobre su marca o producto.

Otras clasificaciones se hacen por la doctrina teniendo en cuenta diferentes factores.

2. Publicidad explícita e implícita

Es también la clasificación más importante, y la diferencia es que en la primera se identifica por su signo distintivo (nombre comercial, marca, etc.) al producto de la competencia que se compara. En la implícita no hay esta identificación sino que es deducible por los consumidores por los datos suministrados. Tanto en el concepto de la Directiva sobre publicidad comparativa como en el artículo 6 bis de la Ley General de Publicidad se contemplan expresamente estas dos clases de publicidad⁹⁴.

En cuanto al concepto ofrecido en la Directiva (art. 3 que añade el apartado 2 bis a la Directiva sobre publicidad engañosa): <<será publicidad comparativa la que aluda explícita o implícitamente a un competidor o a los bienes o servicios ofrecidos por él>>.

3. Clasificación en función de la forma de identificación de la competencia⁹⁵

Esta clasificación realizada por diversos autores⁹⁶ es más completa que la anterior, y divide la publicidad comparativa en seis categorías de más o menos intensidad comparativa en función de si se hacen referencias visuales verbales a la misma.

⁹⁴ Directiva 97/55/CE (art. 3 que añade el apartado 2 bis a la Directiva sobre publicidad engañosa): <<será publicidad comparativa la que aluda explícita o implícitamente a un competidor o a los bienes o servicios ofrecidos por él>>. En cuanto al concepto ofrecido por la Ley General de Publicidad (art. 6bis): <<será publicidad comparativa la que aluda explícita o implícitamente a un competidor o a los bienes o servicios ofrecidos por él>>.

⁹⁵JACKSON, BROWN y HARMON (1979), "Comparative magazine ads", *Journal of advertising research*, 19, diciembre, pp. 10-23; GROSSSBART, MUEHLING y KANGUN (1986), "Verbal and visual references to competition in comparative advertising", *Journal of advertising*, 15, 1, pp. 10-23.

- a) Publicidad comparativa en que el competidor es nombrado y mostrado.
- b) Publicidad comparativa en que el competidor es nombrado pero no mostrado.
- c) Publicidad comparativa en que el competidor es mostrado pero no nombrado.
- d) Publicidad comparativa en que el competidor no es mostrado pero es nombrado como "marca líder".
- e) Publicidad comparativa en que el competidor no es mostrado pero es referenciado como "otra marca competidora".
- f) Publicidad comparativa en que el competidor no es nombrado ni mostrado. En este caso no sería comparativa o de escasa intensidad.

4. Clasificación en función del objeto de comparación

En razón del objeto de comparación la doctrina⁹⁶ hace otra clasificación:

- a) Publicidad comparativa de confrontación. En esta publicidad la comparación se hace entre varias características de los productos de la competencia y del propio.
- b) Publicidad comparativa de posicionamiento. En este caso se trata de comparar las marcas entre sí, para mejorar la imagen de marca del anunciante.

⁹⁶BARRIO GARCIA, *La Publicidad comparativa, situación actual y análisis*, oc. p.19.

⁹⁷SWINERS, (1983) "La publicité comparative, une école de rigueur publicitaire", *Revue française de marketing*, pp. 83-93.

c) Publicidad comparativa de combate. Aquí la comparación se hace contra el discurso de la competencia: sus argumentos, sus imágenes, slogan, etc. Esta se subdivide a su vez en dos clases:

a') Publicidad comparativa de refutación. Se trata de refutar de manera objetiva las afirmaciones publicitarias de la competencia en campañas anteriores.

b') Publicidad comparativa de retorsión. Este sistema es más sutil, trata de ridiculizar argumentos y empresas competidoras.

5. Clasificación en función de la dirección de la comparación

Para otros autores⁹⁸, la clasificación se hace enfatizando las similitudes o bien resaltando las diferencias entre productos. Si la marca es poco conocida será más interesante para el anunciante la primera comparación. La intensidad a su vez puede ser baja, moderada o alta, según se nombre o no a la marca de la competencia. Por el contrario, para una marca conocida la publicidad comparativa consistente en nombrar al competidor más desconocido es contraproducente pues le está haciendo publicidad gratuita. Como señala la doctrina aumentará la notoriedad de la marca comparada sin ventaja a cambio⁹⁹

VI DOCTRINA SOBRE LIBERTAD DE EXPRESION Y SU INCIDENCIA EN LA PUBLICIDAD COMPARATIVA: EVOLUCION

1. Introducción

⁹⁸LAMB, PRIDER y PLETCHER (1987), "A taxonomy for comparative advertising", *Journal of advertising*, 7, 4, pp. 43-47, citados por BARRIO GARCIA, *La Publicidad comparativa, situación actual y análisis*, oc. p. 20.

⁹⁹ Es el efecto *part-list cuing* por el cual una marca muy notoria debe hacer publicidad no comparativa, para así inhibir el conocimiento de las marcas de la competencia.

No regulándose la actividad informativa general como tal, será el estudio de la libertad de expresión y del derecho de información el que nos oriente en esta cuestión¹⁰⁰.

La libertad de expresión se configura en el actual ordenamiento europeo como fundamental en el sistema político. Así se proclama en los Tratados constitutivos de la Unión Europea, como en nuestra constitución española. Históricamente no ha sido así y se han tenido periodos de negación con otros de plena afirmación.

De los últimos periodos de la historia de España, se han pasado de etapas prohibitivas a otras de pleno reconocimiento de la libertad de expresión.

En la Dictadura de Primo de Rivera (1923 a 1931) se cierra el periodo de la Restauración y se prohíbe la libertad de prensa, prevista en el artículo 13 de la constitución de 1876. La Dictadura impone una política de apoyo y subvenciones a las Empresas periodísticas a cambio de la censura.

Con la Constitución de la II Republica se proclama la libertad de prensa en el artículo 34: <<Toda persona tiene derecho a emitir libremente sus ideas y opiniones, valiéndose de cualquier medio de difusión, sin sujetarse a la previa censura>>.

Después del paréntesis de la Dictadura Franquista se inaugura la etapa constitucional actual, donde se proclama en el artículo 20 la libertad de expresión y el derecho de información, sin posibilidad de restricción de estos derechos por censura previa.

La libertad de expresión es diferente del derecho de información. La libertad de expresión es irrenunciable y oponible frente al Estado y frente a

¹⁰⁰ Para esta cuestión, vease CASTRO FARIÑA, *De la libertad de prensa*, Madrid 1971, DESANTES GUANTER, *Fundamentos del derecho de la información*, Madrid, 1973. *La profesión periodística en la Ley de prensa*, Madrid 1972. FERNANDEZ AREAL, *La libertad de prensa en España, 1938-1971*, Madrid 1971. CUESTA RUTE, *Curso de Derecho de la publicidad*, ed. Eunsa, Pamplona, 2002.

todos; el derecho de información es un derecho concreto que puede ejercitarse o no y tiene sus límites. En publicidad al rebasarse sus límites se convierte en publicidad ilícita¹⁰¹.

Si la publicidad comparativa ha sido cuestionada desde el principio, a la luz del ordenamiento jurídico actual se plantea la cuestión si la publicidad comparativa es un derecho de los consumidores y está amparada por el derecho constitucional de la libertad de expresión.

La respuesta es contradictoria en los distintos ámbitos doctrinales e institucionales. Para los tribunales españoles la publicidad comercial no esta amparada por el derecho constitucional de la libertad de expresión del art. 20 CE; sin embargo, para las instancias de la Unión Europea -CEDH y el TEDH-, la aplicación e interpretación del art. 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos es extensible a la publicidad comercial.

Las consecuencias serían muy importantes para la publicidad comparativa, en cuanto una prohibición total de la publicidad comparativa podría ser anticonstitucional por vulnerar el derecho a la libertad de expresión del anunciante.

2. Libertad de expresión y publicidad comercial en España

El art. 20 CE, entre su elenco de libertades ciudadanas, establece la libertad de expresión como el derecho: <<a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito, o cualquier otro medio de reproducción>> (art. 20, 1,a); y también el derecho de información como el derecho de <<a comunicar y recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión>> (art. 20, 1, d).

La interpretación del TC español afirma en su jurisprudencia que la libertad de expresión es un mecanismo de protección de los mensajes de

¹⁰¹ CUESTA RUTE, *Curso de Derecho de la publicidad*, oc. p. 44.

significación política o ideológica¹⁰², pero no de publicidad comercial. Sobre el art. 20, CE el Tribunal Constitucional español ha dicho: <<significa el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública libre, indisolublemente ligada con el pluralismo político, que es un valor fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado democrático>>¹⁰³.

El TS mantiene la misma postura, en cuanto la libertad de vender sus productos no es equiparable al derecho fundamental de la libertad de expresar ideas u opiniones políticas o ideológicas. En este sentido el TS en sus sentencias como la de 23-9-1988 dice: <<la publicidad como medio de captación de clientela no comporta el ejercicio de una actividad comprendida como derecho fundamental en el art. 20 CE, puesto que no se produce la mera expresión de un pensamiento, ideas u opiniones mediante palabra, escrito o cualquier otro medio de reproducción, como indica ese precepto, sino la existencia de una actividad profesional con la finalidad de alcanzar un provecho material relativo a esa actividad que altera la libre competencia que debe regirla y la defensa de los intereses de los posibles clientes que no pueden ser inducidos a acudir a un determinado despacho profesional en virtud de una publicidad que no es por su objeto identificable con la de un producto industrial o comercial, por lo cual, cuando se trate de publicidad, la norma constitucional invocada debe ser restringida en aras de los principios aludidos que enmarcan el ejercicio de una actividad profesional colegiada>>¹⁰⁴

No obstante la jurisprudencia menor mantiene una postura más contradictoria. Así la sentencia de la AP de Zamora¹⁰⁵ <<no cabe la menor duda de que los actos recogidos en el Hecho Segundo de la demanda tienen carácter publicitario, a la vista del art. 2 LGP, por cumplirse los requisitos

¹⁰² Expresión ideológica como filosofía, ética, religión, arte, etc.

¹⁰³ STC 12/1982, de 31 de marzo, BJC nº 12 (1982), p. 278, otra STC 104/1986, de 17 de julio, BJC, nº 64-65 (1986), p. 1054.

¹⁰⁴ STS 23-9-1988, AJ, 1988, nº 7252. Esta Sentencia y la providencia del TC relacionada, dieron lugar al informe de la CEDH de 1-12-1992 y a la sentencia del TEDH de 24-2-1994, de importancia en esta cuestión.

¹⁰⁵ SAP de Zamora de 29-7-1991 [RGD nº 576 (1992), pp. 8418 ss.]. También en este sentido de reconocer de modo implícito la aplicabilidad del art. 20 CE a la publicidad comercial, la

subjetivos, objetivos y finalistas de dicho precepto. Sin embargo, el Juzgado de Instancia, en ponderados y razonados fundamentos jurídicos, considera que los hechos enjuiciados suponen una labor de información al pueblo zamorano. Este es también el criterio de la Sala, que conjugado con los artículos 3, 4, 5 y 6 LGP, en relación con los artículos 16 y 20 CE, que defienden la libertad de ideas y la libertad de expresión, sin llegar a vulnerar ningún derecho fundamental, nos conduce a afirmar que los actos relatados en los Hechos Segundo y Tercero de la demanda no constituyen publicidad ni engañosa desleal, ni pueden comprenderse en los citados preceptos de la Ley de Publicidad, ya que no se provocó ni se produjo el descrédito o el menosprecio de Caja España o sus actividades>>

Esta sentencia del TS fue recurrida al TC, pero no fue admitida a trámite¹⁰⁶, basándose –grosso modo–, en la distinta naturaleza de la publicidad comercial, cuyo objetivo es aumentar las ventas del anunciante, y no expresar opiniones de cara a la participación en la vida pública.

Posteriormente el TS se reafirmó en esta doctrina, en su sentencia de 18-2-1994¹⁰⁷, relativa a la publicidad de los abogados, declarando que <<es claro que esta inserción, con las indicadas connotaciones, supone y constituye un evidente resalto o reclamo para abstracción o captación de clientes, fuera de los usos normales de la profesión que se limitan a la escueta consignación de nombre y profesión en la letanía de nombres ordinarios de la guía telefónica, y que por ello infringe, levemente, si, dadas las modestas peculiaridades del reclamo, el sentido literal y teleológico del precepto deontológico de prohibición a los colegiados, no ya la publicidad strictu sensu, sino la mera difusión o anuncio de sus servicios, razones todas ellas que determinan la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia apelada, toda vez, y esto es obvio, que el citado precepto estatutario para nada infringe el art. 20 CE, sobre libertad de expresión, de ideas y opiniones>>.

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Zamora de 30-11-1990 [RGD nº 562-63 (1991), pp. 6387 ss.].

¹⁰⁶ Providencia citada por TATO PLAZA, en *La publicidad comparativa*, oc. p. 101.

¹⁰⁷ STS de 18-02-1994, [Actualidad Jurídica Aranzadi, nº 146 (21-4-1994), p. 8].

Sin embargo otros autores, como VICENT CHULIA, sostienen que igual que existe un derecho constitucional a la libertad de expresión también existe un derecho constitucional a la libre publicidad¹⁰⁸.

Si con la publicidad, además de atraer y captar clientes, se da información del producto para así incitarlo a comprar, estamos hablando del derecho constitucional a la libertad de expresión (art. 20.1, d CE). De aquí que la jurisprudencia del TS entra en contradicción con esta posición doctrinal¹⁰⁹, máxime si tenemos en cuenta que el derecho del artículo 20 CE no protege solo a los medios de comunicación y a los profesionales del periodismo¹¹⁰, sino que como ha resaltado el Tribunal Constitucional <<los sujetos de este derecho no son solo los titulares del órgano o medio difusor de información o los profesionales del periodismo o quienes, aun sin serlo, comunican una información a través de tales medios, sino primordialmente, "la colectividad y cada uno de sus miembros">>¹¹¹; también que <<es derecho del que gozan todos los ciudadanos>>¹¹².

Por otro lado, el Tribunal Constitucional ha resaltado en sus sentencias sobre publicidad comparativa que dicha actividad siempre comporta proporcionar información pero también necesariamente opinión, encuadrada en el derecho de libertad de expresión del art. 20.1 CE. Esta libertad significa que se implican <<pensamiento, ideas y opiniones, concepto amplio en el que deben incluirse... juicios de valor>>¹¹³. De esta manera el Tribunal Constitucional aborda la relación entre información y juicios de valor <<en los casos reales que la vida ofrece, no siempre es fácil separar la expresión de... opiniones de la estricta comunicación informativa, pues la expresión de pensamientos necesita a menudo apoyarse en la narración de hechos y, a la inversa, la comunicación de hechos... no se da nunca en un estado

¹⁰⁸ VICENT CHULIA, *Compendio crítico de derecho mercantil*, 3ª edición, T. I, vol. 2º, Barcelona, 1991, p. 1094 y ss. En el mismo sentido en la 1ª edición, T. 2, Valencia, pp. 140 y ss.

¹⁰⁹ Como S TS de 23 de septiembre de 1988 (Sala 4ª), en el sentido de que <<la publicidad como medio de captación de clientela no comporta el ejercicio de una actividad comprendida como derecho fundamental en el artículo 20 de la Constitución>>.

¹¹⁰ S TC nº 30/1982, de 1 de junio y S TC nº 105/1983, de 23 de noviembre.

¹¹¹ STC nº 168/1986, de 22 de diciembre.

¹¹² STC nº 6/1981, de 165 de marzo, nº 30/1982, de 1 de junio, nº 165/1987, de 27 de octubre.

anímicamente puro, y comprende, casi siempre, algún elemento valorativo>>¹¹⁴. De esta manera, hablar de publicidad comparativa es hablar de libertad de expresión y por tanto hay que moverse en los límites de ese derecho, siendo uno de sus límites <<la no utilización de afirmaciones vejatorias>>¹¹⁵.

Por lo tanto, siempre que se divulga información se ha de cumplir con los requisitos y límites del derecho de libertad de expresión¹¹⁶.

3. Libertad de expresión y publicidad comercial en Europa. Doctrina del TEDH y de CEDH

A) El art. 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos y su aplicación a la publicidad comercial.

El art. 10 CEDH dice: <<toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de comunicar y recibir informaciones e ideas sin que pueda existir injerencia de las autoridades públicas, y sin consideración de fronteras>>.

Sobre el problema de la aplicación de este artículo a la publicidad comercial los órganos comunitarios -CEDH y TEDH- mantuvieron una postura favorable, mas firme la de la CEDH y más dubitativa la del TEDH¹¹⁷. Veamos a continuación la doctrina de la CEDH en algunos de los casos más destacados.

B) Doctrina de la Comisión Europea de Derechos Humanos

a) Caso Pastor X e Iglesia de la Cienciología¹¹⁸

¹¹³ STC nº 6/1988, de 21 de enero y nº 123/1993, de 19 de abril.

¹¹⁴ STC nº 6/1988, de 21 de enero.

¹¹⁵ STC nº 165/1987, de 27 de octubre.

¹¹⁶ MARTI NICOLAS, *La publicidad y el derecho deber de información*, oc. p. 73.

¹¹⁷ Sobre este debate véase TATO PLAZA, *La Ley*, 2-9-1994, pp. 1 ss. BOISSON DE CHAZOURNES, *Revue Generale de Droit International*, 1988, pp. 929 ss.

Es la primera vez que la CEDH se pronuncia sobre el art. 10 y su aplicación a la publicidad comercial.

El caso se refería a un anuncio insertado en la revista de la Iglesia de la Cinesiología para la oferta de un aparato. El anuncio decía: <<La técnica de la Cinesiología actual exige que ustedes dispongan de su propio E-mettre (Electrometre Hubard). El E-mettre es un aparato electrónico de medida del estado de ánimo y de sus variaciones. No hay purificación sin E-mettre. Precio: 850 coronas suecas; para miembros extranjeros, 20% de descuento: 680 coronas suecas>>. Éste se definía como <<un instrumento religioso que sirve para medir el estado de las características eléctricas del campo estático que rodea a los cuerpos, y apto para indicar si la persona que se confiesa esta liberada del lastre espiritual de sus pecados>>.

El Defensor del Consumidor de Suecia (Ombudsman) denunció el anuncio ante el Tribunal del mercado sueco, por determinadas frases. El Tribunal admitió íntegramente la denuncia. La Iglesia apeló al TS que volvió a dar la razón al Ombudsman sueco. La Iglesia de la Cinesiología apeló al CEDH.

La decisión de CEDH fue en la línea de reconocer que el art. 10 de la Convención se aplica también a la publicidad comercial. Pero esta protección es de rango menor que la de la expresión de ideas políticas o filosóficas.

En definitiva CEDH reconoce este derecho de libertad de expresión también para a publicidad comercial, pero para el caso de la Iglesia de la Cinesiología prevalece la protección de los intereses de los consumidores sobre el de la libertad de expresión del anuncio.

b) Caso Liljenberg¹¹⁹

¹¹⁸ Caso resuelto por Decisión de CEDH de 5-5-1979, citado por TATO PLAZA, *La publicidad comparativa*, oc., p. 101.

¹¹⁹ Resuelto por Decisión de CEDH de 1-03-1983, caso LILJENBERG, citado por TATO PLAZA, *La publicidad comparativa*, oc, p. 102.

El segundo caso sobre el que se pronunció la CEDH tuvo un desarrollo similar al anterior, de la Iglesia de la Cienciología.

En este caso se trataba de la sociedad mercantil de responsabilidad limitada sueca LSM, que entre 1977 y 1978 importó de Gran Bretaña a Suecia un producto denominado MAX-I-FORM. Este producto se importó legalmente como producto alimentario. Como publicidad se envió artículos de prensa donde se alababa el efecto antidepresivo y terapéutico del producto. También el Director de LSM Liljemberg hizo varias entrevistas a la empresa alabando también esos efectos antidepresivos y terapéuticos. Además, el prospecto que acompañaba al producto decía: <<cuando usted comience a tomar MAX-I-FORM por primera vez o después de una larga interrupción (un mes), deberá comenzar con una dosis de 3 tabletas 3 veces al día. Mientras tanto, usted podrá ya empezar a reducir o interrumpir el consumo de otros posibles fármacos>>. Estas circunstancias hicieron a las Autoridades sanitarias suecas reclamar a LSM para que registrara el producto como farmacéutico y no alimentario.

Ante la negativa de LSM, las Autoridades suecas recurrieron al Tribunal de Distrito de Malmö, el cual estimó su demanda y ordenó retirar todos los productos del mercado, ocasionando la quiebra de la empresa demandada LSM. La empresa demandada apeló a la segunda instancia y al Tribunal Supremo y también su demanda fue desestimada. Entonces recurrieron a la jurisdicción europea.

En la decisión sobre la admisibilidad del recurso, la CEDH estimó que los artículos y el prospecto publicitario eran merecedores de la protección del art. 10 de la Convención, en cuanto libertad de expresión, pero que los intereses superiores de la salud del consumidor justificaban una injerencia de este tipo y la imposición de sanciones. Consecuentemente el recurso no fue admitido.

c) Caso Barthold¹²⁰

Este caso se planteó por la demanda interpuesta por la Asociación de Veterinarios de Hamburgo Pro Honore, contra el veterinario Barthold, a raíz de unas declaraciones que éste hacía en la prensa el 24 de agosto de 1978, sobre el sistema de guardias de los veterinarios. En dicho artículo el señor Barthold criticaba el sistema de guardias nocturnas de los veterinarios y al artículo se acompañaba una foto suya y de su clínica veterinaria.

La asociación Pro Honore demandó al señor Barthold porque las normas deontológicas del Colegio de Veterinarios prohibían a estos hacer publicidad. La demanda fue desestimada en primera instancia por el LG de Hamburgo, pero admitida en segunda instancia condenando al demandado por competencia desleal y prohibiéndole hacer publicidad. El Tribunal Constitucional no admitió el recurso del demandado y este recurrió al TEDH.

La CEDH admitió el recurso por estimar que se había producido una injerencia en el derecho a la libertad de expresión del demandado y elevó un informe al TEDH, para que éste resolviera. Este informe para algunos autores es una clara aplicación del art. 10 de la Convención a la publicidad comercial¹²¹. No obstante para otros autores, como TATO PLAZA¹²², este caso no es en puridad una aplicación del art. 10 de la Convención a la publicidad comercial, pues <<la Comisión considera que las afirmaciones del doctor Barthold deben estar protegidas por aquel precepto, no por constituir una actividad publicitaria, sino por la expresión de informaciones y opiniones>>.

d) Caso Mark Intern¹²³

¹²⁰ Informe de la CEDH de 13-7-1983, asunto Barthold, BJC, nº 59 (1986), pp.428 ss, primer caso admitido por la CEDH y que permitió pronunciarse al TEDH.

¹²¹ BOISSON DE CHAZOURNES, *Revue Generale de Droit International*, 1988, oc. p. 934 ss.

¹²² Así en el punto 59 del Informe de CEDH, TATO PLAZA, *La publicidad comparativa*, oc. pp. 104-105.

¹²³ Informe de CEDH de 18-12-1987, caso Mark Intern, véase en extracto BJC, nº 136-137 (1992), pp. 17 ss.

Mark Inter era una sociedad mercantil de Dusseldorf dedicada a la actividad editorial y con el objetivo de proteger a la pequeña y mediana empresa frente a las grandes editoriales. A estos efectos editaba un boletín informativo sobre el mundo editorial.

El 20 de noviembre de 1975 aparece en uno de sus boletines (Mark intern Droguerie und Parfümeriefachhandel) un artículo de su redactor jefe Klaus Beermann. El artículo decía: «Encargué y pagué la colección de productos de belleza de abril al Cosmetic Club Internacional. Compré una crema de belleza, pero la devolví unos días después porque no me gustó. Aunque la orden de pedido establece, en términos claros y explícitos, que el comprador tiene derecho de devolverlo si no es de su agrado, y que se le reintegrara el importe, hasta la fecha no cobré nada. Mi recordatorio de 18 de junio, en el que les daba de plazo hasta el 26 del mismo mes para contestar, no produjo ningún efecto. Con esta indignación, Maria Lüchau, titular de una droguería en Celle, habla de la actividad comercial del club de origen inglés. El 4 de noviembre dirigimos a la directora del club, Doreen Miller, el siguiente telex: "¿Se trata de un incidente aislado o forma parte de su política oficial?". En su rápida contestación del día siguiente, el Club dice que no sabe nada del encargo devuelto por la señora Lüchau ni de su requerimiento de junio. Promete, sin embargo, averiguar inmediatamente lo sucedido y aclararlo poniéndose en contacto con la reclamante en Celle. Con independencia de esta contestación provisional, desde Ettlingen, quisiéramos preguntar a todos nuestros colegas del sector de cosmética y de productos de belleza: en su relación con el Club, ¿Les paso algo parecido a lo sucedido a la señora Lüchau? Es muy importante, para opinar sobre la política del Club, saber si se trata de un caso único o si hubo otros»».

El Cosmetic Club Internacional demandó a Mark Intern y al autor del artículo ante el LG de Hamburgo, el cual estimó parcialmente la demanda. Apelada por la parte condenada, se estimó la apelación, lo cual dio lugar a la apelación de la parte contraria, estimándose la demanda. Entonces, terminada la vía jurisdiccional nacional se recurrió por la demandada al TEDH.

En su informe previo, la CEDH estimó que se había producido una injerencia en la libertad de expresión de la parte demandada, emitiendo un informe de admisión del recurso. No obstante, en su razonamiento, en el punto 202, declara que el art. 10 sólo protege las declaraciones de carácter político o ideológico, pero no las de carácter informativo comercial. Por lo cual parte de la doctrina¹²⁴ no considera esta sentencia como un reconocimiento de la aplicabilidad del art. 10 de la Convención a la publicidad comercial, como sí hacen otros autores¹²⁵.

e) Caso Casado Coca¹²⁶

El caso Casado Coca se inicia por los recursos interpuestos por el abogado español Casado Coca contra las sanciones que le había impuesto el Colegio de Abogados de Barcelona desde 1979 por hacer publicidad.

Desestimados los recursos del señor Casado Coca contra las sanciones en las distintas instancias españolas recurrió al TEDH. El informe admitiendo el recurso por la CEDH consideraba que a la publicidad comercial le era aplicable el art. 10 de la Convención sobre el derecho a la libertad de expresión. El texto del Informe decía: <<las informaciones de naturaleza comercial no están excluidas del ámbito de aplicación de este precepto de la Convención>> (punto 40 del informe).

C) Doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Al no haberse admitido los recursos por la CEDH en los casos Pastor X e Iglesia de la Cienciología y Liljenberg; el TEDH solo pudo pronunciarse en los casos Barthold, Mark Intern y Casado Coca

a) Caso Barthold¹²⁷

¹²⁴ TATO PLAZA, *La publicidad comparativa*, oc, p. 107.

¹²⁵ BOISSON DE CHAZOURNES, *Revue Générale de Droit International*, 1988, oc. p. 937.

¹²⁶ Informe CEDH de 1-12-1992, caso Casado Coca, citado por TATO PLAZA, *La publicidad comparativa*, oc., p. 107.

La sentencia dictada por el TEDH fue favorable al señor Barthold, declarando su libertad de expresión, pero sin llegar a pronunciarse sobre la aplicabilidad del art. 10 de la Convención a la publicidad comercial. El Tribunal europeo no consideró necesario pronunciarse sobre el tema de la publicidad comercial, al considerar el asunto como libertad de comunicar opiniones y dar información ciudadana. El fundamento 40 de la sentencia dice: <<el art. 10 precisa que la libertad de expresión comprende la libertad de opinión y la libertad de comunicar informaciones o ideas. Las restricciones impuestas en el presente caso se refieren a la inclusión en las declaraciones del doctor Barthold sobre la necesidad de un servicio veterinario nocturno en Hamburgo de ciertos datos y afirmaciones relativos, en particular, a su persona y al funcionamiento de su clínica. Imbricados los unos con los otros, estos diversos elementos constituyen un conjunto, en el centro del cual aparecen la expresión de una opinión y la comunicación de informaciones sobre un tema de interés general. No es posible disociar los elementos que afectan menos a la sustancia que al modo de formulación y que, según los tribunales alemanes, tienen un efecto publicitario; mucho menos desde el momento en que se trata de un artículo escrito por una periodista y no de un anuncio comercial. El Tribunal constata, en consecuencia, la aplicabilidad del art. 10, sin necesidad de indagar en este caso si la publicidad, en cuanto tal, se beneficia o no de la garantía que aquel le depara>>.

b) Caso Mark Intern¹²⁸

En este caso se vuelve a dictar sentencia favorable al demandado y recurrente, conforme al posicionamiento de CEDH, pero se mantiene cierta ambigüedad. En el caso de que una publicidad comercial tuviera un contenido de información económica entonces estaría amparada por el art. 10 de la Convención, pero el supuesto discutido no era una publicidad comercial.

¹²⁷ Sentencia del TEDH, de 25-3-1985, asunto Barthold, BJC, nº 59 (1986), pp.415 ss, primer caso admitido por la CEDH y que permitió pronunciarse al TEDH.

¹²⁸ Sentencia del TEDH de 20-11-1989, caso Mark Intern, BJC, nº 136-137 (1992), pp. 3 ss.

c) El periodo intermedio entre los casos Markt Intern y Casado Coca

Si en las sentencias anteriores, por la naturaleza del asunto discutido, no se observa un claro pronunciamiento a favor de la libertad de expresión del art. 10 en la publicidad comercial, hay sentencias posteriores que confirman esta tendencia de aceptar la aplicabilidad de del art. 10, tales son los casos Groppera radio y Autronic.

Aunque en estas sentencias no se resolvía directamente sobre la publicidad comercial, confirmaban esta tendencia del caso Mark Intern.

En el caso Groppera radio¹²⁹, se discutía sobre el régimen de autorizaciones en la radio entre el gobierno suizo y la parte demandada. El gobierno suizo alegaba que difícilmente se podía aplicar el art. 10 por el contenido de los programas de radio, música ligera y anuncios publicitarios. El TEDH respondió de otra manera (fundamento de derecho 55): <<el Tribunal [...] entiende que tanto la emisión de programas a través de las ondas como su retransmisión por cable dependen del derecho confirmado por los dos primeros párrafos del art. 10.1, sin que sea necesario distinguir según el contenido de aquellos>>.

En el caso Autronic AG¹³⁰, el TEDH reconocerá para esta entidad también los privilegios del art. 10 de la Convención. En el fundamento de derecho nº 47 declarara que <<ni la condición legal de sociedad anónima, ni el carácter comercial de sus actividades, ni la propia naturaleza de la libertad de expresión pueden dejar a Autronic AG sin la protección del art. 10, el cual es aplicable a toda persona natural o jurídica>>.

d) Caso Casado Coca¹³¹

¹²⁹ Sentencia del TEDH de 28-3-1990, caso Groppera Radio, BJC, nº 141 (1993), pp. 163 ss.

¹³⁰ Sentencia del TEDH de 22-5-1990, caso Autronic AG, relativo a la transmisión de programas vía satélite, BJC, nº 146 (1993), pp. 99 ss.

¹³¹ Sentencia del TEDH, de 24-2-1994, caso Casado Coca, citado por TATO PLAZA, *La publicidad comparativa*, p. 111.

En esta sentencia el TEDH recuerda la evolución seguida en sus anteriores sentencias (caso Barthold, etc.) y reafirma su línea argumental en el sentido de que el art. 10 de la Convención no sólo se aplica a las opiniones políticas sino también a las expresiones artísticas, las informaciones de naturaleza comercial y los anuncios difundidos a través de la radio.

En el caso Casado Coca, el TEDH reconoce claramente la aplicación al caso del art. 10, ya que los anuncios, aunque tenían una finalidad publicitaria, también proporcionaban una información muy útil para aquellas personas que necesitasen ayuda, facilitando su acceso a la justicia¹³².

4. Conclusiones en torno a la aplicabilidad del art. 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos a la publicidad comercial

A) Introducción

Vista la importancia que tiene la publicidad comercial para las empresas y visto el papel fundamental de la libertad de expresión para los sujetos de derecho, la CEDH y el TEDH han tenido una posición favorable para la publicidad comercial, aunque es de esperar que la evolución posterior refuerce esta tendencia. Caso a destacar es la evolución seguida en Estados Unidos, país de donde arranca el fenómeno de consumo de masas y de publicidad moderna que sirve de primera experiencia, antes que en Europa¹³³.

En cuanto a la evolución de este tema en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos se distinguen tres etapas¹³⁴. En la primera, se considera que no se puede aplicar a la publicidad comercial la Primera Enmienda (que consagra la libertad de expresión). En un segundo momento, el TS considera que la publicidad comercial es merecedora de protección si

¹³² Aunque la sentencia desestimase el recurso por otras razones, creando las contradicciones que a veces se producen en las sentencias, alegando la protección de los derechos ajenos. Para ver un comentario a la sentencia, véase *La Ley*, 2-9-1994, artículo de TATO PLAZA, p. 1

¹³³ Es la sociedad de la opulencia de KENNETH GALBRAITH, *El consumismo y la publicidad agresiva*, p. 5.

¹³⁴ TATO PLAZA, 14 *ADI* (19991-2), oc. pp. 169 ss.

transmite información de interés para el ciudadano¹³⁵. En un tercer momento, se considera que la publicidad comercial, por el mero hecho de serlo transmite información que potencialmente puede ser útil para la audiencia¹³⁶.

Haciendo un estudio comparativo con respecto a Europa, vemos que la posición de la CEDH es un reflejo de la posición tercera y última de Estados Unidos, en cuanto la publicidad comercial se protege como tal por ser libertad de expresión.

Sin embargo, la posición del TEDH es más parecida a la segunda posición de Estados Unidos, en cuanto en el caso *Casado Coca*¹³⁷, la protección se dispensa en tanto dicha publicidad es útil para facilitar el acceso a la justicia, aunque con el resultado final de no estimar su recurso por otras razones. O sea que es la utilidad superior de los consumidores y del interés general lo que puede justificar la publicidad.

No obstante, tanto una posición como la otra implica la licitud de la publicidad comercial, pues siempre pueda implicar información de potencial interés para la audiencia.

B) REQUISITOS DE RESTRICCIÓN DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA

¹³⁵ En esta sentencia que se cita –*Bigelow contra Virginia*– se pone de manifiesto esta visión, STS of USA de 16-6-1975, 421 US, pp. 809 ss. Esta sentencia otorgaba la protección de la Primera Enmienda a la publicidad de poder realizar abortos en otros Estados distintos de Virginia, donde esta práctica era legal.

¹³⁶ *Virginia State Board of Pharmacy contra Virginia Citizens Consumer Council Inc.* STS de USA de 24-5-1976, 425 US, pp. 748 [1976-1 pp. 69045 ss.].

¹³⁷ Paralelismo de la sentencia del caso *Casado Coca* con la del caso *Bigelow*. En un caso la información para poder ejercitar el derecho de abortar de las mujeres el TS USA la considera útil, en el caso *Casado Coca* se facilita información para las personas con necesidad de asistencia jurídica.

El art. 10.1 consagra la libertad de expresión como un derecho fundamental, pero el art. 10.2 establece la posibilidad de restringir este derecho¹³⁶.

El art. 10.2 establece tres requisitos para poder restringir el derecho de libertad de expresión, estos son:

a) Previsión en la Ley

La legalidad de la restricción de este derecho es el primer aspecto fundamental. Sobre las circunstancias que rodean a esta condición se ha pronunciado el TEDH, en su sentencia de 26-4-1979¹³⁹, señalando dos: accesibilidad y precisión.

En cuanto a la accesibilidad, es un requisito que permite la adecuación de la conducta del ciudadano a la norma, como dice la sentencia citada de 26-4-1979, el ciudadano debe <<disponer de patrones suficiente que se adecuen a las circunstancias de las normas legales aplicables al caso>>¹⁴⁰.

La precisión es otra cualidad, es la definición de lo que se permite, pero no es necesaria una precisión absoluta. El TEDH dice: <<una norma no puede considerarse ley a menos que se formule con la suficiente precisión que permita al ciudadano adecuar su conducta; debe poder prever, rodeándose para ello de consejos clarificadores, las consecuencias de un acto determinado>>.

b) Referencia a una de las causas del art. 10.2

¹³⁶ La libertad de expresión también significa responsabilidad << puede ser sometido a ciertas modalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley que en una sociedad democrática constituyen medidas necesarias para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, para la prevención del desorden o del crimen, para la protección de la salud o de la moral, para la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales, o para garantizar la autoridad e imparcialidad del poder judicial>>.

¹³⁹ Sentencia de 26-4-1979, caso Sunday Times, BJC, 1983.

¹⁴⁰ Sentencia de 26-4-1979, caso Sunday Times, BJC, 1983, p. 1426.

El art. 10.2 de la Convención Europea de Derechos Humanos establece que la restricción de la libertad de expresión debe estar justificada por alguna de las siguientes causas o intereses legítimos: seguridad nacional, integridad territorial, seguridad pública, prevención del desorden o del crimen, protección de la salud o de la moral, protección de la reputación y los derechos ajenos, impedir la divulgación de informaciones confidenciales, o garantizar la autoridad e imparcialidad del poder judicial.

c) Ser una medida necesaria en una sociedad democrática

Que la medida se adopte en un contexto democrático es otro requisito para alcanzar los objetivos que se enumeran en el art. 10.2

El término <<necesario>> ha sido objeto de interpretación por el TEDH y no significa cualquier cosa <<no es sinónimo de indispensable, tampoco tiene la flexibilidad de términos tales como admisible, normal, útil, razonable u oportuno>>¹⁴¹. Necesario significaría o se interpretaría como dice el TEDH en cuanto <<implica la existencia de una necesidad social imperiosa>>¹⁴².

Sobre la apreciación de esta necesidad social imperiosa, el TEDH considera que el art. 10.2 reserva a los Estados miembros un gran margen de interpretación, tanto al legislador como a los órganos jurisdiccionales¹⁴³.

El margen de interpretación es amplio pero supervisado a través de recursos por el TEDH. En algunas materias donde la idiosincrasia nacional es más determinante será menos, en otros temas más¹⁴⁴.

El margen de interpretación en materia de competencia y publicidad es amplio, aunque siempre con la supervisión europea. Esta actuación o <<tarea del Tribunal se limita a investigar si, en el caso concreto, las medidas

¹⁴¹ Sentencia de 26-4-1979, caso Sunday Times, BJC, nº 31, p. 1428.

¹⁴² Sentencia de 26-4-1979, caso Sunday Times, BJC, nº 31, p. 1428.

¹⁴³ Sentencia del TEDH de 7-12-1976, caso Handyside, BJC, nº 26, 1983, p. 749.

¹⁴⁴ Como en materia de garantías judiciales. Caso Sunday Times, BJC, nº 31, p. 1428.

adoptadas en el ámbito nacional se justifican en sus principios y son proporcionadas>>¹⁴⁵.

B) Requisitos del art. 10.2 de la Convención Europea de Derechos para restringir la libertad de expresión en la publicidad comparativa

Vistos los tres requisitos anteriores previstos para restringir la libertad de expresión en el art. 10.2 y su interpretación por la jurisprudencia. Nos resta ver cuales son los problemas que se plantea su aplicación a la publicidad comparativa. Por lo tanto, la prohibición total de la publicidad comparativa plantea el problema de su licitud, de su carácter legal, de su cumplimiento de los objetivos del art. 10.2 y de su carácter necesario en una sociedad democrática.

a) Previsión en la Ley

Hasta la aparición de la Directiva sobre la publicidad comparativa, los países que la prohibían eran Bélgica, Alemania e Italia, aunque de diferente manera.

En Bélgica, la prohibición era total y expresa por el art. 9.7 de la Loi sur les pratiques du commerce, de 1991. En Alemania la prohibición se hace por la jurisprudencia constante generada en torno a la prohibición general de la competencia desleal. En Italia, por las normas que prohíben los actos que suponen denigración de la competencia.

En estos casos, y siguiendo el criterio del TEDH, la precisión de la norma no ha de ser total, sino que debe ser la interpretación de los tribunales nacionales la que la precise para el caso concreto. Es lo que ocurre en esos países en que la Ley es interpretada en este sentido de prohibición por la jurisprudencia de esos países.

b) Referirse a una de las causas del art. 10.2

¹⁴⁵ Caso Casado Coca, citado por TATO PLAZA, *La publicidad comparativa*, oc., p.116.

De la enumeración de objetivos del art. 10.2 de la Convención Europea de Derechos Humanos para justificar la restricción de la libertad de expresión: seguridad nacional, integridad territorial, seguridad pública, prevención del desorden o del crimen, protección de la salud o de la moral, protección de la reputación y los derechos ajenos, impedir la divulgación de informaciones confidenciales, o garantizar la autoridad e imparcialidad del poder judicial. Veamos cual es el que ha de ser tenido en cuenta.

De entre los objetivos legítimos enumerados sería la protección de la reputación comercial de los competidores el único a invocar para apoyar la prohibición total. La protección de los derechos ajenos, en referencia a los consumidores, no se puede invocar, pues hemos visto como la Doctrina considera que ésta es beneficiosa para ellos, en cuanto le proporciona una información valiosa para poder elegir¹⁴⁶.

Ésta sería la posición que justificaría en estos países la prohibición total de la publicidad comparativa.

c) Ser una medida necesaria en una sociedad democrática

Además de los dos requisitos anteriores, legalidad y objetivo legítimo (protección de la reputación comercial de los competidores) es necesario que sea necesaria en el sentido que hemos visto anteriormente¹⁴⁷.

Siendo los Estados los que definen en su Ley esta nota de necesidad, con un margen de discrecionalidad, será el control posterior del TEDH, el que realice el control, caso por caso, a través de los recursos que le lleguen a su jurisdicción.

De los tres requisitos apuntados será el último el más difícil de apreciar por el TEDH, en cuanto los propios textos de la Unión Europea proclaman el

¹⁴⁶ Como mucho y para evitar fraudes y engaños aprobar las condiciones de licitud.

¹⁴⁷ Necesidad social imperiosa, como señala la jurisprudencia.

principio de alta protección de los intereses de los consumidores. Este alto objetivo hace que el interés de una empresa que opera en el mercado quede sacrificado y se exponga a la comparación de sus productos con otros de la competencia.

Concluyendo que una prohibición total de la publicidad comparativa sería una medida ilícita porque no se justificaría frente al alto nivel de protección de los intereses de los consumidores, ante el cual cede el interés particular del comerciante que no quiera que se hable de él¹⁴⁸.

5. Derecho de Información

A) Introducción

También se ha argumentado como factor favorable al reconocimiento de la publicidad comparativa que, como toda publicidad, proporciona información al consumidor. La información se sustenta en el Derecho de Información, que es un derecho humano¹⁴⁹, y esto significa Derecho a la información¹⁵⁰.

El derecho a la información es un derecho de los clasificados por la doctrina¹⁵¹ como personales.

El derecho de comunicar y de informar es una actividad permitida en cuanto que en un Estado de derecho lo que no está expresamente prohibido está permitido.

¹⁴⁸ Para TATO PLAZA: <<Cabe afirmar que [la prohibición] constituye una restricción ilícita del derecho de libertad de expresión>>.

¹⁴⁹ Para esta cuestión, véase BEL MALLÉN I, CORREDOIRA, PILAR COUSIDO, *Derecho de la información*, ed. Colex, Madrid, 1992, p. 64, donde como <<derecho humano el derecho a la información contribuye a la dignidad humana y es preciso para que la personalidad de cada uno se pueda desarrollar>>.

¹⁵⁰ Para esta cuestión, véase BEL MALLÉN I, CORREDOIRA, PILAR COUSIDO, *Derecho de la información*, oc. p. 64 ss. DESANTES GUANTER, *Fundamentos del derecho de la información*, oc. FERNÁNDEZ AREAL, *El derecho a la información*, Barcelona, 1971.

¹⁵¹ CUESTA RUTE, *Curso de Derecho de la publicidad*, oc. p. 110. DESANTES GUANTER, *La información como derecho*, Madrid, 1973.

Como derecho democrático significa que el Estado está obligado a informar y que los profesionales de dar esta información tienen derecho a ser informados por el Estado. En tanto derecho subjetivo, se ha dicho de él que se la atribuye a las personas por ser miembros activos de la comunidad (la participación); que lo otorga el ordenamiento; que implica la posibilidad de exigir a los demás, coactivamente, un determinado comportamiento; que se haya institucionalizado y tipificado por el ordenamiento¹⁵².

Como derecho subjetivo es un poder concreto de cada persona para actuar o no, ejercerlo o no. Es un derecho fundamental y como tal es previo al Estado, el cual se limita a reconocerlo¹⁵³.

Este derecho significa, como facultad, la posibilidad de investigar y recibir información. Como derecho significa derecho de informar y el derecho a ser informado.

En el sentido comercial VICENT CHULIA afirma que <<la actividad publicitaria, en sentido amplio, es un aspecto de la información persuasiva>>¹⁵⁴. La información total del vendedor al consumidor es requisito de validez jurídica del contrato, en caso contrario nos encontramos con vicios en el contrato que perjudican a la parte débil. Aunque la publicidad es información no es toda la información, que se tiene que dar por otros conductos, previos a la contratación. La información quien tiene que darla es quien la tiene el fabricante y el vendedor, para ambos es una obligación. Sin embargo, para el consumidor, la información es un derecho. El actual ordenamiento jurídico y político, configura la información como un derecho. Perteneciendo la publicidad al género <<información>> es por lo que encontramos cuestiones comunes al derecho de la Información¹⁵⁵.

¹⁵² BEL MALLEN I, CORREDOIRA, PILAR COUSIDO, *Derecho de la información*, oc. p. 65 ss.

¹⁵³ CUESTA RUTE, *Curso de Derecho de la publicidad*, oc. p. 44.

¹⁵⁴ VICENT CHULIA, *Compendio crítico...* oc. p. 1092. También SANCHEZ FERRIZ, R, *El derecho a la información*, Valencia, 1974, UNED; *Derecho civil I*, Madrid, 1981.

¹⁵⁵ VICENT CHULIA, *Compendio crítico...* oc. p. 1094 y ss. Donde señala: <<en el derecho de la publicidad comercial hallamos cuestiones comunes al Derecho de la Información>>.

El derecho a la información se regula en el art. 20.1.ad CE¹⁵⁶, y constituye, como señala CUESTA RUTE <<un pilar fundamental de toda sociedad libre, pluralista y democrática>>¹⁵⁷.

Con DESANTES y repasando la doctrina sobre el contenido del derecho a la información, distinguimos entre sujeto, objeto y contenido de ese derecho.

En cuanto al sujeto este es universal, afecta a todas las personas, sean físicas o jurídicas.

El objeto de este derecho viene integrado por toda la realidad del anunciante. Todo el mundo del anunciante puede ser objeto de información. Toda la realidad es posible ponerla en forma para la comunicación. No obstante hay hechos que se impone que no puedan ser objeto de comunicación, con lo cual el derecho de la información no es universal sino general¹⁵⁸.

En cuanto al contenido del derecho, este se integra por el conjunto de poderes y facultades del sujeto con respecto al objeto. En el derecho de la información su contenido se integra por la facultad de comunicar información, recibir información e investigar acerca de la realidad para poder informar de ella.

La comunicación publicitaria reúne las notas generales de toda comunicación y queda cubierta por el derecho a la información. El anunciante informa y los receptores reciben la comunicación sobre aspectos generales, en este caso de contenido económico que es el objeto de la información.

Como excepción, no todos los autores ni todos los sistemas jurídicos sostienen la generalidad anterior, pues consideran que la publicidad queda

¹⁵⁶ De manera similar, y no es causalidad, a como lo regula la Declaración Universal de Derechos Humanos de NU de 1948.

¹⁵⁷ CUESTA RUTE, *Curso de derecho de la publicidad*, oc. p. 201.

¹⁵⁸ No obstante las excepciones se deben interpretar con un criterio restrictivo frente al carácter general del derecho a la información.

excluida del derecho a la información por su carácter económico y persuasivo. Este planteamiento es limitado y supone reducir el derecho a la información a ciertas y limitadas materias privilegiadas, sobre todo reduciéndolo en cuanto libertad frente a los poderes públicos (libertad de ideas, religión, arte o ciencia)¹⁵⁹. Argumento también que supone que mientras el derecho a la información impide cualquier control si se habla de control previo como posibilidad en la publicidad.

A pesar de éstos argumentos no hay razón suficiente para excluir del derecho fundamental de información al derecho de la publicidad. Desde luego el artículo 20 CE no establece esta reducción, sino que habla con carácter general. Los derechos fundamentales son previos a la Constitución y la Constitución lo que hace es recogerlos y la información es muy importante para una persona en su pleno desarrollo en una sociedad pluralista. También el considerar que existen materias privilegiadas supone ya realizar una opción y también plantearse quien la debe hacer¹⁶⁰. El art. 20 tiene un carácter generalizador manifestado incluso en la indiferencia del medio utilizado¹⁶¹.

El artículo 20 CE regula la libertad de expresión e información y establece distintos apartados para el primero y para el segundo, que están en el punto 1.a donde se diferencia el derecho <<a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción>>, del punto 1.d donde se reconoce el derecho <<a comunicar o recibir información veraz por cualquier medio de difusión>>¹⁶².

La libertad de expresión permite la manifestación del mundo interior del emisor y la libertad de información permite la comunicación de la realidad externa al emisor o comunicador, de los hechos objetivos. Esta doble distinción

¹⁵⁹En esta posición se entiende que el orden democrático se salvaguarda solo en cuanto estas materias son privilegiadas, para las demás no es necesario que sea un derecho fundamental.

¹⁶⁰Algo peligroso pues si lo determina el Poder puede aprovechar para recortar otros derechos de información, cercenando libertades civiles.

¹⁶¹Radio, televisión, prensa, etc.

¹⁶²También se ha incluido el derecho de propiedad intelectual e industrial, art. 20.1.b: <<a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica>>, que nos interesa menos en este trabajo.

del legislador podría hacer pensar que la publicidad no queda englobada de la garantía del artículo 20 CE¹⁶³.

Pero ambas libertades sustentan el derecho a la información, y se refieren a la comunicación publicitaria, pues es obvio que esta combina opinión y hechos¹⁶⁴.

También hay que tener en cuenta que la publicidad es un producto social e histórico determinado y nos ilustran acerca de un tipo de sociedad. Tampoco debemos olvidar lo que de creación artística tiene la publicidad, dimensión artística que es derecho fundamental también del art. 20.1 CE¹⁶⁵.

En cuanto a la protección de los derechos fundamentales de la sección 1º, del capítulo 2º del Título 1º de la CE, ya hemos visto el trato especial y privilegiado que le da el Constituyente -art. 53-, distinto a los demás derechos recogidos en la sección segunda del capítulo 2º¹⁶⁶, y también por supuesto del capítulo 3º¹⁶⁷. En lo que se refiere a nuestra cuestión, el art. 20 está en la sección primera, lo que entraña una protección y unas garantías máximas. La protección de estos derechos se manifiesta -conforme al art. 51- en cuanto a la legislación, a la Administración y a la jurisdicción.

En cuanto a la legislación por la necesidad de regulación por ley orgánica votada en Cortes, respetando su contenido esencial¹⁶⁸, con la posibilidad de recurso de inconstitucionalidad¹⁶⁹.

¹⁶³ También puede pensarse que <<con esta distinción ha querido precisarse subrayarse el valor que tiene la verdad en la información, valor que solo puede estimarse en pureza respecto de la información de hechos>>, CUESTA RUTE, en *Lecciones de derecho de la publicidad*, oc. p. 77.

¹⁶⁴ La opinión no sustentada en hechos no vale como opinión.

¹⁶⁵ Es el derecho de autor o propiedad intelectual, art. 20.1.b: <<Se reconoce el derecho a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica>>.

¹⁶⁶ Sección segunda del capítulo 2 de la CE: De los derechos y deberes de los ciudadanos. En una protección no tan fuerte o máxima como los derechos de la sección primera.

¹⁶⁷ Capítulo 3 de los principios rectores de la política social y económica. Elección más atenuada conforme a la legislación.

¹⁶⁸ El concepto de <<contenido esencial>> nos plantea cuestiones filosóficas complejas y que trascienden a este trabajo.

En cuanto a la Administración Pública, también queda vinculada al respeto de los derechos fundamentales, a tenor del art. 53 CE¹⁷⁰. Incluso por la vía del Recurso de Amparo cualquier ciudadano puede accionar en defensa de sus derechos fundamentales ante el Tribunal Constitucional, una vez haya agotado los recursos ordinarios¹⁷¹.

Pero si la libertad de información y expresión aparece con esa máxima protección y reconocimiento constitucional, nos planteamos como se puede engarzar el derecho de comunicación publicitaria en el ordenamiento jurídico. En la práctica el legislador ha regulado el derecho de la publicidad por Ley Ordinaria -incluso reglamento- y no por Ley Orgánica¹⁷².

Parece una contradicción, pero en la práctica sería una confirmación, pues es una muestra de que hay una mezcla de intereses cruzados en el tema de la publicidad, que permite ambas cosas a la vez, o sea él poder ser considerado una expresión del artículo 20 de la CE y a la vez ser regulada por Ley Ordinaria.

El anclaje que consideramos se hace en el artículo 20 de la CE y la especial protección del artículo 53 de la CE, hace que le sea aplicable plenamente el art. 20.2: "El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa"¹⁷³.

¹⁶⁹El art. 161 recoge el recurso de inconstitucionalidad y el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, intérprete supremo de la CE.

¹⁷⁰Art. 53 CE: Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo 2º del presente Título vinculan a todos los poderes públicos.

¹⁷¹Incluso con recurso final ante el TEDH.

¹⁷²Por ejemplo, la Ley General de Publicidad, de 11 de noviembre de 1988 y su reforma por el proyecto de ley de 16 de noviembre de 2001, la Ley de Competencia Desleal, de 10 de enero de 1991, la Ley general de Defensa de los Consumidores y usuarios, de 19 de julio de 1994, la Ley de envases y residuos de envases, de 24 de abril de 1997, también la normativa sobre publicidad en televisión. Con excepción de la normativa electoral y la propaganda electoral, que sí se regula por Ley Orgánica.

¹⁷³Mandato muy importante para la regulación de la publicidad, pues implica que de hecho no se puede imponer ninguna censura a la publicidad. Además, como señala Cuesta Rute <<el Tribunal Constitucional ha admitido un concepto muy amplio de censura, de modo que se tiene por tal cualquier injerencia de las Administraciones Públicas en el proceso normal de la comunicación o difusión a priori o previamente a que esta se produzca>>, en Lecciones de derecho de la Publicidad, oc. p. 83.

El derecho a la información es un derecho que contiene sus propios límites; estos se determinan por el fin del derecho y la causa del mismo. Este derecho, junto los demás, integra el conjunto de derechos humanos políticos, civiles, sociales y económicos de una sociedad¹⁷⁴.

La comunicación cuando es de publicidad esta determinada por lo anterior y se configura de manera distinta que cuando es de otra características. El limite son todos los derechos del Título I de la CE, sin excepción¹⁷⁵.

Es la función o finalidad de la publicidad comercial la que modula el contenido de este derecho de información. La publicidad no afecta a libertades frente al Estado sino a las relaciones de la economía de mercado¹⁷⁶.

La publicidad comercial busca fomentar la contratación mercantil entre los consumidores y usuarios y las empresas¹⁷⁷

El único limite para el ejercicio de estos derechos esta en los derechos reconocidos en el Título I CE (De los derechos y deberes fundamentales), en los preceptos de las leyes que los desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud, la mujer y la infancia¹⁷⁸. También recordar que solo el Juez puede acordar el secuestro de una publicación (art. 20.5 CE)¹⁷⁹.

¹⁷⁴Que no se contradice con la distinta terminología y protección se les dispensa en la CE.

¹⁷⁵El art. 20.4 de la CE efectivamente habla de respeto al <<honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la infancia y de la juventud>>, lo hace a título de mero ejemplo y como de los derechos que la experiencia demuestra que más se vulneran con la publicidad. También con la publicidad se puede afectar al derecho a la protección de los consumidores y usuarios del art. 51 de la CE, al disfrute del medio ambiente del art. 45 de la CE, entre otros principios rectores de política social.

¹⁷⁶Art. 38 de la CE: <<Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado>>. Modelo económico que excluye la planificación imperativa propia de los países del ex-campo socialista pero que admite un sector publico frente al privado, además de un amplio elenco de derechos sociales de los ciudadanos.

¹⁷⁷Aunque es una nota fundamental que la publicidad se impone al consumidor, con carácter de técnica persuasiva y manipuladora, mientras que el contrato de contrato mercantil en el mercado se puede negociar, dentro de la autonomía de las partes y la oferta y la demanda.

¹⁷⁸Art. 20 CE: 1. Se reconocen y protegen los derechos: a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.

b) Derecho positivo

La Constitución Española vigente se refiere al derecho de información en dos artículos de muy diferente alcance (art. 20 y art. 51).

La CE recoge en el art. 20.1.d): "Se reconocen y protegen los derechos: d) a comunicar y recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión".

La CE declara en su artículo 51.2 el derecho de los consumidores a la información¹⁸⁰. Art. 51. 2: "Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios". La ubicación de este artículo en el capítulo II del Título I de la Constitución Española lo configura como un derecho social, pero no fundamental.

Pero aunque el sistema de protección no es el privilegiado de los derechos fundamentales de la sección primera del capítulo I CE, también decir que la consideración de la Constitución como verdadera ley y no mera declaración de intenciones¹⁸¹ tiene sus consecuencias legales: una ley, por el principio de jerarquía normativa, no puede conculcar este derecho, y se puede declarar inconstitucional¹⁸². Según el art. 53.3 CE los <<principios rectores de política social y económica>> informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. También el ordenamiento jurídico de la Unión Europea lo configura como un derecho del más alto rango (art. 2)¹⁸³.

d. A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.

2. El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa.
¹⁷⁹ Art. 20.5 CE: Solo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial".

¹⁸⁰ Art. 51 CE: Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios.

¹⁸¹ Tesis de García de Enterría, sobre el valor normativo y jurídico de CE.

¹⁸² BOTANA GARCÍA y RUIZ MUÑOZ, *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, ed. McGrawHill, Madrid, 1999, p. 10.

¹⁸³ La Resolución 543/73, de la Asamblea del Consejo de Europa, estableció como derechos fundamentales del consumidor los siguientes: ... Derecho a la información y a la educación.

A nivel de legislación ordinaria se reconoce también este derecho de información al consumidor en la Ley General de Consumidores y Usuarios, Ley 26/84, de 11 de noviembre, (art. 2.1.d).¹⁸⁴ También reconoce a la publicidad entre los elementos que deben ser regulados y controlados para la eficaz protección de los consumidores (art. 4.1, e y art. 8.1); y, por último, enumera datos y circunstancias de los productos y servicios que habitualmente figuran en la publicidad (composición, precio, calidad y finalidad) (art. 13, 1, a, c y d).

El objetivo fundamental de este derecho de información <<es formar o instruir sobre los modos o mecanismos de defensa, o el asesoramiento, para facilitar al consumidor o usuario la elección, pero no dar noticia de un concreto producto o servicio>>¹⁸⁵.

Aunque por algún autor se resalta que, según la LGP (art. 2), la publicidad como <<forma de comunicación>> tiene un ámbito más amplio que la <<información>>¹⁸⁶.

Finalmente destacar otro derecho fundamental recogido en el artículo 20.1-b CE: "Se reconocen y protegen los derechos:

b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica".

Derecho constitucional que puede amparar también la producción de publicidad dentro de alguna de las variables previstas (como producción artística por ejemplo).

¹⁸⁴ Art. 2 LCU: 1. Son derechos básicos de los consumidores y usuarios: e) La información correcta sobre los diferentes productos o servicios.

¹⁸⁵ MARTI JESÚS, "La publicidad y el derecho deber de información" en Estudios sobre consumo, trabajo elaborado para el Libro homenaje al profesor Aurelio Menéndez, nº 33, 1995, p. 72.

¹⁸⁶ LEMA DEVESA, "La protección del consumidor en la Ley General de Publicidad", en *Curso sobre el nuevo derecho del consumidor*, Madrid, 1990, p. 108.

CAPITULO SEGUNDO: ANALISIS DEL DERECHO COMPARADO

I INTRODUCCION	79
II REGIMEN GENERAL EN EUROPA	80
III RÉGIMEN EN BÉLGICA: TRADICION PROHIBICIONISTA	
1. Introducción	82
2. La regulación del Arrete Royal de 1934	83
3. Loi sur les pratiques du comerce de 1971	84
4. Loi sur les pratiques du commerce et sur information et la protection du consommateur de 1991	85
5. Traslación al derecho belga	85
IV RÉGIMEN EN DERECHO FRANCES: TRANSICION	
1. Posición inicial prohibicionista y sus excepciones	85
2. Repercusiones del auge del movimiento de los consumidores 	87
3. Loi renforçant la protection des consommateurs de 1992	88
4. Traslación al derecho francés	91
V RÉGIMEN RESTRICTIVO EN DERECHO ALEMAN	
1. Prohibición de la publicidad comparativa	91
A) Excepciones	92
B) Comparación en legítima defensa	92
C) Comparación a petición de la clientela	93
D) Comparación necesaria para la explicación de un progreso técnico	94

2. Evolución del derecho alemán	95
3. Autorregulación	95
4. Traslación al derecho alemán	95

VI SISTEMA PROHIBICIONISTA EN EL DERECHO DE ITALIA

1. Publicidad comparativa directa e indirecta	96
2. Supuestos excepcionales	98
3. Revisión de la posición restriccionista	99
4. Autorregulación	99
5. Traslación de la Directiva sobre publicidad comparativa ...	101

VII RÉGIMEN FAVORABLE A LA PUBLICIDAD COMPARATIVA EN EL DERECHO SUIZO

1. Admisión inicial de la publicidad comparativa	101
2. La UWG de 19 de diciembre de 1986	102
3. Cuatro supuestos actuales de publicidad ilícita en Derecho suizo	103

VIII REGIMEN LEGAL DE ESTADOS UNIDOS DE AMERICA Y CANADA

1. Introducción: legislación estatal	104
A) Legislación Federal: Federal Trade Comision Act	105
B) The Lanham Act of 1946	106
C) Los medios de comunicación	106
D) Asociación Americana de Agencias de Publicidad	107
E) Autorregulación publicitaria	107
2. Canadá	
A) Introducción	109

B) Autorregulación	110
---------------------------------	------------

IX REGULACION EN OTROS PAISES

1. Introducción	110
2. Cámara de Comercio Internacional	111
3. Republica de Santo Domingo	112
4. El derecho colombiano sobre publicidad comparativa	113
5. Situación en Perú	
A) Introducción	116
B) Principios y requisitos de la publicidad comparativa	119
C) Resolución Procter Gamble del Perú SA vs Productos Sanitarios Sancela Perú SA	
a) Introducción	122
b) Análisis de las cuestiones en discusión	123
c) Presunta infracción al principio de veracidad	131
d) Presunta infracción al principio de lealtad	133

I. INTRODUCCIÓN

A) Planteamiento general

En el derecho comparado el régimen legal de la publicidad comparativa ha sido muy diferente de unos países a otros. Según se tratase de países muy industrializados o no, se ha pasado de una posición de prohibición a otra de tolerancia más o menos absoluta. Es en estos últimos siete años donde se han dado cambios significados en muchos países pasando a un reconocimiento legal de la publicidad comparativa, con influencia de fondo de la globalización, sobre todo en la Unión Europea con la aprobación de la Directiva 97/55/CE sobre publicidad comparativa.

Fuera de Europa la situación es peor, la publicidad comparativa se ha visto con recelo en la mayoría de los países, con la excepción de Estados Unidos de Norte América, donde se inicia este tipo de publicidad en los años 60 del siglo pasado. También Canadá se aproxima al modelo de Norte América. Recientemente, en algunos países, se ha adoptado una aptitud favorable, como Colombia, donde en 1996 se aprobó una ley que reconocía la publicidad comparativa, también Argentina, Chile o Perú apuestan claramente por ésta publicidad.

Paralela a la situación legal de la publicidad comparativa es de destacar el fenómeno de la autorregulación operado por el sector privado que interviene en el mercado publicitario (agencias de publicidad, anunciantes y medios de difusión, como la televisión). El sector privado ha regulado este fenómeno para evitar la intromisión administrativa y la vía judicial, más lenta e inconveniente para los entes que intervienen en este fenómeno. Así han creado y aprobado códigos éticos de conducta publicitaria que se comprometen a respetar las agencias de publicidad y demás entidades privadas adheridas voluntariamente; también se compromete a resolver sus discrepancias en esta materia por los jurados creados por ellos mismos, donde se puede reclamar para todas aquellas agencias adheridas. La decisión de estos jurados es aceptada y

respetada por todos los entes asociados. Este fenómeno extrajudicial tan importante ha ido creciendo constantemente y se ha dado tanto en Estados de América como en Europa. En Estados de América recibe diversos nombres:

- Estados Unidos de Norte América: La asociación de más prestigio es el Council of better Business Bureaus (CBBB) o Consejo de las Oficinas para mejorar los negocios.

- Republica Dominicana: es el CODAP. El Código de Ética Publicitaria de la República Dominicana, es el documento de autorregulación preparado por la Liga Dominicana de Agencias Publicitarias (LIDAP), la Asociación Dominicana de Anunciantes (ADAN), y la Asociación Dominicana de Radio Difusoras (ADORA)

- Colombia: Comisión Nacional de Autorregulación Publicitaria, en siglas CONARP.

- En Europa, incluida España, el fenómeno de la autorregulación también esta muy extendido, creciendo constantemente.

A continuación estudiaremos la situación en Europa y otros países

II REGIEMN GENERAL EN EUROPA

En el seno de la Unión europea, al discutir la aprobación de la Directiva sobre publicidad engañosa,¹⁸⁷ se planteó que se incluyera, junto a la publicidad engañosa, también la competencia desleal y la publicidad comparativa, pero la oposición de países como Alemania y otros¹⁸⁸, donde no se autorizaba, impidió que se regulara conjuntamente.

¹⁸⁷ Directiva del Consejo de 10 de septiembre de 1984 relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en material de publicidad engañosa (84/455/CEE).

¹⁸⁸ Véase por todos TATO PLAZA, *La publicidad comparativa*. También DEL BARRIO GARCIA, *La publicidad comparativa situación...*, oc. p. 64.

Pero la aprobación de la Directiva sobre publicidad engañosa no dejó zanjado el problema. Los Estados miembros de la Unión Europea eran consciente de que las grandes diferencias en materia de publicidad comparativa era un obstáculo a esa Europa homogénea que querían. Incluso en aquellos países donde estaba autorizada, su práctica era poco frecuente.

En Europa, unos países: Suecia¹⁸⁹, Francia, España, Dinamarca¹⁹⁰, Inglaterra¹⁹¹, Grecia¹⁹², Irlanda¹⁹³, Portugal¹⁹⁴, y Austria reconocían y autorizaban a la publicidad comparativa, siempre que la comparación fuera veraz, no engañosa y no innecesaria, autorizándose incluso el que se mostrase la marca de un competidor en la publicidad comparativa¹⁹⁵. En Italia se tenía un sistema similar, pero su institución de autocontrol permitía solo la publicidad comparativa indirecta, como veremos en páginas más adelante

¹⁸⁹ En Suecia tanto la ley como el organismo de autodisciplina publicitaria permiten la publicidad comparativa siempre que sea completa, informativa y pueda ser probada por el anunciante.

¹⁹⁰ Como señala BACHARACH DE VALERA, *En torno a la publicidad comparativa*, <<La Ley de Prácticas Comerciales de 14 de junio de 1974 no prohíbe la publicidad comparativa como tal. Ahora bien ésta no debe ser falsa, engañosa o indebidamente incompleta. El Tribunal Comercial y Marítimo de Copenhague ha confirmado repetidas veces la licitud de la publicidad comparativa. En la Ley, 262, p. 272.

¹⁹¹ En el Reino Unido está permitida la publicidad comparativa siempre que sea veraz y no induzca a error, pronunciándose en los mismo términos los organismos de autorregulación publicitaria –Advertising Standards Authority ASA y la Independent Broadcasting Authority IBA– que la justifican en base a que da información al consumidor y favorece la competencia.

¹⁹² En Grecia no hay una normativa específica y los Tribunales la consideran lícita si no denigra innecesariamente al competidor, la entidad de autodisciplina –Enossi Diafimistikon Etairion Elladas– considera lícita siempre que sea veraz, objetiva y respete las normas de competencia leal.

¹⁹³ En Irlanda con la aplicación de Consumer Information Act de 1978 se reconoce esta publicidad siempre que no sea engañosa; el organismo regulador de la autorregulación Advertising Standard Authority for Ireland admite esta publicidad siempre que sea veraz y útil a los consumidores.

¹⁹⁴ BACHARACH DE VALERA, *En torno a la publicidad comparativa*, <<El Decreto Ley [portugués] nº 303/83 de 28 de junio de 1983 permite, en principio la publicidad comparativa, ésta no se considera de por sí un acto de competencia desleal. En el art. 18 de dicho Decreto Ley se afirma que será lícita siempre que no sea engañosa, denigratoria ni cree confusión entre marcas, productos, servicios o empresas competitivas>>. En la Ley, 262, p. 274. También BARRIO GARCIA, *La publicidad comparativa, situación...*, oc. p. 66. El Instituto Civil de Autodisciplina da publicidades establece que la publicidad comparativa debe basarse en hechos objetivamente verificables y deben elegirse de forma equitativa.

²⁰² En Inglaterra la alusión engañosa se consideraba ilícito penal, ídem. por todos VALLE FECED y PETER HOFER, “La regulación de la publicidad comparativa”, *Derecho de los negocios*, junio 1999 p.13.

En el caso de Holanda¹⁹⁶, Finlandia¹⁹⁷ y en cierta medida también en Alemania, se exigía autorización para utilizar la publicidad comparativa, con lo cual se restringía esta publicidad. En Bélgica, la tradición prohibicionista era la más fuerte, como ahora veremos.

Por la importancia del Derecho comparado en esta materia, abordaremos el estudio particular de algunos Estados y su regulación de la publicidad comparativa, teniendo en cuenta que con la aprobación de la Directiva 97/55/CE, el día 6 de octubre de 1997, la publicidad comparativa es reconocida en todos los Estados miembros de la Unión Europea.

III RÉGIMEN EN BÉLGICA: TRADICION PROHIBICIONISTA

1. Introducción

La situación en Bélgica, empezó siendo también prohibitiva de la publicidad comparativa. Efectivamente tanto la jurisprudencia como la doctrina, como finalmente la Ley prohibían la publicidad comparativa¹⁹⁸.

El fundamento de la prohibición fue, como en Francia, el Código Civil y el principio de responsabilidad civil aquiliana. Después será el Arrete Royal¹⁹⁹, la Ley sobre prácticas de comercio de 1971²⁰⁰ y, finalmente, la Ley sobre las prácticas del comercio y sobre la información y protección de los consumidores de 1991.

¹⁹⁶ Con fecha 28-03-2003 se traslada la Directiva de Publicidad Comparativa al Derecho holandés. Hasta entonces no había normativa específica sobre ésta publicidad, aplicándose el Código Civil, con una tradición doctrinal contraria, por el contrario el Código de Autodisciplina publicitaria (Stichting Reclame Code) es favorable a la publicidad comparativa siempre que sea objetiva, no denigre a la competencia y no induzca a error. También se admite la utilización de tests comparativos de las Asociaciones de Consumidores.

¹⁹⁷ En Finlandia se admite la publicidad comparativa si esta es cierta y equitativa.

¹⁹⁸ Franco, *Unfair advertising and comparative advertising*, p. 140, También BARRIO GARCIA, *La publicidad comparativa...*, oc. p. 65.

¹⁹⁹ Aunque no se prohibía expresamente la prohibición de la publicidad comparativa, se mantuvo la línea jurisprudencia prohibitiva.

²⁰⁰ Que sí la prohíbe expresamente, nota del autor.

Durante toda esta época, la comparación con la competencia se consideraba, por principio ilícita, con independencia de que la afirmación fuera verídica o falsa²⁰¹. La doctrina afirmaba, siguiendo la tendencia de la época que <<un anuncio por comparación, cualquiera que sea su forma, es siempre un acto de denigración>>²⁰².

Con posterioridad a la Ley de 1971 han aparecido tendencias favorables en la doctrina a la aceptación de la publicidad comparativa, a raíz del fenómeno del movimiento de las asociaciones de consumidores y con los mismos argumentos que en otros países²⁰³.

El fundamento de la prohibición va a ser doble, por un lado proteger el crédito comercial, como el honor lo es para el militar, y, en segundo lugar, la protección del producto ajeno²⁰⁴.

2. La regulación del Arrete Royal de 1934

Por tanto con anterioridad a la regulación del Arrete Royal, la jurisprudencia y la doctrina se oponían a la publicidad comparativa sobre la base de dos argumentos: la importancia del crédito para el comerciante y la prohibición de hablar del comerciante sin permiso del mismo²⁰⁵.

La aprobación de la Arrete Royal no supuso cambio en la línea anterior, y además basándose en el mismo doble fundamento. El art. 2.b) establecía que <<comete un acto contrario a los usos honestos en materia mercantil aquel que difunde imputaciones falsas sobre la persona, la empresa, las mercancías o el personal de un competidor>>. Por el adjetivo <<falso>> se podría pensar que

²⁰¹ La jurisprudencia belga afirmaba <<la falta es aun más grave si las afirmaciones [...] son en gran parte inexactas>> [citado por TATO PLAZA del Tribunal de Comercio de Bruselas, sentencia de 7-2-1924, *Ing. Cons.*, 1924, p. 65. La comparación siempre está prohibida, agravándose si además es falsa.

²⁰² MOUREAU, *Traite de la concurrence illicite*, p. 189.

²⁰³ O sea la protección de los intereses de los consumidores. FRANCO, *Unfair advertising and comparative advertising*, p. 144-145.

²⁰⁴ Véase para esta cuestión TATO PLAZA, *La publicidad comparativa*, p. 134. Destacando la máxima extendida en la doctrina belga <<el competidor tiene derecho a que no se hable de él, incluso para decir la verdad>>.

²⁰⁵ MOUREAU, *Traite de la concurrence illicite*, p. 179

se autorizaba la publicidad verídica, pero la jurisprudencia no lo entendió así. Se condenaba la comparación verídica por la regla del art. 1 que condena la competencia desleal en general²⁰⁶. De ninguna manera se podía hacer referencia al competidor en la publicidad. Como señala De Gryse²⁰⁷, <<esta aptitud vino inspirada por la idea de que el competidor tiene derecho a exigir que no se hable de él, incluso para decir la verdad>>.

No obstante la situación anterior, se reconocieron cuatro excepciones: legítima defensa, comparación a petición de la clientela, derecho de crítica y referencia necesaria.

3. Loi sur les pratiques du commerce de 1971

La tradición doctrinal y jurisprudencial tuvo su reflejo en esta Ley, manteniendo la misma orientación de prohibición de la publicidad comparativa. Aunque el artículo 20.2 prohibía la publicidad comparativa, su enunciado permitía cierta interpretación más flexible, sin embargo los tribunales mantuvieron la clásica dureza de prohibición, pues el término que contenía de licitud de la comparación por una necesidad absoluta lo interpretaron de manera restrictiva y negativa. Por lo tanto, sólo se mantenían las cuatro excepciones que ya existían: legítima defensa, comparación a petición de la clientela, derecho de crítica y referencia necesaria.

Con el paso del tiempo, y sobre todo a partir de los años 80, se abrió paso una doctrina más permisiva con la publicidad comparativa, resaltando que la situación existente sólo atendía al interés del consumidor, pero se olvidaba de los consumidores. Así en algunas sentencias se destaca la importancia de la comparación para la información de los consumidores y que la prohibición de la publicidad sólo era relativa, sometida a ciertos límites²⁰⁸.

²⁰⁶ DE GRYSSE, *Ing. Cons.*, 1972, .p. 101.

²⁰⁷ DE GRYSSE, *Ing. Cons.*, 1972, p. 101.

²⁰⁸ Tribunal de Apelación de Bruselas, sentencia de 3-6-1983, *Ing. Cons.* 1983, p. 205 ss.

4. Loi sur les pratiques du commerce et sur information et la protection du consommateur de 1991

La Ley sobre las prácticas del comercio y sobre la información y protección de los consumidores de 1991, sigue en la línea tradicional sobre prohibición de la publicidad comparativa. Frente a la evolución en el derecho comparado y los intentos de algunos diputados²⁰⁹.

Con esta Ley, Bélgica continúa su la línea tradicional, desconociendo los grandes cambios habidos en la evolución de la protección del consumidor y en el derecho comparado, aferrado a la máxima de que <<el competidor tiene derecho a que no se hable de él, incluso para decir la verdad>>, idea exacerbada de protección de la pequeña y mediana empresa. Con la aprobación de la Directiva sobre publicidad comparativa Bélgica también ha tenido que adaptarse.

El sistema de autorregulación publicitaria belga, organizado en el Jury de Ethique Publicitaire, ha seguido la pauta prohibicionista de la ley sobre esta materia.

5. Traslación al derecho belga²¹⁰

La Loi du 25 mai 1999 modifica la anterior Loi du 14 juillet 1991 sobre las practicas de comercio trasladando la Directiva sobre publicidad comparativa al derecho belga.

IV RÉGIMEN EN DERECHO FRANCES: TRANSICION

1. Posición inicial prohibicionista y sus excepciones

²⁰⁹ Haciéndose eco de la doctrina y de las nuevas tendencias doctrinales, hubo intentos del gobierno y del Diputado Degroeve de aprobar la publicidad comparativa vermicida, pero la reforma no prosperó.

²¹⁰ La publicité comparative, ucm.be/ua/9941/juridic.htm [en línea] <google> [consulta : 4-04-2003].

Desde la creación del modelo napoleónico de Derecho Civil, el artículo 1382 del Código Civil era invocado como base de la represión de la publicidad ilícita y de la publicidad denigrante, que era la forma en que se consideraba en Francia a la publicidad comparativa²¹¹. Se establecía una equiparación de publicidad comparativa igual a denigración²¹². Asimismo el artículo 422 del Código Penal castigaba la utilización de la marca ajena sin permiso del titular.

Esta prohibición afectaba a cualquier comparación, aunque los datos presentados por la competencia fueran verídicos, pues siempre se consideraba competencia desleal²¹³. La comparación también se prohibía aunque fuera indirecta, sin citar los nombres de los competidores, siempre que se pudiera identificar al competidor por los consumidores. Únicamente cuando no se podía identificar al competidor se consideraba la publicidad lícita²¹⁴.

También se prohibía la comparación aunque los datos que se aportaran de la competencia fueran ciertos y veraces²¹⁵.

La prohibición de la comparación afectaba a todo, tanto si se comparaban precios como si se comparaba la calidad²¹⁶. Como conclusión en este tema, existía una regla de oro en el país galo: no ocuparse del vecino²¹⁷. Como excepciones a esta prohibición estaban: el derecho de crítica, la legítima defensa y la defensa de los intereses legítimos.

El derecho de crítica se refiere a la libertad de expresar la propia opinión y poder manifestar una opinión negativa sobre los productos o servicios

²¹¹ WILHEM "Publicité comparative. Le nouveau cadre juridique", wilhem.com [en línea] google [consulta: 4-04-2003]. FRANCO, *Unfair advertising and comparative advertising*, p. 148. Fourgoux, *Gaz. Pal.*, 1985, *Doctr.* p. 138.

²¹² Fourgoux, *Gaz. Pal.*, 1985, *Doctr.*, p. 138.

²¹³ Fourgoux, *Gaz. Pal.*, 1985, *Doctr.*, p. 138.

²¹⁴ Franco, *Unfair advertising and comparative advertising*, p. 150.

²¹⁵ Franco, *Unfair advertising and comparative advertising*, p. 150.

²¹⁶ La Sentencia del Tribunal de París, de 3-3-1936, condenaba por competencia desleal a una empresa de limpieza que se anunciaba un 6% más barato que la competencia nominativamente designada. *Ann.* 1936 pp. 367 ss. En sentido idéntico pero sobre la calidad, es la sentencia que prohíbe una publicidad de unos tests oficiales sobre capacidad de adherencia al suelo de neumáticos, donde los neumáticos de más adherencia al suelo son los del anunciante, S., del Tribunal de París de 14-2-1958, *Ann.* 1959, pp. 90 ss.

industriales o comerciales²¹⁸. Esta excepción es inaplicable a la comparación publicitaria porque esta siempre supone referirse a la competencia, de manera directa o indirecta²¹⁹.

La legítima defensa estaba permitida para poder defenderse el competidor perjudicado por un acto de denigración. Los requisitos eran dos: a) primero que haya un acto previo de ataque al comerciante en la competencia leal, b) que el comerciante aludido se limitara a defenderse, no pudiendo pasar al ataque del competidor²²⁰.

La defensa de intereses legítimos, como defensa de intereses jurídicamente relevantes se planteó poco en la práctica²²¹.

La aprobación de la Directiva sobre Publicidad engañosa también permitía entender que los Estados miembros podían prohibir la publicidad comparativa²²².

2. Repercusiones del auge del movimiento de los consumidores

El movimiento de los consumidores de los años 70 del pasado siglo y su progresiva influencia en la opinión pública origina un cambio en cuanto a la posición tradicional sobre los derechos de los consumidores y sobre la prohibición de la publicidad comparativa²²³.

²¹⁷ CHAVANNE DE, RTDC, 1969, p. 76, citado por TATO PLAZA, *La publicidad comparativa*, p.123.

²¹⁸ HULDELMAIER, *Die neuere praxis zur vergleichenden Werbung*, p. 108.

²¹⁹ HULDELMAIER, *Die neuere praxis zur vergleichenden Werbung*, p. 108.

²²⁰ HULDELMAIER, *Die neuere praxis zur vergleichenden Werbung*, p. 109. FRANCO, en *Unfair advertising and comparative advertising*, p. 150.

²²¹ HULDELMAIER, *Die neuere praxis zur vergleichenden Werbung*, p. 109.

²²² WILHEM "Publicité comparative. Le nouveau cadre juridique", wilhem.com [en línea] google [consulta: 4-04-2003].

²²³ BONET, en *Le nouveau Droit des marques en France*, P. 117; en cuanto a la influencia de las asociaciones de consumidores y el movimiento de consumidores en la evolución del régimen jurídico de la publicidad comparativa, vid TATO PLAZA, RDM, 1992, p. 864.

Estas nuevas tendencias tendrán una cristalización en diversos informes y disposiciones. El Consejo Económico y Social, en 1980, se pronunció a favor, y también la Comisión de codificación del Derecho del consumo (en 1985)²²⁴.

No obstante las nuevas tendencias, el legislador galo no dio el paso decisivo hasta la Ley de 1992. Hasta entonces marca un hito decisivo la sentencia del Tribunal de Casación francés de 22 de julio de 1986²²⁵. El Tribunal de Casación francés se pronunció sobre el siguiente caso: el 12-12-1983, el supermercado Carrefour de Bourges hizo pública una tabla comparativa de precios en diversos periódicos. En esta tabla se comparaban los precios de la empresa con los de otras tres de la competencia. Denunciada la publicidad, los dos tribunales anteriores al Tribunal de Casación la condenaron por ilícita²²⁶. Sin embargo, el Tribunal de Casación consideró que <<no es ilícita una publicidad que se ciña a una comparación de precios de productos idénticos que son vendidos, bajo las mismas condiciones, por comerciantes diferentes, contribuyendo así a asegurar la transparencia de un mercado sometido a un régimen de competencia>>. Con esta importante sentencia se autorizaba la publicidad comparativa, siempre que ésta se refiera al mismo producto, a su precio y que los datos fueran verídicos.

De esta manera, la jurisprudencia había allanado el terreno al reconocimiento de la publicidad comparativa, siendo la Loi renforçant la protection des consommateurs de 1992 la que autoriza la publicidad comparativa.

3. Loi renforçant la protection des consommateurs de 1992

²²⁴ BONET, en *Le nouveau Droit des marques en France*, P. 117. También destaca el cambio producido en el Código de prácticas leales en materia de publicidad de la Cámara de Comercio Internacional, que regula ex novo la publicidad comparativa en su art. 5: <<cuando la publicidad contenga una comparación, esta no debe ser apta para inducir a error al consumidor y debe respetar los principios de la competencia leal. Los elementos de la comparación deben apoyarse sobre datos verificables y deben ser elegidos lealmente>>. (citado a través de Pirovano, D., 1974, P. 285). Destacar la influencia entre la Cámara de Comercio Internacional y el derecho francés por estar ubicada en su suelo.

²²⁵ Tribunal de Casación francés, sentencia de 22-7-1986, D., 1986, p. 436.

²²⁶ Tribunal de Comercio y el Tribunal de Apelación de Bourges.

Esta ley rompe la dinámica legal anterior, donde cualquier intento legal de aprobar una Ley de publicidad comparativa significa una inmersión larga en las aguas de dicha ley²²⁷. Basada en un proyecto de 1991 para reforzar la protección del consumidor, en su art. 10 preveía la autorización de la publicidad comparativa y fue aprobada el 10 de enero de 1992.

En su artículo 10 autoriza la publicidad comparativa en los términos siguientes: <<1. La publicidad que compare bienes o servicios utilizando, bien la citación o la representación de la marca de fábrica, de comercio o de servicio de otro, bien la citación o la representación de la razón social o de la denominación social, del nombre comercial o del rótulo de otro, se autoriza cuando sea leal, verídica y no sea apta para inducir a error al consumidor. Debe limitarse a una comparación objetiva que no puede versar más que sobre características esenciales, significativas, pertinentes y verificables de bienes o servicios de la misma naturaleza y disponibles en el mercado. Cuando la comparación verse sobre los precios, deberá referirse a productos idénticos, vendidos bajo las mismas condiciones, e indicar el periodo durante el cual se mantendrán los precios mencionados como propios por el anunciante. La publicidad comparativa no podrá apoyarse sobre opiniones o apreciaciones individuales o colectivas. Ninguna comparación podrá tener como fin principal el de aprovecharse de la notoriedad vinculada a una marca. Ninguna comparación podrá presentar los productos o servicios como la imitación o la replica de productos o servicios provistos de una marca previamente depositada. Para los productos que se benefician de una denominación de origen controlada, no se autoriza la comparación más que a condición de que sea sobre productos que se benefician de la misma denominación. Se prohíbe hacer aparecer los anuncios comparativos definidos en el presente artículo sobre los embalajes, las facturas, los títulos de transporte, los medios de pago o los billetes de acceso a espectáculos o lugares abiertos al público. El anunciante por cuenta del cual se difunda la publicidad definida en el presente artículo debe probar la exactitud de sus alegaciones, indicaciones o presentaciones. Con anterioridad a cualquier tipo de difusión, debe comunicar

²²⁷ Como el monstruo del lago Ness, que aparecía y desaparecía, con los vaivenes propios de la época que tocara.

el anuncio comparativo a los profesionales afectados, con una antelación por lo menos igual a aquella exigida, según el tipo de soporte utilizado, para la anulación de una orden de publicidad. Las inserciones realizadas en la prensa para una publicidad como la definida en el presente artículo no dan lugar a la aplicación del art. 13 de la Ley de 29 de julio de 1882, sobre libertad de prensa, ni del art. 6 de la Ley 82-652, de 29 de julio de 1982, sobre la comunicación audiovisual. 2. Sin perjuicio de la aplicación del art. 1.382 del Código Civil, las infracciones de las disposiciones del párrafo 1 del presente artículo serán, llegado el caso, castigadas con las penas previstas, por un lado, por el art. 44 de la Ley 73-1193, de 27 de diciembre de 1973, de orientación del comercio y del artesanado, y, por otro lado, por los artículos 422 y 423 del Código Penal. 3. A más tardar el 2 de abril de 1994, el Gobierno depositará en la Oficina de las Asambleas un informe que evalúe las consecuencias de la aplicación de las disposiciones del presente artículo, y que proponga modificaciones legislativas o reglamentarias que pareciesen necesarias. Un Decreto aprobado en el Consejo de Estado precisará, en lo que resulte necesario, las modalidades de aplicación del presente artículo>>²²⁸.

Aunque este artículo 10 citado supuso la autorización de la publicidad comparativa, provocó rechazos y celos desde diversos campos. Desde el campo empresarial se opusieron con un recurso de inconstitucionalidad en cuanto suponía un ataque a la propiedad privada, por la posibilidad de citar la marca por la competencia. El Tribunal Constitucional rechazó el recurso por entender que la propiedad no era un derecho absoluto y estaba supeditado al interés general²²⁹. La restricción al derecho de marcas era lícita en cuanto se justificaba por el interés general.

Las asociaciones de consumidores también se encontraron decepcionados por el art. 10 porque imponía muchas restricciones, haciéndolo poco operativo. Consideraban que se había aprobado por un legislador

²²⁸ Este art. 10 fue incorporado al Code de la Consommation francés, de 26 de julio de 1993, L. 93-949, (D. 1993, pp. 411 ss.).

²²⁹ Tribunal Constitucional, sentencia de 15-01-1992, *GRUR* Int. 1992, pp. 464 ss.

presionado por las circunstancias, como la próxima aprobación de la Directiva sobre publicidad comparativa, pero que no creían en él²³⁰.

4. Traslación al Derecho francés

Con la aprobación de la Directiva sobre publicidad comparativa el Parlamento francés aprueba la Ley de 3 de enero de 2001 para trasladar dicha Directiva. En base a dicha Ley el Gobierno francés aprueba la Ordonance du 23 aout 2001 para hacer efectiva esta traslación.

El código de disciplina publicitaria del Bureau de verification de la publicite (BVP), se refería a este tipo de publicidad en línea con la Loi renforçant la protection des consommateurs de 1992, con la nueva normativa ésta será la referencia.

V RÉGIMEN RESTRICITIVO EN DERECHO ALEMÁN

1. Prohibición de la publicidad comparativa

En un principio y hasta el cambio doctrinal de 1.916, la posición de la Ley y la jurisprudencia era favorable a la publicidad comparativa. Esto era consecuencia de la aplicación del liberalismo económico, para el cual decir la verdad en publicidad no podía ser ilícito²³¹.

Tanto la promulgación de la UWG en 1909, como la jurisprudencia de la época iban en esta dirección de licitud de la publicidad comparativa²³².

²³⁰ TATO PLAZA, *La publicidad comparativa*, p. 30.

²³¹ Vid. entre otros MEYER, *Die vergleichende vergleich ende Werbung*, pp. 69-72. TATO PLAZA, *La publicidad comparativa*, oc. p. 167.

²³² RG, sentencia de 11-6-1908, 1908, p. 482, resolviendo a favor de una empresa anunciante de un zumo de uvas, que se presentaba de mas calidad que otras como la demandante, citándola expresamente. También la sentencia de RG de 26-11-1912, en que se comparaban dos marcas de jabones, afirmando el RG que: <<cuando lo que se afirma de un producto es cierto, no existe fundamento legal ninguno para una demanda ni en la Ley contra la competencia desleal ni en los parágrafos 823 y siguientes del Código Civil>>.

Pero aparte este primer periodo, en Alemania se ha seguido la línea tradicional de prohibición de la publicidad comparativa, siendo la fecha decisiva de la implantación de esta teoría en 1916, con el trabajo de KOHLER²³³, que propugnaba la ilicitud de la publicidad comparativa, manteniéndose esta prohibición por un largo periodo de tiempo y hasta los años 90 y la aprobación de la Directiva sobre publicidad comparativa²³⁴.

A) Excepciones

Frente a esta regla general, la excepción serán las comparaciones lícitas, que se consideraran tales cuando exista un <<motivo suficiente>> (*hinreichender Anlass*), que justifique la comparación dentro de lo razonable²³⁵.

Como excepciones, se han tenido hasta ahora las siguientes: a) comparación en legítima defensa, b) comparación a petición de la clientela, c) comparación necesaria para la explicación de un progreso técnico o económico, y d) comparación necesaria para la información de los consumidores. En este último caso sólo una necesidad especial de obtener información, sino sólo se admite una referencia indirecta a los precios o la calidad de los productos²³⁶.

B) Comparación en legítima defensa

²³³ KOHLER, *Persönliche und sachliche Reklame in der Grossindustrie*, *MuW*, pp. 127 ss. También el artículo de LOBE, en la misma revista [*MuW*, XIV, pp. 129 ss.], en el mismo sentido, con frase celebre: <<en la competencia económica, nadie puede engalanarse con plumas ajenas>> (<<man darf beim Wettbewerb nicht mit fremdem kalbe pflügen>>).

²³⁴ La Ley Alemana de Marcas de 1995 supone un cambio en esta orientación, admitiendo la publicidad comparativa, señalando en su exposición de motivos: la utilización de la marca de un competidor en la publicidad comparativa no constituye por regla general una violación del Derecho de marca, porque, en la medida en que la publicidad comparativa es lícita, la marca ajena no se usa en relación con los productos o servicios del anunciante, sino como simple alusión a los productos o servicios del competidor (a quien pertenece la marca). Vid Fernández Novoa, el uso de la marca ajena, p. 4.

²³⁵ El concepto <<motivo suficiente>> es un concepto abierto, por lo que cabe que la jurisprudencia pueda seguir admitiendo nuevas excepciones a la regla general de la prohibición de la publicidad comparativa.

²³⁶ Vid. entre otros, GÖDDE, *Grenzen und Zulässigkeit der vergleichenden Werbung*, p. 34, TATO PLAZA, *La publicidad comparativa*, oc. p. 171.

Esta primera excepción permite hacer publicidad comparativa y citar a la competencia, pero siempre sobre la base de un ataque anterior ilegítimo de la competencia (Abwehrvergleich)²³⁷.

Los requisitos de validez de la legítima defensa son: a) Debe existir un ataque ilegítimo contra el anunciante, que no es necesario que sea sólo a él, pero también contra él. El ataque no tiene que realizarse por medio de una comparación publicitaria, sino podía consistir por ejemplo en un ataque al derecho de patente²³⁸. Asimismo, la publicación del anuncio en legítima defensa, debe realizarse en el periodo en que se sufre el ataque, no extemporáneamente²³⁹. Asimismo debe ser un medio necesario para repeler la agresión, compatible con la vía judicial, tratándose de evitar los perjuicios que se le puedan causar al perjudicado²⁴⁰.

b) Además la comparación debe ser verídica y objetiva y el público destinatario debe poder identificar perfectamente que es un acto de legítima defensa²⁴¹.

C) Comparación a petición de la clientela

Este supuesto supone que es el consumidor el que solicita al comerciante que le explique las diferencias de su oferta con las de la competencia. También se ha admitido por la jurisprudencia²⁴², pudiéndose también definir unos requisitos o presupuestos de admisión:

a) La petición del consumidor debe ser una iniciativa propia, expresa y concreta, no ser inducida por el anunciante.

²³⁷ HULDELMAIER, *Die neuere praxis zur vergleichenden Werbung*, p. 36.

²³⁸ Caso de la sentencia de RG, de 25-1-1, GRUR 1943, p. 181.

²³⁹ Vid. por todos TATO PLAZA, *La publicidad comparativa*, p. 172.

²⁴⁰ Vid., entre otros GÖDDE, *Grenzen und Zulässigkeit der vergleichenden Werbung*, p. 35, TATO PLAZA, *La publicidad comparativa*, oc., p. 172.

²⁴¹ Vid. entre otros GÖDDE, *Grenzen und Zulässigkeit der vergleichenden Werbung*, p. 34, TATO PLAZA, *La publicidad comparativa*, oc., p. 173.

²⁴² EICHMANN, *Die vergleichende Werbung in Theorie und praxis*, p. 194.

b) La respuesta del anunciante no debe ser un cheque en blanco, sino que debe atenderse a la pregunta, debiendo ser objetiva y atenderse a proporcionar aquella información solicitada.

c) La comparación debe ser verdadera y objetiva, siendo ilícitas las denigraciones del competidor. Una comparación que descalifica sería ilícita, por intentar sugestionar negativamente al consumidor contra la competencia.

D) Comparación necesaria para la explicación de un progreso técnico

Esta modalidad de publicidad comparativa se deriva de la necesidad que tiene el empresario de dar a conocer a los consumidores una novedad técnica, lo cual le obliga a realizar una comparación con el estado de la técnica existente hasta ese momento²⁴³.

El fundamento de esta excepción es que el interés del empresario anunciante en dar a conocer el progreso técnico alcanzado y el interés general en obtener información sobre los avances tecnológicos gozan de preferencia frente al interés del empresario aludido en la comparación²⁴⁴.

Como requisitos de licitud, la doctrina señala los siguientes:

a) El progreso aludido debe ser objetivo o económico. Aunque en un principio se justificaba sólo ante un progreso objetivo, posteriormente la jurisprudencia admitió también un objetivo de ventaja económica para los consumidores²⁴⁵.

²⁴³ EICHMANN, *Die vergleichende Werbung in Theorie und praxis*, p. 191.

²⁴⁴ Vid. entre otros GÖDDE, *Grenzen und Zulässigkeit der vergleichenden Werbung*, p. 38, TATO PLAZA, *La publicidad comparativa*, oc. p. 177.

²⁴⁵ Sentencia BGH, de 9-10-1964, *GRUR* 1965, pp. 309 ss. BGH sentencia de 23-2-1968, *GRUR* 1968, p. 443 ss.

b) La comparación con los competidores debe ser necesaria para poder explicar la ventaja a los consumidores²⁴⁶. Debiendo ser utilizada la publicidad de un modo directo y sencillo para esta explicación.

c) En cuanto al contenido deber ser verídico y objetivo, evitando cualquier denigración.

2. Evolución del derecho alemán

Desde la aceptación inicial de la publicidad comparativa hay un cambio hasta la prohibición definitiva en los años treinta. Es la revaloración de los intereses de los consumidores que se produce a partir de los años sesenta la que va a cuestionar la prohibición de la publicidad comparativa²⁴⁷. Este cuestionamiento tuvo su reflejo en la doctrina, en la jurisprudencia chica y en la del Tribunal Supremo.

No obstante esta línea no continuó en los años setenta, volviéndose a la situación anterior, hasta la traslación de la Directiva.

3. Autorregulación

La línea seguida por el órgano alemán encargado de la autorregulación, el *Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs* (ZBW), ha sido, paralelamente a la ley, prohibicionista, con alguna excepción antes de los años noventa del siglo pasado, teniendo que adaptarse a la nueva situación.

4. Traslación al derecho alemán

Después de todo lo dicho, y con los vaivenes que se habían producido, Alemania seguía entre los pocos países que, a la fecha de la aprobación de la Directiva sobre publicidad comparativa, mantenía la prohibición de la publicidad

²⁴⁶ Vid. entre otros GÖDDE, *Grenzen und Zulässigkeit der vergleichenden Werbung*, p. 38, TATO PLAZA, *La publicidad comparativa*, oc. p. 177.

²⁴⁷ VÖLP, *WRP*, 1960, pp. 197 ss.

comparativa (art. 1 de la UWG). Únicamente será lícita cuando haya un <<motivo suficiente>> (hinreichender Anlass), que justifique la comparación, y ésta se mantenga dentro de los límites de lo necesario. Como motivos suficientes fueron reconocidos: comparación en legítima defensa, b) comparación a petición de la clientela, c) comparación necesaria para la explicación de un progreso técnico o económico, y d) comparación necesaria para la información de los consumidores.

Con la aprobación de la Directiva sobre publicidad comparativa, Alemania también ha tenido que adaptarse. En este sentido destaca la declaración del Bundesgerichtshof²⁴⁸ que estimó, en el marco de las sentencias de 5 de febrero de 1998 (GRUR 1998, 824 Testpresis-Angebot) y de 23 de abril de 1998 (BB 1998, 2225, Preisvergleichsliste II), que a pesar de que todavía no se había trasladado al derecho alemán la Directiva sobre publicidad comparativa y que todavía no había expirado el plazo para tal adaptación, debía considerarse como ya permitida la publicidad comparativa.

VI SISTEMA PROHIBICIONISTA EN EL DERECHO DE ITALIA

1. Publicidad comparativa directa e indirecta

En la tradición jurídica italiana también se han dado las dos posturas. Una postura ha entendido que la postura comparativa implica un riesgo de denigración para las empresas competidoras y además genera confusión entre los consumidores, la otra por el contrario ha sido favorable a ésta publicidad.

En el derecho italiano no existe una mención expresa sobre la publicidad comparativa. El Codice Civile establece en el artículo 2.598.2 la prohibición de los actos de denigración: "comete un acto de competencia desleal aquel que [...] difunde noticias o apreciaciones sobre los productos o la actividad de un competidor idóneas para causar su descrédito".

²⁴⁸ Jurisprudencia en material publicitaria, STJCE caso Thosiba Europe vs Katun, Bundesgerichtshof, [en línea] <google> [consulta: 25-04-2003]

Es la interpretación de este artículo lo que ha hecho distinguir a la jurisprudencia entre publicidad comparativa directa e indirecta. Cuando la publicidad permitía identificar a un competidor o varios es publicidad directa, en el caso contrario es publicidad indirecta²⁴⁹.

Publicidad comparativa indirecta: Esta publicidad como hemos visto es permitida porque no cita a ningún competidor directamente²⁵⁰. El fundamento de esta licitud es que el consumidor no es muy afectado por esta publicidad, por considerarla exagerada, y actúa con cautela hacia ella. La jurisprudencia se ha pronunciado de la siguiente manera: <<es norma de común experiencia que la publicidad está generalmente inspirada en criterios de sugestión e hipérbole; sin embargo, no puede decirse que estas exageraciones no sean aptas, por sí solas, para dañar la empresa ajena, porque no son determinantes en la elección del consumidor, el cual no es tan ignorante o desprevenido como para aceptar sin más las afirmaciones publicitarias, sino que normalmente está en posesión de un mínimo sentido crítico que le hace desconfiar de las excesivas alabanzas. El acto de jactancia, para que sea un supuesto de competencia desleal, debe de conducir a un descrédito y una desvaloración del producto del competidor apto para sustraer la clientela de éste. Por el contrario, siempre y cuando alguien se sirva de una propaganda espectacular y sugestiva de los propios productos, que no haga referencia comparativa a los productos comercializados por los competidores, se instaura una lucha con las empresas competidoras para la conquista del mercado, lucha que es perfectamente lícita en un ordenamiento jurídico marcado por la impronta de la libre iniciativa en el ámbito económico>>²⁵¹.

Publicidad comparativa directa: En Italia es considerada ilícita tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. En la sentencia del Tribunal de Milano se dice: <<incurre en ilícito el industrial o comerciante que proclama la

²⁴⁹ FUSI, "La comunicazione pubblicitaria nei suoi aspetti giuridici", *RD*, 1980, p. 108.

²⁵⁰ FUSI, "La comunicazione pubblicitaria...", *RD*, 1980, p. 109.

²⁵¹ Sentencia del Tribunal de Casación, de 17-04-1962, *For. Pad.*, pp. 590-591.

superioridad de sus productos con respecto de los de un competidor nominativamente designado o indirectamente individualizable>>²⁵².

La jurisprudencia opta por considerar la comparación publicitaria como lícita, pero establecen que será ilícita cuando divulgue datos falsos o sea tendenciosos para desprestigiar a la competencia. Partiendo de que en la publicidad el anunciante siempre quiere captar más clientela, su publicidad será siempre tendenciosa. De esta manera desde la consideración inicial de la licitud de la publicidad comparativa, se llega a la prohibición por el medio empleado²⁵³.

2. Supuestos excepcionales

Como otros sistemas legales de publicidad, el sistema italiano partía de la ilicitud de la publicidad comparativa, pero admite unos supuestos en que es válida. Estos son: el derecho de crítica, legítima defensa y comparaciones realizadas a petición de la clientela.

En cuanto al derecho de crítica ésta debe ser técnica, objetiva, verídica y sobre los elementos objetivos de la empresa. En este sentido, la crítica realizada tendrá un carácter científico y una consideración de interés general.

La legítima defensa permite al competidor aludido reaccionar y hacer su propia publicidad defensiva, pero nunca sin llegar a ser ofensiva²⁵⁴.

Otra excepción es la realizada a petición de la clientela, siempre que la comparación cumpla los requisitos de oralidad y espontaneidad²⁵⁵.

²⁵²Vid. Sentencia del Tribunal de Milano, de 6-10-1928, *RDC*, 1928-II, p. 603. En el mismo sentido la sentencia del Tribunal de Milano de 9-12-1955 [*RDI* 1958-II, p. 124]. También la del Tribunal de Monza, de 20-10-1938 [*RDC* 1939-II, p. 95], que afirma: <<Entran en la especie de la competencia ilícita todos aquellos actos que no se limitan a ser magnificaciones del propio producto y crítica genérica, sino que constituyen comparación específica con el producto de un competidor>>.

²⁵³ FUSI, "La comunicazione pubblicitaria...", *RDI*, 1980-I, p. 112.

²⁵⁴ Sentencia del Tribunal de Apelación de Génova, de 24-2-1939, *RDC*, 1940-II, p. 145.

²⁵⁵ FRANCO, *Unfair advertising and comparative advertising*, p. 154.

3. Revisión de la posición restriccionista

La posición tradicional de prohibición de la publicidad comparativa directa comienza a ser revisada en los años 60 por influencia del movimiento de los consumidores. Para un sector doctrinal²⁵⁶, el derecho italiano no prohíbe la publicidad comparativa, sino que se ha generado una interpretación negativa porque han primado los intereses de los comerciantes sobre los intereses de los consumidores. Sin embargo, además de la utilidad para el consumidor también tienen el efecto de estimular la economía de mercado y servir a los intereses generales²⁵⁷. Complemento de lo dicho es que la publicidad debe ser verídica, objetiva y correcta²⁵⁸.

No obstante la apertura de la doctrina, la jurisprudencia siguió aferrada a la prohibición de ésta, aunque tuvo que aceptar dos nuevas excepciones: la comparación necesaria en función de la estructura del mercado y la comparación de precios para productos similares²⁵⁹. En el aspecto de la producción normativa, también ha sido pobre el desarrollo normativo sobre la publicidad comparativa, hasta la aprobación de la Directiva sobre publicidad comparativa de la Unión Europea, manteniéndose el legislador en la tradición prohibitiva²⁶⁰.

4. Autorregulación

En esta línea prohibicionista fue una excepción el Instituto dell'autodisciplina pubblicitaria (IAP) que permite las comparaciones publicitarias pero sometidas a importantes requisitos de licitud.

El art.15 del código de Autodisciplina pubblicitaria establecía: "es consentida la comparación indirecta cuando sea útil desde el punto de vista

²⁵⁶ FUSI, "La comunicazione pubblicitaria...", *RDI*, 1980-I, p. 126. También ALPA/ROSELLO, en *La pubblicità*, pp. 107-108.

²⁵⁷ FUSI, "La comunicazione pubblicitaria...", *RDI*, 1980-I, p. 126.

²⁵⁸ FUSI, "La comunicazione pubblicitaria...", *RDI*, 1980-I, p. 129.

²⁵⁹ Por todos TATO PLAZA, *La pubblicità comparativa*, oc. pp. 153-154.

²⁶⁰ Por todos TATO PLAZA, *La pubblicità comparativa*, oc. p. 156.

técnico y económico para ilustrar características y ventajas relevantes y verificables de bienes y servicios objeto de la publicidad”.

En la normativa del IAP la publicidad engañosa era consentida con anterioridad respecto a la intervención del legislador en la medida en que el operador publicitario utiliza la comparación indirecta

Basándose en el Art.15 del código de Autodisciplina consideraba ilícitas los mensajes publicitarios con los cuales se hacía la comparación utilizando el nombre de la marca de un concurrente o por medio de alusiones que permitían al consumidor reconocer el concurrente destinatario de la comparación.

El código de autodisciplina justificaba ese tipo de comparación en caso de legítima defensa como la mayoría de los jueces ordinarios. Estos consideran la publicidad engañosa ilícita en virtud del Art.2598 que sanciona como acto de concurrencia desleal el comportamiento de quien “difunde noticias o apreciaciones sobre productos y actividad de un concurrente o hace suyos los precios de los productos o de la empresa de un concurrente.

Los únicos casos en los cuales los jueces han admitido la publicidad comparativa son aquellos en los cuales había una situación de legítima defensa a los ataques de los concurrentes o sea la publicidad era el instrumento necesario para evidenciar la real supremacía técnica del propio producto (comparación necesaria).

Basándose en la disciplina comunitaria antes de su introducción en la normativa nacional, el Código de Autodisciplina ha sido modificado de manera que se admite la publicidad comparativa pero con algunos límites. La nueva formulación del Art.15 dice:

“Esta consentida la comparación cuando sea útil para ilustrar técnicamente y económicamente características y ventajas de bienes y servicios objeto de publicidad, comparando objetivamente características esenciales ,pertinentes, verificables y representativas de bienes y servicios

concurrentes que satisfacen las mismas necesidades y que tienen los mismos objetivos. La comparación tiene que ser leal y no engañosa, no tiene que producir riesgo de confusión. Tampoco tiene que traer indebidamente ventajas de la notoriedad ajena.”

5. Traslación de la Directiva sobre publicidad comparativa

En Italia, se siguió, en la práctica, la línea prohibicionista, y ello con una posición doctrinal y una legislación aparentemente favorable. La Directiva 84/450/CEE, sobre publicidad engañosa, se trasladó por Ley 74/92, pero en consonancia con aquella no mencionaba a la publicidad comparativa. La prohibición básica admite cinco excepciones legales en que se permite la comparación: el derecho de crítica, la legítima defensa, las comparaciones verbales a petición de la clientela, las comparaciones necesarias en función de la estructura del mercado, y, finalmente, las comparaciones de precios.

Tal vez se explique esta debilidad por la ausencia de un movimiento de asociaciones de consumidores débil, frente a lo que ocurre en otros países europeos²⁶¹, y también por la falta de una opinión pública fuerte a favor de esta publicidad. Es la diferencia entre el norte de Europa, con una gran tradición asociativa²⁶², y el sur de Europa, de escasa tradición.

Por último, el Decreto Legislativo 67, de 25 febrero de 2000, reforma el derecho sobre publicidad comparativa y traslada la Directiva 97/55/CE sobre publicidad comparativa. El artículo 2 reproduce el art. 3 de la Directiva y establece: <<Definizione. 1.b-bis: per <<pubblicità comparativa>> qualsiasi pubblicità che identifica in modo esplicito o implicito un concorrente o beni o servizio offerti da un concorrente>>.

VII RÉGIMEN FAVORABLE A LA PUBLICIDAD COMPARATIVA EN EL DERECHO SUIZO

²⁶¹ Tato Plaza, *RDM*, 1992, pp. 882-883.

²⁶² Tanto de cooperativas de consumidores como de asociaciones de consumidores.

1. Admisión inicial de la publicidad comparativa

El sistema suizo sigue una trayectoria diferente al de otros países, y esto con plena conciencia de la diferencia²⁶³. Con anterioridad a la UWG de 1943, destaca la Doctrina de Theodor Weiss²⁶⁴, que criticaba una sentencia francesa en la que el tribunal condenaba una simple comparación de precios. Consideraba que cada empresario tenía derecho a exponer al público las ventajas de sus precios, y la mejor manera de hacerlo era compararlos con los precios de la competencia. Acorde con esta doctrina, el Bundesgericht declaró lícita la publicidad comparativa en 1895²⁶⁵. Estimaba que era excesivo que no se tuviera en cuenta si los hechos expresados en la publicidad y controvertidos eran verdaderos o falsos. Esta doctrina se mantuvo mayoritaria, con lo cual Suiza inicia desde el principio una línea contraria a la de Francia o Alemania. Esta doctrina se mantuvo en Suiza conscientes de que era diferente de la de sus vecinos²⁶⁶.

En 1943 se aprueba la Ley contra la competencia desleal, (UWG), que mantiene la línea doctrinal anterior, de admisión de la publicidad comparativa. Esta Ley no dice nada sobre la publicidad comparativa como tal, únicamente al regular los actos de denigración se refiere indirectamente en los términos siguientes (art. 1.2.a): <<contradice el principio de buena fe aquel que denigra a otro, sus mercancías, sus prestaciones o sus relaciones comerciales a través de afirmaciones falsas, engañosas o innecesariamente ofensivas>>. Únicamente la publicidad falsa, engañosa u ofensiva se prohíbe²⁶⁷.

2. La UWG de 19 de diciembre de 1986

²⁶³ Al final la Directiva sobre publicidad comparativa le ha dado la razón, estando a la vanguardia.

²⁶⁴ THEODOR WEISS, *Die concurrence deloyale*, pp. 44-45.

²⁶⁵ BUNDESGERICHT, sentencia de 23-11-1895, 21 BGE, (1895), p. 1181 ss.

²⁶⁶ Se citaban en las propias sentencias <<en contra de lo que sucede en Alemania o Francia>>.

²⁶⁷ Dutoit, en *Problemi attuali del diritto industriale*. También la sentencia del BG en su sentencia de 9 de mayo de 1961: en su jurisprudencia anterior a la UWG, <<el BG ya había admitido la comparación cuando esta fuese objetivamente correcta, no fuese engañosa y no fuese denigradora... no existe razón alguna para apartarse de esta jurisprudencia ... Del art. 1.2.a) de la nueva ley cabe deducir que el legislador solo quiso prohibir determinadas modalidades de publicidad comparativa ... el art. 1.2.a) solo prohíbe estos mensajes publicitarios cuando son falsos, engañosos o innecesariamente ofensivos>>.

Con esta nueva Ley, los suizos se dotaron de un instrumento legal más moderno, pero que en el campo de nuestro estudio no supuso un cambio. Se mantienen la línea anterior de admisión de la publicidad comparativa pero, para mayor seguridad jurídica, regularon lo que la era la publicidad desleal e ilícita, en línea con la doctrina anterior de los tribunales. El art. 3.e) dice: <<Actúa de forma desleal aquel que... compara de un modo inexacto, engañoso, inútilmente ofensivo o parasitario, su persona, mercancías, sus actividades, sus prestaciones o sus precios con los de su competidor, o aquel que, a través de semejantes comparaciones, favorezca a terceros con relación a sus competidores²⁶⁸.

3. Cuatro supuestos actuales de publicidad ilícita en Derecho suizo

La última UWG recoge y afirma toda la tradición anterior en materia de aceptación de la publicidad comparativa, pero también desde el principio los tribunales helvéticos establecieron unos límites en sus sentencias. Es significativa la sentencia del BG de 3-12-1935: <<se admite la crítica en la publicidad siempre y cuando sea objetiva y exacta, es decir, siempre y cuando se abstenga de alegaciones engañosas, ofensivas o contrarias verdad y se evite todo lo que, en la forma o en el fondo, equivaldría a una denigración del competidor>>²⁶⁹.

Desde el principio, y conforme al art. 1.2.a) de la UWG existen 3 supuestos de publicidad comparativa ilícita: Comparación inexacta, engañosa y la innecesariamente ofensiva. Junto a estos tres supuestos, la sentencia de BG de 18-5-1976 añadirá otro más: la publicidad parasitaria²⁷⁰. En este supuesto se discutía el siguiente mensaje: <<nuestro somier es un 20% más barato que el Lattoflex y de igual calidad en todos los aspectos; en nuestra opinión, incluso es mejor y más robusto>>. Siendo una comparación verídica, el tribunal estimo

²⁶⁸ Aplicable también a los test de productos realizados por entidades neutrales.

²⁶⁹ BG, sentencia de 3-12-1935, 61-II-BGE (1935), p. 345.

²⁷⁰ BG, sentencia de 18 de mayo de 1976, Schw, 1976, p. 217 ss. Un extracto de esta sentencia se encuentra en Dessmontet, concurrence deloyale, p. 352.

²⁷⁰ FOURGOUX, GAZ, PAL. 1985, Doctr. P, 138.

ilícito el mensaje publicitario en cuanto explotaba la buena reputación del competidor.

VI SISTEMA LEGAL DE ESTADOS UNIDOS DE AMERICA Y CANADA

1. Estados Unidos: Legislación estatal

Estados Unidos de América es pionero en esta práctica. Ya en el siglo XVIII los comerciantes citaban a la competencia, dada la expectación que esta practica despertaba²⁷¹.

La empresa de coches Chrysler hizo en 1930 un anuncio en que animaba a los consumidores a que compararan a los tres principales fabricantes de coches antes de hacer su compra.

Hasta 1960 las comparaciones explícitas se consideraban incorrectas, pero un estudio realizado en 1964 revelaba que el 15% de los anuncios eran publicidad explícita.

En Estados Unidos, el 85% de la publicidad que se realiza es comparativa. A esta situación de superioridad de esta publicidad se ha llegado después de una larga evolución. Hasta los años setenta del pasado siglo la publicidad comparativa no se consideraba adecuada y los códigos y las directrices de las empresas la prohibían. El objetivo era que la actividad comercial se desarrollara por cauces considerados leales y éticos.

La defensa contra la publicidad comparativa se realizaba a través de la legislación de los diferentes Estados, el common law. Ya sea por descrédito, difamación o infracción contra la marca registrada se podía accionar ante los Tribunales de Justicia²⁷².

²⁷¹ZANOT, "A review of eight years of NARB casework: guidelines and parameters of deceptive advertising", *Journal of advertising*, 9 4, 1980, pp. 20-26, citado por BARRIO GARCIA, *Publicidad comparativa, situación actual y perspectiva*, oc. p. 23.

²⁷² BECK-DUDLEY y WILLIAMS, "Legal and public policy implications for the future of comparative advertising: a look at U-Haul v. Lartran", *journal of public policy and marketing*, 8,

En el caso del descrédito, se trata de una acción intencionada de perjudicar al producto del competidor y le ha causado un daño económico. En el caso de la difamación, se trata de demostrar que el anunciante demandado ha dañado la reputación del demandante. En el caso de demanda por infracción de marca, la cuestión ilícita es citar la marca del competido con el objeto de engañar al consumidor.

En la práctica, la dificultad de la prueba sobre los daños económicos o el engaño o la diferente interpretación de unos Estados a otros hacían que estos procedimientos no fueran eficaces. Por esta situación los anunciantes volvieron sus ojos a la legislación federal²⁷³.

A) Legislación Federal: Federal Trade Comisión Act

Dada la insuficiencia del sistema del common law en 1914 se crea la agencia independiente denominada Federal Trade Comisión Act (FTC), para controlar los actos desleales de competencia.

Con una reforma de 1938 la FTC también empieza a conocer de conductas comerciales publicitarias perjudiciales a los intereses de los consumidores. Esta comisión a partir de 1970 anima a las empresas a realizar comparaciones entre los productos como algo beneficioso para los consumidores. De esta manera se permite el descrédito siempre que se base en la verdad y no cause engaño a los consumidores. Las denuncias por publicidad falsa en esta agencia permiten una mayor posibilidad de éxito pues invierten la carga de la prueba y es el anunciante el que ha de probar que lo alegado es verdad y establecen la posibilidad de prueba si lo comunicado puede engañar al "consumidor razonable".

1989, pp. 143-160; PETTY, The evolution the comparative advertising law: has the lanhan act gone too far?, *Journal of public Policy and Marketing*, 10, 2, 1991, pp. 161-175; citados por BARRIO GARCIA, *La publicidad comparativa...*, oc, p. 57

²⁷³ BARRIO GARCIA, *La publicidad comparativa, situación actual y análisis*, oc, p. 57

Posteriormente, a partir de los años ochenta del siglo pasado, la conducta de FTC cambió y se volvió más permisivo con la publicidad, considerando que era suficiente que el anunciante tuviera una “base razonable” para considerar válida su publicidad. Paralelamente entra en escena la autorregulación, creada por las empresas. Finalmente la lentitud y la dificultad de conseguir una reparación económica a través de esta Agencia han llevado a las empresas perjudicadas a reclamar en los tribunales de justicia a través de la Lanham Act.

B) The Lanham Act of 1946

Con esta Ley y su reforma de 1988 se puede demandar por cualquier acto de publicidad que sea engañoso para una parte de los consumidores, perjudique el negocio o la reputación o sea engañoso.

La ventaja del procedimiento de Lanham Act es su eficacia y rapidez, pudiéndose adoptar medidas cautelares. También con probar que se puede engañar a un segmento significativo de los consumidores (15%) se puede estimar el engaño alegado²⁷⁴.

C) Los medios de comunicación

La postura sobre la publicidad comparativa estaba dividida. Dos grandes emisoras la rechazaban (la CBS y la ABC), y otra la aceptaba (la NBC). Con la recomendación de la FTC a favor de la publicidad comparativa todas las emisoras televisivas se unieron para emitir esta publicidad²⁷⁵.

En la práctica, a partir de 1971, cada emisora aprobó directrices para regular la publicidad comparativa, con criterios más o menos restrictivos. Además estaba la Asociación Nacional de Emisoras (NAB) que había aprobado un código que todos respetaban. En 1982 ese código se suprimió por acciones

²⁷⁴ BARRIO GARCIA, *Publicidad comparativa...*, oc. p. 60.

²⁷⁵ BARRIO GARCIA, *Publicidad comparativa...*, oc., p. 62.

antimonopolistas contra la asociación, pero sin código común, la práctica siguió siendo la misma pues los códigos de cada cadena televisiva eran similares.

D) La Asociación Americana de Agencias de Publicidad

Los operadores publicitarios, las Agencias de Publicidad, también imponen controles para que el anuncio que llega al consumidor tenga unos requisitos éticos y no sea engañoso.

La American Association of Advertising Agencies (AAAA) prohibió en su código de 1962 la publicidad comparativa, pero por la presión de la FTC cambia de criterio y en 1974 reconoce que la publicidad comparativa proporciona información útil al consumidor, pero estableciendo criterios para su licitud similares a los vigentes en los ordenamientos actuales.

E) Autorregulación publicitaria

La problemática de la publicidad comparativa, las críticas de los consumidores y la propia resolución de FTC de hacer responsable civil de los daños de la publicidad no sólo al anunciante sino también a las agencias de publicidad que participan en su creación y emisión. Por esta razón los profesionales del sector han regulado e intervenido en la regulación de la publicidad para conseguir una solución.

La autorregulación de más prestigio en Estados Unidos es la llevada por Council of better Business Bureaus (CBBB) o Consejo de las Oficinas para mejorar los negocios. Fue creada a principios del siglo XX para velar por la veracidad de la publicidad. En 1971, y debido a las quejas de los consumidores sobre publicidad engañosa, crea un programa especial de autorregulación de la publicidad, que por su eficacia es alternativo al control gubernamental. El

objetivo es "establecer y mantener altos estándares de veracidad y adecuación en la publicidad nacional"²⁷⁶.

Con el objetivo de reaccionar a la situación se crean dos organismos: el National Advertising División (NAD) y la National Advertising Review Board (NARB)

La NAD vigila en primera instancia la publicidad emitida en los medios de comunicación, bien de oficio o por medio de denuncias de los consumidores.

La NARB, en cambio, actúa en segunda instancia, resolviendo las apelaciones contra las decisiones del NAD. Actúa en secciones (o paneles) y sus resoluciones crean una especie de jurisprudencia que, sin ser obligatoria, sí es muy respetada por todos los sectores involucrados.

En materia de publicidad comparativa, la NAD recibió muchas quejas por parte de empresas que se creían perjudicadas por este tipo de publicidad²⁷⁷. En segunda instancia, se resolvió por NARB creando una jurisprudencia al respecto.

Las principales conclusiones que se desprenden de las normas de NARB sobre actos de comparación son²⁷⁸. La publicidad comparativa debe aportar pruebas claras y concluyentes acerca de la superioridad alegada. No debe manifestar la superioridad global de su oferta frente a la competencia únicamente sobre la base de su superioridad en una simple característica del producto.

²⁷⁶ ZANOT, "A review of eight years of NARB casework: guidelines and parameters of deceptive advertising", *Journal of advertising*, 1980, citado por BARRIO GARCIA, *Publicidad comparativa situación actual y perspectiva*, oc. p. 62.

²⁷⁷ El 38% de las quejas en el periodo 1971-1978 se refirieron a este tipo de publicidad, según BOBDEWIN y MARTON, citado por BARRIO GARCIA, *Publicidad comparativa situación actual y perspectiva*, oc., p. 63.

²⁷⁸ ZANOT, "A review of eight years of NARB casework: guidelines and parameters of deceptive advertising", *Journal of advertising*, 1980, citado por BARRIO GARCIA, *Publicidad comparativa, situación actual y perspectiva*, oc. p. 62.

Los anuncios publicitarios deben ser probados bajo condiciones de uso general. Se han de comparar productos de la misma categoría. Las demostraciones deben ser justas y los beneficios no deben ser exagerados.

2. Canadá

A) Introducción

En Canadá, país altamente industrializado, la publicidad comparativa es reconocida, siguiendo el ejemplo de Norte América, siempre que cumpla con unos requisitos de objetividad, veracidad, y verificabilidad²⁷⁹.

En Canadá, la empresa que se sienta afectada por la publicidad comparativa realizada por un competidor, puede pedir la suspensión de la transmisión del material ofensivo si logra probar ante un Tribunal, que existe una urgencia basada en la inminencia de un perjuicio a su reputación. La Ley de Marcas canadiense (Trade Marks Act), prohíbe realizar una declaración falsa o tendente a crear confusión con la finalidad de dañar la reputación del negocio, los productos o los servicios de un competidor, así como utilizar en asociación con bienes o servicios, una descripción falsa en cuanto al carácter, calidad, cantidad o composición de un producto, su origen geográfico, o la forma de producción o desempeño de esos bienes o servicios.

Por otro lado, la Ley de Competencia canadiense, en su sección 52 prohíbe las prácticas de publicidad desleal. En este sentido, una empresa no puede promocionar su negocio, producto o servicio, mediante representaciones engañosas, así como asegurar garantías sobre la calidad, desempeño, o la duración de la eficacia de un producto sin que se encuentren basadas en la verdad, por lo que el anunciante debe poder probar aquello que ha anunciado. Estas prohibiciones atañen al anunciante, al fabricante, a los intermediarios y a los importadores.

²⁷⁹Vid. LUGO LOVATÓN, *La Publicidad Comparativa en la República Dominicana*, [en línea] <Google>, [Consulta: 20-03-2002].

Asimismo, en su Sección 53, la Ley de Competencia establece que nadie puede comunicar al público que se han realizado pruebas sobre la eficacia de un producto, a menos que pueda probar que esas pruebas se ha realizado o publicado efectivamente con anterioridad a la comunicación y que fueron autorizadas para ser representadas o publicadas por escrito por la persona que realizó la evaluación. Casos específicos de publicidad comparativa en Canadá. Como ejemplo del nivel de la jurisprudencia en Canada, citamos dos casos, uno sobre vulneración de la ley y otro sobre la referencia al producto de la competencia²⁸⁰:

B) Autorregulación

Además de la normativa existente, en Canadá se han aprobado códigos publicitarios de ética avalados por las agencias publicitarias, los anunciantes y los medios de comunicación de masas.

VII REGULACION EN OTROS PAISES

1. Introducción

²⁸⁰Ejemplo primero: Nintendo of América Inc. C. America Corp et al. (1991), 34 CPR (3d) 193. En este caso, los demandados vendían un cassette para usar con el producto del demandante, un juego de video. Los productos de las partes no competían entre ellos. El envase del producto del demandado mostraba las marcas de fábrica del demandante así como su propia marca, indicando específicamente lo siguiente: Funciona con los juegos más populares de Nintendo Entertainment System. Asimismo, indicaba una aclaración de renuncia con respecto al producto indicando: "Game Genie es un producto de C. America Corp. y no es fabricado, distribuido o endosado por Nintendo of América Inc".

Nintendo alegó que algunos consumidores podían ser llevados a creer que Game Genie era un producto respaldado, autorizado por Nintendo. El Tribunal desestimó dichas alegaciones, entendiendo que C. America Corp. realizó todos los esfuerzos razonables para informar al consumidor que Game Genie es un producto suyo y no de Nintendo. La frase "funciona con los juegos mas populares de Nintendo Entertainment System", sólo representaba una descripción de las características y cualidades del producto y su propósito era el de simplemente mencionar al consumidor que el producto funcionaba con juegos de video que operaban en el NES. Ejemplo segundo: Caso de publicidad comparativa UL Canadá Inc. vs Procter & Gamble. En este asunto, Procter Gamble comparó en un anuncio la habilidad de sus barras de jabón Dove para retener la humedad natural con otro jabón de la competencia, siendo demandada por ello. Dicha representación era un hecho verdadero y el tribunal consideró que la marca del demandante no había sido denigrada. Vid. LUGO LOVATÓN, *La Publicidad Comparativa en la República Dominicana*, [en línea] <Google>, [Consulta: 20-03-2002], p. 5.

Como hemos apuntado al principio el desarrollo y la regulación de la publicidad comparativa de los países no europeos ha sido más lenta. Es a partir de la década de los noventa cuando se da un cambio decisivo en muchos países, reconociéndola.

En casos como Argentina la publicidad comparativa esta reconocida plenamente, incluso admitiendo claramente el uso de la marca²⁸¹.

2. Cámara de Comercio Internacional

El organismo internacional denominado Cámara de Comercio Internacional (ICC) dentro de sus competencias también ha dictado reglas para regular la publicidad en general y la publicidad comparativa en particular. Estas reglas de ICC han sido incluso utilizadas por tribunales de distintos países dentro del conjunto de normas utilizables en cuanto a esta materia.

El principio de que parte la ICC en cuanto a la publicidad es que ésta debe ser verdadera y respetar la competencia leal, velando por que no se dañe la confianza del público en la publicidad²⁸².

La publicidad comparativa fue primero vista con recelo. En los primeros códigos de practica publicitaria (1937, 1949, 1955 y 1966) se consideraba que iba contra la competencia leal. Posteriormente en la edición de 1973, se autoriza en el art. 5: <<si la publicidad incluye una comparación, esta no debe llevar a engaño al consumidor, y debe respetar las normas de la competencia leal. Los elementos de la comparación deben basarse en hechos objetivamente verificables, elegidos de forma equitativa>>²⁸³.

²⁸¹Vid. MARTINEZ MEDRANO, "El uso de la marca ajena en publicidad comparativa. Argentina, Mercosur y Derecho comparado", Revista de la Asociación Brasileña de Propiedad Intelectual, nº 62, enero-febrero, 2003, p. 56, donde el autor examina la novedosa jurisprudencia argentina sobre publicidad comparativa y el uso de la marca, considerándola lícita, excepto en los casos en que el mensaje publicitario sea engañoso o denigrante. Asimismo se compara con el sistema de Norteamérica, Mercosur y Europa.

²⁸² INTERNATIONAL CHAMBER OF COMERSE (1997), *International code of advertising practise*, [en línea] <<http://www.icwbo.org>>, [Consulta: 2-03-2002].

²⁸³ BARRIO GARCIA, *La publicidad comparativa, situación....*, oc. p. 56.

Esta posición se ha mantenido hasta nuestros días, dado que la edición del Código de Práctica Publicitaria de 1997 (21-04-1997) mantiene la misma redacción del artículo 5 que la anterior citada. Otras referencias a la publicidad comparativa se hacen en el artículo 7: << Los anuncios no deberían denigrar a ninguna empresa, organización, industria o actividad comercial, profesión o producto buscando producir su menosprecio o ridículo ante el público, o mediante cualquier otra vía>>. El artículo 10 establece: <<Los anuncios no deberían hacer un uso injustificado del nombre, iniciales, logotipo y/o marca registrada de otra empresa, compañía o institución ni deberían tomar una ventaja indebida del prestigio de otra empresa, persona o institución en su nombre, marca registrada u otra propiedad intelectual, ni deberían tomar ventaja del prestigio alcanzado por otras campañas publicitarias>>.

Como vemos estos artículos se pronuncian claramente a favor de la publicidad comparativa siempre que cumpla unos límites éticos. Sin embargo esta normativa de ICC es seguida desigualmente por los países que pertenecen a ésta.

3. República de Santo Domingo

A pesar de la posición doctrinal favorable, en la República Dominicana existe una normativa legal que impide el desarrollo de la publicidad comparativa²⁸⁴. La utilización de la publicidad comparativa es posible pero siempre bajo la observancia de estrictos controles, dada la normativa anticuada existente en este campo²⁸⁵. Se hace necesario una ley que regule la publicidad comparativa con criterios modernos.

²⁸⁴La República Dominicana, país poco desarrollado económicamente, se ha hecho eco de las teorías favorables a la publicidad comparativa y tiene una opinión doctrinal favorable a esta publicidad, pero en la práctica rara vez se utiliza, y las pocas veces en que una empresa se ha aventurado a utilizar esta figura publicitaria se ha visto como blanco de críticas por el sector publicitario, así como amenazada por demanda de la competencia. Vid. LUGO LOVATÓN, *La Publicidad Comparativa en la República Dominicana*, [en línea] <Google>, [Consulta: 20-03-2002], p.1.

²⁸⁵Las normas que han regulado esta cuestión son tres: Ley 1.450 de 1.937 (art. 16) sobre Registro de Marcas de Fábrica y Nombres Comerciales, prohíbe el uso no autorizado de la marca, sin que se ofrezca una definición de lo que debe entenderse por "uso no autorizado", lo que da lugar a que se interprete este texto legal de forma literal, alegando que cualquier uso de una marca ajena se encuentra penalizado. Sin embargo, el uso de una marca ajena solo es violatorio de los derechos de marca de su propietario, cuando tiende a causar confusión al

También se ha creado un organismo de Autorregulación para prevenir y evitar problemas, es el CODAP, que ha aprobado el Código de Ética Publicitaria de la República Dominicana²⁸⁶. El CODAP es la asociación de la Liga Dominicana de Agencias Publicitarias (LIDAP), la Asociación Dominicana de Anunciantes (ADAN), y la Asociación Dominicana de Radio Difusoras (ADORA).

4. El derecho Colombiano sobre publicidad colombiano

El concepto²⁸⁷, y los límites legales y éticos de la publicidad comparativa han sido objeto de estudio por la doctrina de Colombia.

La publicidad comparativa esta permitida siempre que se resalten los productos y sus diferencias de manera objetiva. En consecuencia, la publicidad

consumidor sobre la fuente originaria del producto. Más, por el contrario, cuando un anunciante compara su marca con la de un competidor, lejos de perseguir confundir al consumidor, deja bien claro que ambas marcas pertenecen a empresas diferentes y competidoras, por lo que no hay lugar a confusión ni a violación de la Ley 1450. La ley 6132 (art. 33) sobre Expresión y Difusión del Pensamiento, en su art. 33 establece que "La difamación cometida en detrimento de los particulares por alguno de los medios anunciados en los arts. 23-29 serán castigados con 15 días a 6 meses de prisión y/o multa de 25 a 200 dólares". El delito de difamación se tipifica cuando existen los siguientes tres elementos: Radiodifusión, alegación falsa, y la alegación falsa debe ser nociva a la reputación o el honor. En el caso que nos ocupa, se trataría de una imputación falsa que perjudica la reputación de una marca con lo cual se perjudica la reputación. El art. 1.382 del Código Civil establece que: "Cualquier hecho del hombre que causa a otro un daño, obliga a aquel por cuya culpa sucedió, a repararlo", lo cual pudiera ser utilizado para entablar una demanda civil por daños y perjuicios, pero para esto sería necesario probar un perjuicio, que en este caso sería el de difamación de la reputación de una marca o negocio, la confusión con otra marca o el aprovechamiento ilícito de una reputación establecida. Vid. LUGO LOVATÓN, *La Publicidad Comparativa en la República Dominicana*, [en línea] <Google>, [Consulta: 20-03-2002].

²⁸⁶Vide LUGO LOVATÓN, *La Publicidad Comparativa en la República Dominicana*, [en línea] <Google>, [Consulta: 20-03-2002], p. 2.

²⁸⁷En este sentido JAECKEL KOVACS, "La publicidad comparativa", en *Revista teleley* [en línea], <www.jaeckelabogados.com>, [consulta: 22-5-2002], Bogotá, Colombia. El concepto puede ser restringido, que parte de que la publicidad comparativa debe mencionar específicamente el nombre de la competencia para ser tal. Ésta es la noción de la Comisión Nacional de Autorregulación Publicitaria de Colombia (en siglas CONARP).

Por parte de la doctrina colombiana se sustenta una posición intermedia, consistente en considerar que existe publicidad comparativa siempre que se enfrente en un aviso la oferta del anunciante a la de uno o varios de sus competidores, identificándolos expresamente, o proporcionando los parámetros suficientes para que éstos sean identificables.

Ejemplos actuales en Colombia de comparaciones implícitas son todos los anuncios en que se comparan, entre otros, detergentes, productos de higiene femenina, servicios financieros, o alimentos, y en general la totalidad de las campañas de marca "X", o en las que se muestra el

comparativa es aquella especie de publicidad en la que el anunciante contrapone su oferta a la de uno o varios competidores identificados o identificables, resaltando las características o valores agregados que hacen que el producto anunciado sea mejor que aquellos con los que es comparado²⁸⁸.

Por otra parte, cuando la comparación recaiga sobre sistemas, o cuando la comparación se refiera a todo un género de productos, o cuando exista en el mercado un número significativo de productos que haga difícil o imposible la identificación de los productos comparados, no habrá publicidad comparativa en sentido estricto, lo cual no quiere decir que el aviso no pueda ser evaluado, pues de todas formas el mismo no debe crear confusión, denigración o engaño.

Con la aprobación de la Ley 256 de 1.996 sobre Competencia Desleal (en adelante LCD), se regula la publicidad comparativa en Colombia²⁸⁹.

logotipo del competidor, o se hace una toma difusa de la marca, o se sobrepone un sonido cada vez que se pronuncia el nombre del producto comparado.

²⁸⁸ Vid. JAECKEL KOVACS, "La publicidad engañosa y la publicidad comparativa", en *Revista teleley* [en línea], <www.jaeckelabogados.com>, Santiago de Cali, Colombia, abril del 2000. [consulta: 22-5-2002]. p. 3.

²⁸⁹ La LCD permite las comparaciones dentro de ciertos parámetros, permitiendo la comparación explícita y la implícita (art. 13).

La Ley exige la comparación de características objetivas de los productos y no simples opiniones subjetivas, en cuyo caso el anuncio no se evalúa con base en la norma sobre comparación, sino con base en las de confusión o descrédito. Lo anterior se fundamenta en las siguientes razones:

a) El artículo 13 censura las comparaciones que utilicen indicaciones o aseveraciones falsas o incorrectas, con lo que se exige que las afirmaciones que se hagan sean verdaderas. Una afirmación es verdadera cuando aquello que transmite está de acuerdo con la realidad, por lo cual la afirmación debe recaer sobre una cosa o hecho objetivamente comprobable, pues lo que se evaluará será la conformidad, realidad o veracidad de la afirmación, frente al objeto o hecho al que se refiere.

b) El artículo 13 considera desleal toda comparación que se refiera a extremos que no sean análogos o comprobables. La comprobación es un procedimiento que se realiza para verificar la realidad o veracidad de una cosa, de un hecho o de una afirmación objetiva. Dado que las afirmaciones subjetivas no son verdaderas ni falsas, sino simples opiniones subjetivas acerca de algo, no se pueden comprobar. En igual sentido, sólo las afirmaciones objetivas pueden referirse a extremos análogos en el sentido que la LCD le da a dicha expresión, pues la definición acerca de cuándo dos extremos son o no análogos, requiere un juicio de valor objetivo sobre el contenido de la afirmación y el objeto de comparación.

Como requisitos de la comparación destacamos: primero, que los parámetros utilizados no deben ser desleales. En la comparación no se deben utilizar afirmaciones que sean falsas o incorrectas, siendo la veracidad de lo que se afirma en el mercado fundamental.

En tal sentido, una afirmación es verdadera, cuando el juicio que expresa está de acuerdo con la realidad. Por el contrario, cuando de la comparación objetiva que se haga se concluya que la afirmación no refleja completamente la realidad de los objetos comparados, tal afirmación será falsa o incorrecta.

El Estatuto para la Defensa del Consumidor²⁹⁰ es la ley con que cuentan los consumidores para exigir que aquellos productos que adquieran reúnan las condiciones de calidad mínimas. En lo que se refiere a publicidad ésta debe ser veraz.

Como señala la doctrina: "El engaño por omisión no debe entenderse en el sentido de que deba exponerse al cliente una lista interminable de datos que no es necesaria, ni siquiera aconsejable, pero sí aquellos que son relevantes para determinar la decisión económica o aquellos sobre las cuales haya una obligación clara de informar. (...). Es interesante tener en cuenta la valoración realizada en ocasiones por la doctrina, que reconociendo que es tema que no debe exagerarse, pone de manifiesto que así como el público se atiende, y considera las indicaciones positivas, no espera que el empresario realice una descripción perfectamente neutra y completa de todos los detalles del producto."

En consecuencia, la causal citada debe ser entendida en el sentido que al nombrarse alguna característica del competidor, la mención debe ser completa, no pudiendo el anunciante referirse únicamente a los aspectos negativos de la característica mencionada, sino que debe al mismo tiempo citar todos los aspectos positivos del competidor, relacionados con el factor que se está tratando.

La comparación no debe referirse a extremos que no sean análogos. Una comparación se refiere a extremos que son análogos, cuando aquellos factores que se comparan guardan equivalencia en relación a los que se están examinando. En tal sentido los extremos no serán análogos, cuando aquellos factores que se comparan resultan absolutamente dispares, como consecuencia de diferencias entre categorías, precios, calidad, etc. Ejemplo de una comparación que se refiere a extremos que no son análogos es la que se hace entre un carro deportivo modelo 97, con uno modelo 46, para significar que el del 97 tiene un mejor rendimiento y es más veloz. Lo anterior se resume en el principio según el cual lo que se compara debe ser comparable.

La comparación no debe inducir a engaño al consumidor. Al establecer el artículo 13 los parámetros dentro de los que se pueden realizar comparaciones, se hace una remisión expresa al artículo 11 de LCD, para evitar que el consumidor sea engañado. En tal sentido el artículo 11 sigue los mismos parámetros establecidos para las comparaciones, toda vez que persigue que en la competencia prevalezca la verdad, sancionando las conductas que induzcan o puedan inducir a error a las personas que alcanza, respecto de la actividad, las prestaciones mercantiles, el establecimiento o las características de los productos de otro participante en el mercado. En tal sentido se induce al público a error, cuando como fruto de una afirmación, se crea en la persona que recibe la información un concepto falso o incorrecto de la actividad, prestaciones mercantiles o del establecimiento ajeno. Lo anterior puede suceder, bien sea porque lo afirmado es literalmente falso, o porque a pesar de ser verdadero, la presentación que se hace es susceptible de inducir al público a error.

En este último caso, corresponderá al demandante demostrar el error al que se induce al público, pues la especialidad probatoria de que trata el artículo 32 de la LCD sólo se refiere a la veracidad y exactitud de las afirmaciones y no al efecto que tienen en el consumidor.

El artículo 11 hace referencia al engaño respecto de los productos del competidor y no a los propios, lo cual no significa que la falsa publicidad no sea considerada desleal, pues en tales casos se aplica la cláusula general del artículo 7, pues engañar al consumidor respecto de la oferta propia, es igual de desleal que engañarlo respecto de los productos del competidor. No se debe desacreditar al competidor. Al igual que en el caso del engaño, mediante la comparación no se debe desacreditar al competidor. Nuevamente en este punto la LCD sigue el principio de veracidad ya expuesto. En tal sentido, la ley permite que se hable del competidor, siempre y cuando aquello que se diga sea exacto, verdadero y pertinente.

Las afirmaciones son exactas cuando son puntuales y cabales; son verdaderas cuando son acordes con la realidad; y son pertinentes cuando están relacionadas con el objeto y el sentido de la afirmación. Vid. JAECKEL KOVACS, "La publicidad engañosa y la publicidad comparativa", en *Revista teleley* [en línea], <www.jaeckelabogados.com>, Santiago de Cali, Colombia, abril del 2000. [consulta: 22-5-2002], pp. 3-6.

²⁹⁰ Estatuto para la Defensa del Consumidor aprobado por Decreto 3.466 de 1982,

En cuanto a la marca, se puede utilizar en publicidad comparativa pero para diferenciar los productos del anunciante.

En Colombia también se ha organizado la autorregulación privada del sector de la publicidad; el organismo que la dirige es la Comisión Nacional de Autorregulación Publicitaria de Colombia. En su normativa admite la publicidad comparativa pero con una noción restringida sobre ésta²⁹¹.

5. Situación en Perú

A) Introducción

En Perú se ha regulado la publicidad comparativa partiendo de una prohibición inicial hasta llegar a la situación actual de su licitud²⁹². Se considera publicidad comparativa aquella que se encuentra estructurada para que el consumidor perciba directamente el mensaje de confrontación de los productos que el anunciante compara y tengan las siguientes características: especificidad, objetividad y que den una apreciación de conjunto de los principales aspectos de los productos comparados. Este cambio se opera con

²⁹¹El Código de Autorregulación publicitaria (art. 33) establece que la publicidad debe mencionar el nombre de la competencia, debe comparar uno o más atributos específicos de los productos anunciados y debe anunciar o sugerir que la comparación puede ser respaldada por información verídica. En cuanto a la objetividad, el Artículo 33 del Código retoma los principios de honestidad y veracidad de la publicidad, para concluir que los productos o factores que se comparen sean susceptibles de comparación, bien sea por que fueron producidos en el mismo período de tiempo o por que reúnen similares características. De la misma forma, cuando se comparen productos que no correspondan al mismo nivel de precios, tal circunstancia debe ser anunciada.

²⁹²Originalmente el Reglamento de la Ley General de Industrias del Perú (Decreto Ley n° 18350) del año 1970 señalaba que constituía un acto de competencia desleal el realizar comparaciones publicitarias con los productos y/o servicios de los competidores (art. 111). Dicha disposición fue modificada en el año 1985, prohibiéndose únicamente las comparaciones publicitarias que tuviesen por objeto desacreditar los productos o servicios de un competidor. La norma antes mencionada fue derogada en el año 1990 por el DS 026-90-ICTI/IND, estableciéndose que se podían realizar campañas publicitarias, comparando la calidad, precio y beneficio de productos similares (vid. Comisión de represión de competencia desleal, [en línea], <www.jaeckelabogados.com>, [consulta: 2-9-2002], publicado 18-5-1988, Lima, Perú, p. 2.).

el Decreto Legislativo n° 691 que reconoció de manera definitiva en el Perú la licitud de la publicidad comparativa (artículo 8)²⁹³.

Las características de la publicidad comparativa son las siguientes: especificidad, objetividad y apreciación de conjunto de los productos comparados.

Cuando las alegaciones respecto de las características y/o beneficios de los productos comparados se refieran a productos o géneros de productos específicos. Se puede hacer de modo directo, aludiendo con nombre propio al producto comparado o mostrando el producto.

O se puede hacer de modo indirecto, esto es, suministrando o mostrando información distintiva que permita a un consumidor razonable, identificar los productos o géneros de productos comparados.

Hasta la actualidad, la Comisión ha conocido los siguientes supuestos de publicidad comparativa:

Supuesto de comparación entre marcas: El anunciante presenta su producto identificándolo con la marca o signo distintivo correspondiente y lo contrapone al producto de la competencia, el que también es identificado con su marca o signo distintivo, a fin de comparar sus ventajas y/o deficiencias.

Comparación entre géneros de productos: El anunciante presenta su género de producto y lo confronta con el género de la competencia.

Para la configuración de la publicidad comparativa es suficiente que el consumidor razonable distinga claramente los géneros de productos objeto de la comparación, independientemente de cualquier referencia a sus marcas.

Comparación entre un producto individualizado y un género de productos: El anunciante presenta su producto específicamente determinado e

²⁹³La Ley Sobre Facultades, Normas y Organización del INDECOPI Decreto Legislativo n° 691 (publicado en el Diario Oficial peruano, con fecha 19-11-1997), regula el sistema de control de la publicidad y sirve de base a la acción de la Comisión de Represión de la Competencia Desleal y a la Sala de Defensa de la Competencia del Indecopi para la solución de los casos de publicidad ilícita. El artículo 8 establece: "Artículo 8. Es lícito hacer comparaciones expresas de productos, incluyendo lo relativo a precios, si la comparación no denigra a los competidores ni confunde a los consumidores".

identificado por su marca u otro signo distintivo y un género de productos. En estos casos, el anuncio debe inducir al consumidor razonable a distinguir claramente el género de los productos objeto de la comparación.

Comparación entre un producto individualizado y productos identificables: El anunciante presenta su producto individualizado y otros productos que, pese a que no son identificados por su marca, se presentan con ciertas características que determinan que el consumidor razonable pueda identificarlos.

Las afirmaciones realizadas en relación a los productos contrapuestos en el anuncio comparativo deben referirse a características objetivamente comprobables para el consumidor razonable. Por ello, las diferencias o semejanzas confrontadas en un anuncio comparativo, deberán ser susceptibles de comprobación objetiva mediante métodos idóneos.

En ese sentido, conforme lo han venido estableciendo la Comisión y el Tribunal, las características que se comparen deben estar al nivel de hechos sustentados con datos de los productos comparados y versar sobre aspectos tangibles y verificables, los mismos que deben ser intrínsecamente comparables entre sí. Sin embargo, debe considerarse que ello no significa que el anunciante tenga que asumir una posición estrictamente neutral al realizar la publicidad comparativa.

En este orden de ideas, una comparación es objetiva en la medida que confronte características como precio, ingredientes, tamaño, medida, duración, preferencias entre los consumidores, entre otras, utilizando elementos que permitan una contrastación demostrable a través de cifras, pruebas estadísticas o cualquier otra información que mediante un análisis superficial sea percibida por un consumidor razonable como objetivamente verificable.

El anunciante deberá contar con el sustento probatorio de las afirmaciones que realice en el anuncio con anterioridad a iniciar su difusión. El referido sustento dependerá, en cada caso, de una serie de factores entre los cuales destacan la naturaleza del producto o servicio anunciado, el costo de

desarrollar las investigaciones necesarias, así como las expectativas generadas en los consumidores. Sin perjuicio de ello, deberá tratarse de un método idóneo que pueda probar la veracidad de las afirmaciones comprobables realizadas en el anuncio.

La comparación realizada debe contraponer las ventajas e inconvenientes que ofrecen los productos confrontados. Sin embargo, no debe entenderse que la comparación efectuada debe ser absolutamente exhaustiva ni que agote en su totalidad las características propias de los productos. De hecho los consumidores no esperan que el anunciante mencione todos y cada uno de los inconvenientes y ventajas de las mercancías o servicios comparados, bastando que la misma refleje una apreciación de conjunto del aspecto o aspectos (características) comparados; a partir de los cuales los consumidores podrían determinar su decisión de consumo.

B) Principios y requisitos de la publicidad comparativa

En la medida que la publicidad comparativa es una modalidad de la publicidad comercial debe ser evaluada a partir de los mismos estándares que se emplean para evaluar la publicidad comercial en general.

En ese sentido, el supuesto de publicidad comparativa se encuentra regulado por el artículo 8° del Decreto Legislativo n° 691, cuyo primer párrafo establece que en estos casos resulta de aplicación los principios generales que regulan la publicidad comercial; mientras que, en el segundo, se precisa las características que hacen que una publicidad deba ser considerada como comparativa.

Para la aplicación de las normas que regulan la actividad publicitaria, la Comisión y el Tribunal han venido aplicando un estándar de consumidor que responde a los principios y postulados del sistema económico de libre mercado, estableciendo como criterio interpretativo que el ámbito de protección de las normas sobre publicidad comercial se encuentra dirigido a la tutela de los "consumidores razonables". Bajo este criterio, un "consumidor razonable" es aquella persona que se desenvuelve en el mercado con diligencia ordinaria a fin de tomar decisiones prudentes. En este sentido, antes de tomar decisiones

de consumo, adopta precauciones comúnmente razonables y se informa adecuadamente acerca de los bienes y servicios que le ofrecen los proveedores.

Sin embargo, no se trata de un consumidor que antes de tomar su decisión de consumo busque información de todos y cada uno de los productos que se distribuyen en el mercado o que sea considerado un experto respecto de los bienes y servicios que adquiere, ni se trata de un consumidor que realiza un análisis complejo y alambicado de los anuncios, sino más bien, se trata de un consumidor que realiza una apreciación superficial de los anuncios que se difunden en el mercado, dándole a las palabras frases y oraciones y lo que éstas sugieren, un sentido común, una interpretación natural.

La Comisión ha establecido los requisitos de ésta publicidad:

- Los anunciantes estén en capacidad de acreditar, a través de medios probatorios idóneos, la veracidad de las afirmaciones objetivas que difunden por medio de sus anuncios, pues éstas sirven de sustento a las decisiones del consumidor.

- Los anunciantes tienen el deber de contar con todo el sustento probatorio que acredite adecuadamente las características objetivas atribuidas en sus anuncios a los productos y servicios promocionados, antes de lanzar una campaña de publicidad comparativa.

- Debe considerarse que, conforme a lo que han venido resolviendo la Comisión y el Tribunal y al marco legal vigente, la objetividad de las características sobre las que se basa la confrontación de los productos, no impide el uso del humor, la fantasía y la exageración en un anuncio comparativo.

Dichas afirmaciones publicitarias, como los juicios estimativos que no sean denigrantes o las apreciaciones subjetivas del anunciante que no aludan a un hecho sino que exteriorizan una opinión o sentimiento del anunciante, no tendrían que ser probados mediante métodos objetivos y serán ilícitas sólo en los casos en que denigren a los competidores y/o confundan o induzcan a error a los consumidores.

La publicidad comparativa -al igual que la publicidad en general- se encuentra sujeta al límite de no denigrar establecido en el artículo 7 del Decreto Legislativo nº 691.

La competencia leal no está exenta de situaciones en las que un comerciante considera que ciertas frases, imágenes, sonidos o cualquier otro tipo de manifestaciones o expresiones difundidas por un competidor podrían agraviar o denigrar la calidad de sus productos o la propia imagen comercial. Sin embargo, debe considerarse que en la competencia mercantil se genera una lucha entre las empresas competidoras por captar clientela de la que resultan vencedoras las empresas más eficientes. Dicha situación genera un daño concurrencial legítimo, es decir, se trata del perjuicio que se causan las empresas entre sí por el sólo hecho de competir en un mismo mercado y por ende esos casos no han sido considerados ilegales.

En ese sentido, los daños causados en la competencia, cuando se derivan de la publicidad comparativa, no se consideran denigración, sino que se considera consecuencia lógica de la competencia a través de la publicidad.

Sin perjuicio de lo expuesto, en el contexto de la publicidad comparativa se presenta una contraposición de las ventajas de los productos ofrecidos por el anunciante y las desventajas que a ese respecto presenten los productos del competidor -los cuales pueden ser fácilmente identificados por un consumidor razonable-; Por este motivo, la afectación de la imagen del producto del competidor aludido resulta ser un tema más sensible al momento en que el consumidor percibe el anuncio.

Por ello, en todos aquellos casos en los que los anunciantes han empleado en su publicidad comparativa frases e imágenes de tono despectivo o denigrante, en relación a los productos o a la imagen de las empresas competidoras, la Comisión ha declarado ilegales los anuncios por ser considerados como denigratorios, configurándose una violación del principio de libre y leal competencia mercantil.

Tampoco puede generar confusión en el consumidor pues entonces se convierte en ilícita y sancionable por los medios previstos en derecho.

C) Resolución del caso Procter Gamble del Perú vs Productos Sanitarios Sancela SA

a) Introducción

En Perú se ha resuelto de manera emblemática un caso de publicidad comparativa-publicidad denigratoria por la denuncia de Procter Gamble del Perú SA contra Productos Sanitarios Sancela SA²⁹⁴. Con la resolución y la doctrina asentada con este caso se consolida la publicidad comparativa en el Perú.

Como fundamento de su denuncia Procter Gamble manifestó que empresa denunciada venía difundiendo un anuncio televisivo denominado "camerino" en el cual hacía una comparación entre su producto -esto es la toalla higiénica de marca "Nosotras"- con las toallas higiénicas con cubierta de malla dentro de las cuales se encontraba la toalla higiénica identificada con la marca "Always", fabricada y comercializada por la denunciante, resaltando la superioridad de aquellas.

Como sustento a sus afirmaciones, Procter Gamble presentó un análisis elaborado por la División de Desarrollo de Productos de la empresa Procter & Gamble Latín América, respecto al nivel de protección de las toallas en cuestión, y un estudio realizado por la empresa Apoyo Opinión y Mercado SA, respecto al estudio de satisfacción-insatisfacción, todo lo cual permitiría concluir, según el dicho de la denunciante, que los beneficios de "mayor

²⁹⁴Vid. Resolución 18 de marzo de 1997, n° 168-97-TDC, INDECOPI, en [línea], google, [consulta 2-03-2003]. EL procedimiento se inicia por denuncia en primera instancia y resuelta por Resolución n° 012-97-CCD, de 18 de marzo de 1997, de la Comisión.

Apelado y visto en apelación por el Tribunal de Defensa de la Competencia, este confirmó la resolución apelada y hace una disertación sobre el alcance de la publicidad comparativa, reconocida en Perú, precisando las reglas de licitud de la misma. Con fecha 1 de abril de 1997 la empresa denunciante interpuso recurso de apelación contra la resolución mencionada elevándose el expediente al Tribunal de Defensa de la Competencia.

protección" y "no irritación" respecto a toallas higiénicas podían y debían ser comprobados de manera objetiva y no subjetiva.

En sus escritos de descargo, Productos Sancela señaló que el anuncio en cuestión "no compara la toalla higiénica "Nosotras" con otras toallas y mucho menos con la toalla higiénica "Always" y que en dicho anuncio sólo habían "frases y expresiones referidas a la toalla higiénica "Nosotras" y a algunas de sus cualidades o atributos." En ese sentido, señaló que el hecho de haber utilizado en el anuncio en cuestión las frases "más protección" y "sin irritación" no implicaba que se estaba realizando una comparación, siendo que dichas frases, según el dicho de la denunciada, sólo constituían expresiones superlativas utilizadas frecuentemente en la publicidad de toallas higiénicas.

De otro lado, sin perjuicio de lo mencionado en el párrafo anterior, la denunciada manifestó que "aún cuando en el anuncio se afirmara que "Nosotras" brinda más protección y produce menos irritación, a diferencia de "Always", tales afirmaciones serían ciertas". Como sustento a sus afirmaciones la denunciada acompañó un análisis comparativo de las toallas higiénicas "Always" y "Nosotras" realizada por los Laboratorios Sancela Colombia y una "Investigación cuantitativa Estudio Integral de Toallas Higiénicas" realizada por Investigadores y Consultores en Mercadeo S.A. (ICOM) en el mes de setiembre, consistente en la aplicación de un cuestionario estandarizado a usuarias de toallas higiénicas.

En la Resolución n° 012-97-CCD la Comisión consideró que el anuncio en cuestión constituía un supuesto lícito de publicidad comparativa por lo que debía cumplir con lo dispuesto en el artículo 8 del Decreto Legislativo N° 691²⁹⁵.

b) Análisis de las cuestiones en discusión

²⁹⁵Vid. Resolución n° 012-97-CCD, de 18 de marzo de 1997, de la Comisión, que la declara infundada al considerar que el anuncio en cuestión "camerino" no infringe las normas generales de publicidad, toda vez que las afirmaciones difundidas en dicho anuncio constituyen apreciaciones subjetivas del anunciante y, en tal sentido, no inducen a error al consumidor. El art. 8 del Decreto Legislativo 691 establece que la publicidad no puede llamar a engaño.

Toda comparación debe ser específica, veraz y objetiva, y debe dar una apreciación de conjunto de los principales aspectos de los productos comparados." Habiéndose establecido que las comparaciones expresas de productos están permitidas por nuestro ordenamiento legal, la Sala considera importante definir qué debe entenderse por publicidad comparativa.

Esta Sala concuerda con la Comisión en el sentido que en toda publicidad comercial subyace una vocación comparativa, en tanto persigue que el perceptor del anuncio infiera, por su experiencia, que el bien o servicio promocionado es superior a la generalidad de productos similares o sustituibles ofrecidos en el mercado. Sin embargo, ello no nos debe llevar a considerar que toda publicidad es comparativa.

La característica singular de la publicidad comparativa o de las comparaciones expresas -esto es, lo que la distingue de las demás manifestaciones de la publicidad comercial- es que en aquélla los anuncios son deliberadamente estructurados para confrontar dos o más bienes o servicios a fin de poner en manifiesto sus diferencias o semejanzas. En otras palabras, en la publicidad comparativa, el anunciante persigue fijar la atención del perceptor específicamente en uno o más productos o servicios de aquéllos que se ofrecen en el mercado. Esto implica que el consumidor debe percibir que el anuncio contiene una comparación expresa cuyos datos son apreciados como objetivamente verificables.

Así, el primer párrafo del artículo 8 del Decreto Legislativo n° 691 establece el principio general, siendo el segundo párrafo una precisión de las características que hacen que una publicidad deba ser analizada como comparativa.

En ese orden de ideas, es la opinión de esta Sala, que constituyen comparaciones expresas aquéllos anuncios que den a entender a un consumidor razonable, mediante una apreciación superficial, que se están

confrontando de manera objetiva características de dos o más productos identificables.

En ese sentido, constituyen comparaciones expresas aquéllos anuncios que tengan las siguientes características: especificidad, objetividad y que den una apreciación de conjunto de los principales aspectos de los productos comparados. Una comparación será específica cuando en el anuncio se confronten 2 o más productos claramente identificados o fácilmente identificables por un consumidor razonable. Cabe señalar que la confrontación puede hacerse también entre género de productos o entre un producto y un género de productos, siendo que sólo será específica en la medida que sean claramente identificados o fácilmente identificables por un consumidor razonable. En ese sentido, un producto y un género de productos serán claramente identificados en un anuncio cuando se haga alusión al signo distintivo que identifica al mismo y al tipo o categoría de productos que engloba el género. A manera de ejemplo, constituyen comparaciones específicas de este tipo: el anuncio en donde se confrontaba el producto "Arroz Costeño Graneadito" con el género de productos arroz a granel o el anuncio denominado "El Reto Pepsi deja que tu gusto decida" en donde se confrontaba el producto de marca "Pepsi" con el producto de marca "Coca-Cola".

De otro lado, un producto y un género de productos serán fácilmente identificables por un consumidor razonable cuando en un anuncio se transmita aquella información que, siendo distinta a la mencionada en el párrafo anterior, permita determinar o individualizar cual es producto o género de productos que está siendo confrontado. Dicha información puede estar constituida por ejemplo, por características propias de los productos o género de productos confrontados que hayan sido aprehendidas por los consumidores (tal sería el caso, por ejemplo, cuando se hiciera referencia a las características de la mantequilla frente a las de la margarina o a las características de la carne de cerdo frente a las de la carne de pollo.)

Por otro lado, una comparación será objetiva cuando las diferencias o semejanzas de los productos confrontados en un anuncio sean calificadas

como objetivamente verificables por un consumidor razonable. En tal sentido, una comparación será objetiva en la medida que confronte características tales como, precio, ingredientes, tamaño, medida, duración, preferencia entre los consumidores, entre otras, utilizando elementos que permitan un contraste demostrable a través de cifras, pruebas estadísticas o cualquier otra información que sea percibida por un consumidor razonable como objetivamente verificable. A manera de ejemplo, constituye comparación objetiva el anuncio denominado "El Reto Pepsi deja que tu gusto decida", anteriormente mencionado, en el cual se confrontaban el porcentaje de consumidores que prefería el producto "Pepsi" frente al porcentaje de los que preferían el producto "Coca-Cola" en base a información estadísticamente obtenida. De otro lado, una comparación dará una apreciación de conjunto de los principales aspectos de los productos comparados cuando se contrapongan las ventajas e inconvenientes que ofrecen cada uno de los mismos. Cabe señalar que no es necesario realizar una contraposición exhaustiva de las ventajas e inconvenientes, siendo que basta que aquélla refleje los aspectos a partir de los cuales un consumidor podría determinar su decisión de consumo. Las características de las comparaciones expresas se encuentran enunciadas en el artículo 8 del Decreto Legislativo n° 691.

Adicionalmente, en esta norma se establecen los requisitos que deben cumplir dichas comparaciones, que no son otros que los requisitos que debe cumplir cualquier otro tipo de publicidad comercial, esto es respetar el principio de veracidad (no engañando por implicancia u omisión) y el principio de lealtad (no induciendo a los consumidores a confusión ni denigrando a los competidores), contenidos en los artículos 4 y 7 del Decreto Legislativo n° 691, respectivamente.

En ese sentido, es la opinión de esta Sala que el artículo 8 del Decreto Legislativo n° 691 tiene como función primordial el establecer que las comparaciones expresas están permitidas, siempre y cuando sean veraces y no denigren al competidor -siendo los principios a respetar los de veracidad y lealtad-, ello como consecuencia del proceso de evolución y flexibilización de la Legislación nacional. De otro lado, dicho artículo señala cuales son las

características que distinguen a dichas comparaciones para poder ser consideradas publicidades comparativas, esto es, la especificidad, la objetividad, que den una apreciación de conjunto de los principales aspectos comparados y la veracidad. Sin embargo esta última característica, tal y como se ha señalado anteriormente, constituye en realidad un requisito que debe ser cumplido no sólo por las comparaciones expresas, sino por todo anuncio. Atendiendo a lo expuesto, cuando en un anuncio se realice una comparación que no sea expresa -esto es por no tener las tres características analizadas-, aquél constituye un anuncio publicitario comercial común y se rige por las normas generales del Decreto Legislativo n° 691. A manera de ejemplo, si en un anuncio se confrontan dos productos claramente identificados - es decir mostrando la marca que identifica a los mismos- pero, sin embargo, dicha confrontación no es objetiva, dicho anuncio constituye publicidad comercial común que será lícita siempre y cuando no infrinja el principio de veracidad y lealtad.

Como se puede apreciar, la función del artículo 8 del Decreto Legislativo n° 691 es autorizar el uso de la comparación expresa en la publicidad, flexibilizando así el tratamiento que respecto a este tema daba la legislación peruana anterior. Por ello, la atención debe centrarse en el primer párrafo del artículo, debiendo interpretarse el segundo párrafo como una descripción de qué debe entenderse por publicidad comparativa, sin que ello implique que los anuncios que no cumplan con las características mencionadas sean ilegales, siendo que sólo dejan de ser publicidad comparativa. III.2. Aplicación del concepto de publicidad comparativa al caso concreto.

En el presente punto y atendiendo a los criterios expuestos anteriormente es necesario realizar un análisis del anuncio materia de denuncia con la finalidad de determinar si el mismo constituye publicidad comparativa en los términos establecidos en el artículo 8 del Decreto Legislativo n° 691.

De acuerdo a lo expuesto en el punto III.1 de la presente resolución, para que un anuncio sea calificado como comparación expresa o publicidad comparativa debe contener tres características

particulares: especificidad, un consumidor razonable puede identificar los productos o género de productos confrontados; objetividad, las diferencias o semejanzas de los productos confrontados en un anuncio son calificadas como objetivamente verificables por un consumidor razonable; y, dar una apreciación de conjunto de los principales aspectos de los productos comparados, mostrar las principales ventajas e inconvenientes del aspecto o aspectos de cada uno de los productos confrontados. En el anuncio materia del presente procedimiento, se muestra dentro de un camerino a dos modelos haciendo las siguientes afirmaciones frente a cámaras:

Modelo 1: Aquí entre nosotras, no todo está dicho en toallas higiénicas.

Modelo 2: Por ejemplo, antes para sentirme seca yo usaba esas toallas con malla en la cubierta, pero ese plastiquito en los lados ufl me irritaba la piel.

Modelo 1: Ahora para nosotras eso quedó atrás. Modelo 2: Porque la

cubierta de Nosotras es mucho más suave para esa parte tan delicada. Modelo

1: Por eso nos da más protección sin irritación. Modelo 2: ¿Y sabes que más?

Como esta zona no es igual que esta otra, Nosotras tiene también formas distintas: ancha para adelante y angosta para atrás. Modelo 1: Para nosotras,

Nosotras plus con alas. Modelo 2: Y Nosotras invisible, también con alas.

De la revisión de las imágenes y las frases difundidas en el anuncio "camerino" se desprende que se están confrontando la toalla higiénica "Nosotras" con el grupo o género de toallas higiénicas cubiertas con el material denominado malla -polietileno perforado-, haciendo hincapié en las presuntas ventajas que tendrían las consumidoras al utilizar una toalla higiénica que no esté cubierto con dicho material.

Contrariamente a lo manifestado por Procter & Gamble en reiteradas oportunidades, en el presente procedimiento no ha quedado acreditado que las toallas higiénicas cubiertas con malla sean asociadas por un consumidor razonable con las toallas higiénicas de marca "Always", siendo que sólo ha demostrado poseer una participación significativa en el

mercado de toallas higiénicas cubiertas con malla, teniendo el mayor nivel de ventas en el mismo.

Es la opinión de esta Sala que la denominación "malla" constituye una frase común utilizada en este mercado para identificar al material polietileno perforado, en tal sentido, no puede afirmarse que cuando se menciona dicha denominación se está haciendo referencia a un producto específico. A mayor abundamiento, de las pruebas que obran en el expediente, se desprende que existen en el mercado muchas otras toallas higiénicas cubiertas con malla (tal es el caso de Mimosa, Serena o Kotex), por lo que no puede afirmarse que cuando se hace referencia a este género de productos en el comercial materia de denuncia, se está aludiendo específicamente a los productos identificados con la marca "Always".

En este sentido, según la Sala, un consumidor razonable realizando una apreciación superficial puede determinar que en el anuncio en cuestión se está confrontando el producto anunciado (toalla higiénica "Nosotras") con un género determinado de productos (toallas higiénicas con cubierta de malla), por lo cual, atendiendo a lo expuesto en párrafos precedentes, la comparación es específica.

Por otro lado, sin embargo, esta Sala considera que por el contexto en el que se ha realizado el anuncio "camerino" y por la forma en que las afirmaciones han sido formuladas, la confrontación entre la toalla "Nosotras" y el género de toallas con malla no es objetiva, y, por tanto, no puede ser considerada como publicidad comparativa. En efecto, el anuncio materia de denuncia, tal y como su nombre lo indica, se desarrolla en un camerino donde dos modelos, mientras se arreglan, comparten frente a cámaras los supuestas beneficios que les brinda el utilizar una toalla higiénica cubierta con tela no tejida.

Cabe señalar que la mayoría de anuncios de toallas higiénicas utilizan la misma trama, es decir muestran a una consumidora o a un grupo de ellas quienes comparten frente a cámaras las experiencias personales que tienen al

utilizar la toalla higiénica anunciada. En este sentido, por ejemplo, para resaltar las bondades del producto anunciando las modelos, haciendo referencia al mismo, utilizan frases como "me siento más seca, más limpia, más protegida", "me da más protección", entre otras. Esta presentación común no lleva a un consumidor razonable a considerar que se están dando características objetivamente verificables. La trama indica, por el contrario, una opinión personalizada de las participantes en este tipo de anuncios.

Atendiendo a lo expuesto anteriormente, las afirmaciones como las mencionadas en el párrafo anterior difundidas en los anuncios de toallas higiénicas no son más que apreciaciones subjetivas del anunciante personalizadas en las modelos que tienen por finalidad mostrar las ventajas o bondades que brinda el producto anunciado. Finalmente, serán las propias consumidoras quienes decidan cual de todos los productos ofertados utilizar de acuerdo a sus propias necesidades y expectativas, considerando las afirmaciones hechas como subjetivas y, por tanto, simples opiniones de las que es posible discrepar según la situación de cada consumidora específica.

En ese contexto, un consumidor razonable comprende las afirmaciones hechas como no generalizables, es decir como la afirmación de un personaje que describe una ventaja personalmente identificada. Es evidente que la comodidad o no del producto depende no sólo de las características del mismo sino de los gustos, preferencias y situación concreta de cada consumidora. La publicidad en cuestión sólo trata de transmitir una sensación que por subjetiva puede ser cierta en algunos casos y falsa en otros. Ello es identificable por la propia consumidora en base a su propia experiencia.

En ese orden de ideas, es la opinión de esta Sala que las afirmaciones difundidas por las protagonistas del anuncio en cuestión, son aprehendidas por un consumidor razonable como apreciaciones subjetivas del anunciante respecto de su producto consistentes en mostrar las diferentes bondades que éste ofrece. En ese sentido, un consumidor razonable percibe que las alusiones hechas al género de toallas con malla con la finalidad de mostrar las supuestas ventajas del producto anunciado no son objetivamente verificables.

Distinto hubiera sido el caso, por ejemplo si es que las alusiones hechas a las toallas con malla se hubieran presentado en el anuncio como resultado de un estudio estadístico o médico científicamente demostrable y verificable.

Cabe señalar que, al considerar que toda publicidad comparativa debe presentar las características de especificidad, objetividad y dada una apreciación en conjunto de los principales aspectos comparados en forma conjunta, y siendo que en el presente caso no se ha configurado el segundo supuesto, esta Sala considera innecesario realizar un análisis respecto a la apreciación en conjunto de los principales aspectos comparados en el anuncio en cuestión, toda vez que dicho anuncio no contiene una comparación objetiva.

Sin embargo, corresponde a continuación analizar si el anuncio materia de denuncia infringe los principio de veracidad y lealtad, toda vez que, tal y como se ha mencionado a lo largo de la presente resolución, dichos requisitos no sólo deben ser cumplidos por las comparaciones expresas sino por todo anuncio publicitario.

Por lo expuesto, esta Sala considera que la denuncia debe declararse infundada en este extremo.

c) Presunta infracción al principio de veracidad

El artículo 4 del Decreto Legislativo nº 691 consagra el principio de veracidad que debe cumplir todo anuncio publicitario. En ese sentido, y atendiendo a que los consumidores quedan influenciados mediante un examen superficial de los anuncios, estos no deben contener información que puedan inducir a error a aquellos a quienes van dirigidos.

Es por ello que en el artículo 15 del Decreto Legislativo nº 691 se establece que cualquier ilustración, descripción o afirmación contenida en un anuncio publicitario debe ser susceptible de prueba por el anunciante en cualquier momento. De la lectura de los artículos mencionados anteriormente,

se desprende que son susceptibles de prueba por parte del anunciante aquellas ilustraciones, descripciones o afirmaciones realizadas en un anuncio que puedan inducir a error al público consumidor, siendo que aquéllas podrían desviar las preferencias de consumo en el mercado.

Por otro lado, existen frases que no están sujetas al requisito de comprobación por parte del anunciante, toda vez que son juzgadas como apreciaciones subjetivas, exageraciones publicitarias, humor o fantasía y, en tal sentido, no inducen a error a los consumidores. Al respecto cabe traer a colación el precedente de observancia obligatoria establecido por la Sala en la Resolución n° 014-97-TDC (Consortio de Alimentos Fabril Pacifico SA y Nicolini Hermanos SA contra Compañía Transcontinental del Perú SA y Publicitas/Imaa Inc. de Publicidad SA -Costeño Graneadito), el cual señala que: "Para la aplicación del principio de veracidad contenido en el artículo 4 del Decreto Legislativo n° 691, debe distinguirse en qué casos una afirmación queda sujeta a la obligación del anunciante de probar su veracidad conforme a lo dispuesto en el artículo 15 del mencionado Decreto Legislativo y en qué casos no existe tal obligación. Ello depende de cómo es percibida una afirmación por un consumidor razonable.

Las afirmaciones que, por la forma como han sido formuladas, contienen información que puede ser considerada como objetivamente verificable por un consumidor en los términos expuestos, están sujetas al principio de veracidad.

Por el contrario, las afirmaciones que son percibidas por el consumidor como opiniones subjetivas y, por tanto, no verificables, no están sujetas a comprobación". Atendiendo a lo expuesto en el punto III.2 de la presente resolución, la frase "nos da más protección sin irritación" es parte de las afirmaciones difundidas en el anuncio en cuestión que son percibidas por un consumidor razonable como apreciaciones subjetivas del anunciante, por lo que, en base a lo mencionado en el párrafo anterior, no está sujeta al requisito de comprobación.

Como se mencionó en el punto III.2 de la presente resolución, distinto hubiese sido el caso si se hubiera mostrado en el anuncio el resultado de un estudio para corroborar la frase en cuestión o que dicha frase hubiese sido formulada de tal manera que hubiera dado a entender que toda consumidora opinaría lo mismo. A mayor abundamiento, tal y como se señaló anteriormente, la frase difundida sólo trata de transmitir una sensación que puede ser cierta o no, hecho que finalmente podrá ser verificado por las propias consumidoras dependiendo si las características del producto mostradas satisfacen sus necesidades. En ese sentido, esta Sala comparte el criterio de la Comisión en el sentido que la frase en cuestión constituye una apreciación subjetiva del anunciante respecto a las bondades que brindaría su producto "Nosotras" frente al género de toallas higiénicas con malla, y como tal no induce a error al consumidor razonable por lo que no está sujeta a comprobación por parte de la empresa denunciada. En todo caso, esta Sala considera pertinente señalar que incluso en el negado supuesto que el anuncio materia de de aquella hubiera inducido a error a las consumidoras, la mala interpretación hubiera podido ser corregida fácilmente por las propias consumidoras a quienes va dirigido dicho anuncio, toda vez que son consumidoras que pueden experimentar su uso en este mercado y, en tal sentido, pueden determinar por cuenta propia las ventajas y desventajas que les brindarían los materiales que componen cada toalla higiénica.

En ese orden de ideas, esta Sala considera que la denuncia de declararse infundada en este extremo.

d) Presunta infracción del principio de lealtad

El principio de lealtad contenido en el artículo 7 del Decreto Legislativo nº 691, indica, por un lado, que los anuncios no deben imitar a otros de forma tal que lleven a confusión a los consumidores. Asimismo, señala que los anuncios no deben denigrar, en forma directa o por implicación, a ningún producto o competidor.

De otro lado, respecto al segundo supuesto, esta Sala debe señalar que la frase "pero ese plastiquito en los lados ufl..." cuestionada por la denunciante, es utilizada en el mismo contexto descrito en el punto III. anterior. En ese sentido, esta Sala es de la opinión que dicha frase constituye una apreciación subjetiva del anunciante con la finalidad de resaltar una de las ventajas que brinda su producto - esto es la utilización de tela no tejida, en vez de plástico, en los lados de la toalla higiénica.

En ese sentido, la utilización de la palabra "plastiquito" en la frase en cuestión, no es entendida por un consumidor razonable de tono despectivo, toda vez que, dentro del contexto en que es mencionada, es percibida como parte del esfuerzo que realiza el anunciante para destacar una alternativa de solución que ofrece su producto para aquellas consumidoras a las cuales las toallas higiénicas con malla les produce incomodidad o irritación en los lados.

Esta Sala es de la opinión que el anuncio materia de denuncia tampoco ha infringido el principio de lealtad, en virtud a que no se ha generado ningún tipo de descrédito a las toallas higiénicas cubiertas con malla o a alguna empresa competidora en el mercado de dicho producto; razón por la cual, esta Sala considera que la denuncia debe declararse infundada en este extremo. Con respecto a lo mencionado por la denunciante en relación a la aplicación en el presente caso de lo establecido por el Decreto Ley n° 26122 -Ley de Represión de la Competencia Desleal-, esta Sala considera importante señalar que la materia publicitaria se encuentra regulada de manera específica por el Decreto Legislativo N° 691 y, en tal sentido, sólo dicha norma es aplicable a los casos referidos a publicidad.

CAPITULO III DIRECTIVA 97/55/CE, DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO SOBRE PUBLICIDAD COMPARATIVA

I. INTRODUCCIÓN	138
II. DIRECTIVA 84/450/CEE DEL CONSEJO DE 10 DE SEPTIEMBRE DE 1984 RELATIVA A LA APROXIMACIÓN DE LAS DISPOSICIONES LEGALES REGLAMENTARIAS Y ADMINISTRATIVAS DE LOS ESTADOS MIEMBROS EN MATERIA DE PUBLICIDAD ENGAÑOSA	139
III. ANTECEDENTES DE LA DIRECTIVA SOBRE PUBLICIDAD COMPARATIVA	
1. Introducción	140
2. Directiva comunitaria en materia de publicidad comparativa.	
Evolución	142
A) Antecedentes	142
B) Estudio de las dos primeras propuestas de directivas	145
C) Estudio del concepto de publicidad comparativa en la propuesta de directiva	
a) Concepto	146
b) Requisitos de licitud	147
3. Influencia de las propuestas de Directiva en el derecho español	150
4. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en materia de publicidad comparativa	
A) Etapa previa a la aprobación de la Directiva	151
B) Jurisprudencia posterior a la aprobación de la Directiva	
a) Caso Código de Conducta Profesional	153
b) Caso Thosiba vs Katum	153

c) Caso As. C-44/01 As. Pippig vs Hartlauer	154
d) Caso Ryanair vs Lufthansa	155

IV. DIRECTIVA 97/55/CE, DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO SOBRE PUBLICIDAD COMPARATIVA QUE MODIFICA LA DIRECTIVA SOBRE PUBLICIDAD ENGAÑOSA MEDIANTE LA INCLUSIÓN DE LA PUBLICIDAD COMPARATIVA

1. Introducción	155
2. Estudio comparativo con las dos Primeras Propuestas de Directivas sobre publicidad comparativa	158
3. Concepto	
A) Considerandos	159
B) Definición	163
4. Requisitos de licitud	168
5. Marcas europeas y publicidad comparativa	170
6. Régimen de control y reclamaciones	
A) Introducción	172
B) Carga de la prueba	175
C) Reclamaciones	177
D) Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre reclamaciones en materia de publicidad comparativa	178
7. Traslación	
A) Traslación general	181
B) Traslación al derecho español	183

V. CODIGO DEONTOLOGICO PARA PUBLICIDAD INFANTIL

1. Principios	184
2. Directrices	186
3. Principios de publicidad comparativa infantil	187
VI. CONCLUSIÓN	188

1. INTRODUCCIÓN

La creación de la Unión Europea (UE) supone grandes transformaciones de todo tipo entre los Estados miembros y sobre todo legales. De aquí que la materia de la publicidad también sea objeto de regulación en todas sus manifestaciones. Esta regulación ésta en la línea de los objetivos políticos trazados al fundar la UE, o sea la creación de un espacio común, donde es prioritaria la protección de los consumidores a un nivel alto y el fomento de la competencia. Desde 1981, el Consejo consideró la necesidad de dictar normas que protegieran al consumidor de la publicidad y de la competencia desleal, dentro del mercado único, que era el objetivo fundacional de la UE.

En consonancia con los objetivos políticos mencionados, se aprobó el segundo programa de la CEE para una política de información y protección al consumidor denominado <<Instrucción y Formación de los Consumidores>>, que consideró adecuada la publicidad comparativa y la comparación de precios, como mecanismo de información a los consumidores sobre productos similares.

Paralela a esta consideración, la existencia de normas sobre publicidad comparativa contradictorias entre sí en los distintos Estados miembros generaba distorsiones a la competencia en el mercado único²⁹⁶.

Esta problemática justificó, además de la aprobación de una serie de normas por la UE, que no son objeto de atención en este trabajo, la aprobación de dos Directivas sobre publicidad: La Directiva del Consejo de 10 de septiembre de 1984 relativa a la aproximación de las disposiciones legales reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad engañosa y la Directiva 97/55/CE, del Parlamento europeo y del

²⁹⁶ Como los casos planteados de publicidad que es lícita en un país e ilícita en el vecino, obstaculizando la libre circulación de mercancías.

Consejo, sobre publicidad comparativa que modifica la Directiva sobre publicidad engañosa mediante la inclusión de la publicidad comparativa.

De esta manera, la primera Directiva comunitaria regulaba la publicidad considerada engañosa en 1984, no entrando a regular de una manera completa todas las demás figuras publicitarias (desleal, subliminal y comparativa).

Transcurrido un largo periodo de tiempo, de más de doce años, se aprueba la Directiva 97/55/CE, sobre publicidad comparativa²⁹⁷. En la exposición de Motivos se manifiesta que es «una manera legítima de informar a los consumidores de las ventajas que pueden obtener»

II DIRECTIVA 84/450/CEE DEL CONSEJO DE 10 DE SEPTIEMBRE DE 1984 RELATIVA A LA APROXIMACIÓN DE LAS DISPOSICIONES LEGALES REGLAMENTARIAS Y ADMINISTRATIVAS DE LOS ESTADOS MIEMBROS EN MATERIA DE PUBLICIDAD ENGAÑOSA

La Directiva sobre publicidad engañosa fue el primer intento de armonizar un sector tan problemático como la publicidad y trata de proteger a los consumidores, a los competidores y al interés general contra la publicidad considerada engañosa²⁹⁸.

La publicidad considerada engañosa es aquella que induce o puede inducir a error al consumidor o perjudicar o ser capaz de perjudicar a un competidor.

Esta Directiva sentaba las bases mínimas que han de contener las leyes de los Estados miembros de la UE, cuando aprueben su ley nacional. El TJCE ha sostenido, en su jurisprudencia, que la Directiva sólo contiene criterios

²⁹⁷ La demora en regular la publicidad comparativa fue a causa de la polémica que esta figura levantaba en los países miembros, con enfoques prohibitivos en la mayoría de los países, véase TATO PLAZA, *La publicidad comparativa*, oc. y el capítulo 2 de este estudio, entre otros.

²⁹⁸ Artículo 1 de la Directiva, además en el preámbulo se señala que se trataba de favorecer la publicidad transfronteriza.

objetivos mínimos que han de tenerse en cuenta para determinar el carácter engañoso, así como las exigencias mínimas para proteger a los consumidores y usuarios contra la publicidad engañosa. Será la ley de cada Estado la que desarrolle su propia ley contra la publicidad engañosa²⁹⁹.

No obstante el acierto de aprobar esta Directiva, no reguló de manera completa todos los aspectos de la publicidad³⁰⁰, manteniéndose todavía divergencias y contradicciones entre los países de la UE. En cuanto a la publicidad comparativa no hubo acuerdo de regularla y no es citada, por lo que no está prohibida y habría que estar a lo dispuesto en los Derechos positivos de cada país y lo resulto por los Tribunales de Justicia europeos.

Paralelo a esta normativa, la UE fue aprobando otras normativas sobre protección del consumidor, elevando el techo de protección de los consumidores a un nivel cada vez más alto. Destacan las Directivas sobre etiquetado y envasado de productos, la Directiva sobre publicidad en radiodifusión televisiva o televisión sin fronteras (Directiva 89/552/CEE, modificada por la Directiva 97/36/CEE), la Directiva sobre etiqueta ecológica, etiqueta de productos pesqueros, Directiva sobre publicidad comparativa, etc.

III ANTECEDENTES DE LA DIRECTIVA COMUNITARIA SOBRE PUBLICIDAD COMPARATIVA

1. Introducción

En los años 60 del pasado siglo, debido a las legislaciones tan diferentes y contradictorias en Europa y a la influencia de Norteamérica³⁰¹, ya se manifiesta el legislador comunitario a favor de armonizar la legislación

²⁹⁹ La Ley General de Publicidad, Ley34/88, de 11 noviembre, es aprobada en España en aplicación de esta Directiva.

³⁰⁰ Conceptos como el de <<consumidor medio>>, <<veracidad>>, etc., no han sido definidos, con lo cual se han dado divergencias entre la legislación y la interpretación jurisprudencial en los distintos países, que no son deseables en el mercado único en que se ha convertido la UE.

³⁰¹ Es en Norteamérica donde se empieza a utilizar masivamente en los años 60 del pasado siglo y en donde comienzan los primeros estudios sobre la problemática de la publicidad comercial y comparativa, que tendrán su reflejo en Europa.

comunitaria en materia de competencia desleal³⁰². Esta disparidad de regulaciones sobre la publicidad comparativa creaba dificultades en el funcionamiento del mercado único al que se aspiraba, pues obligaba a las empresas a realizar una publicidad en un país distinta a la de otro, con los costes y las confusiones que ello generaba, según se permitiera o no la publicidad comparativa³⁰³. También el problema de las reclamaciones por transacciones transfronterizas impelía a las instituciones comunitarias a tomar iniciativas en este sentido.

El primer estudio sobre este objetivo armonizador se realiza por el Instituto Marx Planck de Munich, a propuesta de la Comisión Europea de las Comunidades Europeas³⁰⁴. Recibido el estudio por la Comisión a mediados de los sesenta, ésta lo resumió en un único documento. Este documento fue publicado en 1968 con el título <<El derecho de la competencia desleal en los Estados miembros de la Comunidad Europea>> (Das Recht des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft). Este documento partía de la idea básica de prohibición de la publicidad comparativa, tan arraigada en algunos países, pero consideraba que había que señalar aquellos casos en que se justificaba una publicidad comparativa, siguiendo la normativa alemana³⁰⁵.

Este documento fue enviado a los Estado miembros y, también, paralelamente, se envió un cuestionario a las asociaciones industriales y comerciales más representativas de la Comunidad, para que se posicionaran al respecto. Los resultados de la encuesta se publicaron en un documento titulado <<armonización del derecho de la competencia desleal: informe sobre la

³⁰² Como señala SCHRICKER, en *Festschrift für Zweigert*, p. 537, citado por TATO PLAZA, en *La publicidad comparativa*, p. 140, oc., siempre que el legislador comunitario anuncia la armonización de las leyes comunitarias empezamos un largo periodo de espera.

³⁰³ El art. 30 del Tratado de Roma establece el principio de libre circulación de mercancías, lo cual puede ser obstaculizado en la práctica con la prohibición de la publicidad comparativa. Nota del autor.

³⁰⁴ Sobre este tema SCHRICKER, *GRUR Int*, 1973, p. 141. SCHRICKER, en *WRP*, 1977, p. 1.

³⁰⁴ SCHRICKER, en *GRUR int*, 1973, p. 141.

³⁰⁵ SCHRICKER, *GRUR Int.*, 1973, p. 141.

³⁰⁵ SCHRICKER, en *GRUR int.*, 1973, p. 141.

posición de las Asociaciones industriales y comerciales más representativas en el Mercado Común>>, con fecha 5 de febrero de 1970³⁰⁶.

Los primeros trabajos a favor de la armonización se inician en 1972, con la publicación el 28 de febrero de 1972 de un trabajo de la Comisión sobre la competencia desleal, donde se recomendaba indicar en que casos era admisible la publicidad comparativa y en cuales no³⁰⁷.

Fecha clave es noviembre de 1972, donde en una reunión habida en Bruselas para discutir esta cuestión, se toma una decisión clave: la admisión de la publicidad comparativa³⁰⁸.

En dicha reunión el profesor Eugen Ulmer propone, y se acepta, que la publicidad comparativa se admita siempre que, por su efecto informativo, beneficie al consumidor. A partir de entonces todos los trabajos sobre armonización partirán de la aceptación de la publicidad comparativa.

2. Directiva Comunitaria en materia de publicidad comparativa: evolución

A) Antecedentes

Paralizados los trabajos sobre la armonización por motivos políticos, en 1976 la Comisión presenta un Anteproyecto de Directiva sobre esta materia, aceptando la licitud de la publicidad comparativa, siguiendo las ideas del profesor Eugen Ulmer.

El art. 6 de este Anteproyecto establecía: <<1. Por publicidad comparativa se entiende cualquier publicidad que establezca una confrontación comparativa entre los bienes, los servicios, la reputación o los caracteres del

³⁰⁶ SCHRICKER, *GRUR Int.*, 1973, p. 144. SCHRICKER, en *WRP*, 1977, p. 1.

³⁰⁷ SCHRICKER, *GRUR Int.*, 1973, p. 145.

³⁰⁸ Sobre la reunión ver en *GRUR int.* 1973, p. 135 ss.

usuario de la publicidad y los bienes, los servicios, la reputación o los caracteres de cualquier otra persona.

2. La publicidad comparativa está prohibida: a) en el caso de que ésta constituya un tipo de publicidad engañosa con arreglo al art. 3 de esta Directiva; b) en el caso de que, no constituyendo de por sí una publicidad engañosa con arreglo al mencionado artículo, se base sobre hechos que reflejan una elección desleal³⁰⁹.

El primer Anteproyecto fue objeto de numerosas críticas por los expertos convocados por la Comisión. A consecuencia de esto se aprobó un segundo Anteproyecto por la Comisión. Este segundo Anteproyecto partía también de la licitud de la publicidad comparativa y dejaba redactado el art. 6 de la siguiente manera: <<1. Por publicidad comparativa se entiende toda publicidad que implícita o explícitamente compare los bienes o servicios del anunciante con los bienes o servicios de otra persona. 2. La publicidad comparativa estará permitida: a) cuando no constituya publicidad engañosa a efectos del artículo 3 de esta disposición; b) cuando, considerando entre otros casos, la compatibilidad de los bienes o servicios correspondientes, el tipo de características comparadas y la medida en que los datos comparados son relevantes y susceptibles de control, no constituya publicidad desleal en el sentido del art. 5 de esta Directiva>>³¹⁰.

Sometido el segundo anteproyecto a informe y análisis de expertos, tanto en octubre de 1976 como en febrero de 1977, la Comisión procedió a elaborar un tercer Anteproyecto de Directiva³¹¹.

La redacción de un nuevo y tercer Anteproyecto no fue pacífica. La posición Británica de no regular la competencia desleal en su conjunto como sucedía con las anteriores propuestas, y la posición de la Comisión favorable a

³⁰⁹ Véase un estudio de este precepto en BACHARACH DE VALERA, pubtec., nº 61 (1983), p. 35.

³¹⁰ Véase en BACHARACH DE VALERA, pubtec., nº 61 (1983), p. 35.

³¹¹ Una versión en lengua española de este tercer anteproyecto se encuentra en Pubtec., nº 45, 1978, p. 159 ss.

mantener la protección de los consumidores y usuarios, posibilitó un nuevo Anteproyecto limitado a la regulación de la publicidad engañosa y comparativa. Como señala GARCIA CRUCES GONZALEZ³¹², la propuesta de armonización de la competencia desleal quedó reducida al Derecho Publicitario, para proteger los derechos de los consumidores.

En el nuevo tercer Anteproyecto se mantiene la licitud de la publicidad comparativa, pero redactando el art. 6 de manera más simple <<la publicidad comparativa esta permitida cuando no sea engañosa ni desleal>>.

Con el nuevo planteamiento, la Comisión presentó al Consejo, el día 1 de marzo de 1978, un primer proyecto de Directiva para la armonización de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad engañosa y desleal³¹³.

Este proyecto seguía considerando lícita la publicidad comparativa en los siguientes términos (art. 4): <<la publicidad comparativa es lícita cuando compara datos esenciales y comprobables y no es engañosa ni desleal>>³¹⁴.

Esta Directiva fue presentada a Dictamen, conforme a procedimiento, al Comité Económico y Social y al Parlamento Europeo. Aunque se propusieron reformas ninguna se refería a la publicidad comparativa que quedaba como estaba en el art. 4. Con base a estas reformas se aprobó un segundo proyecto de Directiva. Este Proyecto de Directiva fue presentado al Consejo el día 10 de julio de 1979³¹⁵. No obstante, este Proyecto tampoco se aprobó por la oposición de Inglaterra de regular materias de competencia desleal.

De manera imprevista el Consejo aprobó la Directiva para la aproximación de las Disposiciones legales, reglamentarias y administrativas en

³¹² Citado por TATO PLAZA, en *La publicidad comparativa*, p. 254., en su escrito en RIE, 1985, p. 452.

³¹³ Vid 4 ADI (1977), p. 601 ss.

³¹⁴ FERNANDEZ NOVOA, *Estudios de derecho de la publicidad*, oc. p. 270-271.

³¹⁵ Sobre este segundo proyecto de Directiva, véase en español 6 ADI (1979-80), p. 443 ss.

materia de publicidad engañosa el 10 de septiembre de 1984. La motivación era la voluntad de avanzar en el ámbito de la protección de los consumidores.

La exclusión de la regulación de la publicidad comparativa no fue definitiva, sino que quedaba como proyecto de futuro. En este sentido se pronunció la Exposición de Motivos de la Directiva: <<es en interés del público en general, de los consumidores, así como de las personas que compiten en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o liberal en el seno de un mercado común, armonizar, en una primera fase, las disposiciones nacionales en materia de protección contra la publicidad engañosa y, en una segunda fase, ocuparse de la publicidad desleal así como, en caso necesario, de la publicidad comparativa>>.

B) Estudio de las dos Primeras Propuestas de Directivas

Con base a la línea y evolución seguida se aprueba la primera propuesta de Directiva del Consejo sobre publicidad comparativa el 28 de mayo de 1991.

La Comisión Europea señala tres razones para justificar esta Propuesta: regular esta materia tan importante, mejorar la información de los consumidores y fomentar la competencia³¹⁶.

La publicidad comparativa aparece como lícita y se define en la Propuesta en el art. 1.2: <<toda publicidad que identifique implícita o explícitamente a un competidor o a los bienes o servicios de la misma naturaleza ofrecidos por un competidor>>.

No obstante lo anterior, la aparición del Tratado de Maastricht el 7 de febrero de 1992 supone un freno a la aprobación de la Propuesta de Directiva por el carácter subsidiario que se declara de la normativa comunitaria sobre los derechos nacionales. Sobre la base de este criterio se levantan voces contra la aprobación de la Propuesta de Directiva.

A pesar de ello siguen los trabajos del Consejo Económico y Social y del Parlamento Europeo y se aprueba una modificación de la Propuesta de Directiva.

Dicha Propuesta modificada no cambia la definición de publicidad comparativa (art. 1.2) pero sí el régimen jurídico (art. 1.3). El art. 1,2 establece: <<toda publicidad que aluda explícita o implícitamente a un competidor o a los bienes o servicios de la misma naturaleza ofrecidos por un competidor>> que es la definición clásica pero establece, para el régimen jurídico, las consideraciones del art. 1.3, que dice: <<1. La publicidad comparativa solo se autorizará si compara, de modo objetivo, características esenciales, pertinentes, siempre verificables, seleccionadas equitativamente y representativas de bienes o de servicios que compitan entre sí, y que: a) no sea engañosa; b) no pueda dar lugar a confusión en el mercado entre el anunciante y un competidor o entre las marcas, los nombres comerciales, otros signos distintivos, los bienes o los servicios del anunciante y los de un competidor; c) no cause el descrédito, la denigración o el menosprecio de las marcas, nombres comerciales, bienes, servicios o actividades de un competidor y no se aproveche principalmente de la notoriedad vinculada a una marca o al nombre comercial de un competidor; d) no tenga por objeto la personalidad o la situación personal de un competidor. 2. La publicidad comparativa deberá indicar durante cuanto tiempo se mantienen las características de los bienes o servicios comparados cuando sean objeto de una oferta especial o de carácter temporal>>.

C) Estudio del concepto de publicidad comparativa en la propuesta de Directiva

a) Concepto

En cuanto al concepto ofrecido en el art. 1.2 la Doctrina ha señalado deficiencias, que se pueden resumir en las siguientes³¹⁷:

³¹⁶ Exposición de Motivos de la Propuesta, COM (91) 147 final – SYN 343, p. 6.

³¹⁷ TATO PLAZA, *La publicidad comparativa*, oc. p. 259 ss.

En cuanto a la definición se centra exclusivamente en la referencia al competidor sin tener en cuenta que, de lo que se trata, es de comparar pero para poner de relieve las ventajas de los productos propios frente a las desventajas, para el consumidor, de los productos de la competencia, y conseguir así que el consumidor compre exclusivamente aquellos productos frente a los de la competencia.

Además, la referencia al competidor es también una clase de otras formas de publicidad, como la publicidad adhesiva y la de tono personal. Estas formas de publicidad forman lo que la Doctrina llama publicidad alusiva³¹⁸.

También el concepto del art. 1.2 se refiere a la comparación con un <<competidor>>, cuando es lógico pensar que quiere decir uno o varios competidores. Por último, la definición legal se refiere a la comparación <<a los bienes o servicios de la misma naturaleza ofrecidos por un competidor>>, lo cual genera una confusión pues la comparación siempre es con productos o servicios similares, como requisito de licitud de esta publicidad. La publicidad comparativa con productos distintos es ilícita.

b) Requisitos de licitud

En cuanto a los requisitos de licitud, ya hemos visto que la Propuesta parte de la consideración de la licitud de la publicidad comparativa, pero esta licitud no es absoluta sino que tiene que cumplir unos requisitos, que son los del art. 1.3, que establece: "1. La publicidad comparativa solo se autorizará si compara, de modo objetivo, características esenciales, pertinentes, siempre verificables, seleccionadas equitativamente y representativas de bienes o de servicios que compitan entre sí, y que: a) no sea engañosa; b) no pueda dar lugar a confusión en el mercado entre el anunciante y un competidor o entre las marcas, los nombres comerciales, otros signos distintivos, los bienes o los servicios del anunciante y los de un competidor; c) no cause el descrédito, la denigración o el menosprecio de las marcas, nombres comerciales, bienes, servicios o actividades de un competidor; d) no tenga por objeto la

personalidad o la notoriedad de un competidor y no se aproveche principalmente de la notoriedad vinculada a una marca o al nombre comercial de un competidor o a la situación personal de un competidor. 2. La publicidad comparativa deberá indicar durante cuanto tiempo se mantienen las características de los bienes o servicios comparados cuando sean objeto de una oferta especial o de carácter temporal.”

En cuanto al primer párrafo del art. 1.3, que establece: “1. La publicidad comparativa sólo se autorizará si compara, de modo objetivo, características esenciales, pertinentes, siempre verificables, seleccionadas equitativamente y representativas de bienes o de servicios que compitan entre sí”, este párrafo coincide básicamente con el texto del art. 6.c de la LGP de 1988 y con el art. 10 de la LCD de 1991. O sea que las afirmaciones de aquellas leyes españolas son ahora perfectamente aplicables. En cuanto a la referencia a que la comparación sea con características pertinentes de los productos o servicios comparados; este término <<pertinente>> no está en la traducción española de la Propuesta, pero sólo aparentemente, pues si analizamos la traducción alemana veremos que pertinentes es dicha lengua <<sachlich>> se traduce por <objetivo>. Por tanto, y teniendo en cuenta la exclusión de los juicios de valor y las opiniones personales, podemos decir que hay una coincidencia sustancial entre nuestro ordenamiento y la Propuesta de Directiva Comunitaria.

En cuanto a los parámetros de comparación seleccionados equitativamente, del art. 1.3: “1. La publicidad comparativa sólo se autorizará si compara, de modo objetivo, características seleccionadas equitativamente y representativas de bienes o de servicios que compitan entre sí”. En el derecho español, el anunciante puede seleccionar sólo un parámetro de comparación y la omisión de las restantes características sólo sería ilícita cuando se pudiera inducir a error al consumidor, transmitiendo una imagen falsa de conjunto. En este mismo sentido va la Directiva, que lo que exige es que no se pueda crear una imagen distorsionada que pueda inducir a error al consumidor. Habiendo una coincidencia sustancial aunque no literal, entre el derecho español y la propuesta de Directiva.

³¹⁸ VON GAMM, *WRP*, 1992, p, 144.

En cuanto al requisito de que “no sea engañosa” y “no cause el descrédito, la denigración o el menosprecio de las marcas, nombres comerciales, bienes, servicios o actividades de un competidor”, hay que estar a lo dispuesto en la Directiva de 1984, sobre publicidad engañosa –art. 2.2-, que es aplicable; y también al derecho español, pues una comparación aunque se base en datos verídicos también puede dar lugar a error al consumidor, convirtiéndose en ilícita.

En cuanto al efecto denigratorio, este no se puede impedir en cuanto la publicidad comparativa es lícita, pero con el límite de que sea innecesaria³¹⁹.

En cuanto a la publicidad adhesiva y de tono personal, prevista en el art. 1.3: <<d) no se aproveche principalmente de la notoriedad vinculada a una marca o al nombre comercial de un competidor>> y <<no tenga por objeto la personalidad o la notoriedad de un competidor o la situación personal de un competidor>>, éstos son límites de la publicidad comparativa³²⁰.

Otro elemento de la definición es el relativo a la prohibición de confusión, del art. 1.3: “no pueda dar lugar a confusión en el mercado entre el anunciante y un competidor o entre las marcas, los nombres comerciales, otros signos distintivos, los bienes o los servicios del anunciante y los de un competidor”. En ningún momento se trata de equiparar unos productos con otros de la competencia, para demostrar su superioridad, pues sería publicidad adhesiva, que produce confusión. Por el contrario, la publicidad comparativa compara los productos para indicar ventajas y desventajas de cada uno³²¹.

En cuanto a lo dispuesto en el art. 1.3.2, <<La publicidad comparativa deberá indicar durante cuánto tiempo se mantienen las características de los

³¹⁹ En este sentido se pronunciaba la Exposición de Motivos de la primera Propuesta de Directiva sobre Publicidad comparativa.

³²⁰ Aunque como señala TATO PLAZA el defectuoso concepto de publicidad comparativa de esta segunda Propuesta origina la confusión entre las tres clases de publicidad alusiva, siendo únicamente la comparativa la consideraba lícita, pero no estando especificado hasta el momento por la falta de una normativa comunitaria.

³²¹ FERNÁNDEZ NOVOA, *Estudios de Derecho de Publicidad*, oc, p. 227.

bienes o servicios comparados cuando sean objeto de una oferta especial o de carácter temporal. >>, es una especialidad de la regla general de que la comparación se base en datos objetivos y exactos. Estos datos basados en la verdad objetiva exige que estén actualizados y se acuerda así en el art. 1.3.1, pero el art. 1.3.2 va más allá y exige que esta publicidad indique el tiempo durante el cual se va a mantener aquella oferta especial.

3. Influencia de las propuestas de Directiva en el derecho español

Partiendo de la aprobación que hacía la Propuesta de Directiva de la publicidad comparativa, podemos decir que el derecho español no iba a verse muy afectado pues España aceptaba la publicidad comparativa desde 1988.

Efectivamente, en nuestro Derecho se prohibían las comparaciones engañosas o denigratorias o que se basarían en características no esenciales y verificables de los productos o servicios comparados. También la comparación debía referirse a características pertinentes y representativas de los productos. También estaba prohibida en nuestro derecho la publicidad adhesiva y confusionista y de tono personal.

También el requisito de que sean verídicas las comparaciones de nuestro derecho se corresponde con la objetividad de la Propuesta de Directiva. Veracidad y también actualidad de los datos ofrecidos que coinciden el Derecho español y la Propuesta.

En cuanto a lo dispuesto en el art. 1.3.2, <<La publicidad comparativa deberá indicar durante cuanto tiempo se mantienen las características de los bienes o servicios comparados cuando sean objeto de una oferta especial o de carácter temporal>>, es una especialidad de la regla general de que la comparación se base en datos objetivos y exactos, como no se contemplaba en el artículo 6 LGP tendría que ser incluido en la nueva redacción.

Como caso contrario al anterior, no contemplado en la Propuesta, esta la norma del art. 6.c) de la LGP que considera ilícitas las comparaciones publicitarias que contrapongan productos desconocidos o de limitada participación en el mercado³²².

Con la Propuesta de Directiva se trata de mantener unos requisitos de licitud máximos, con lo cual un Estado miembro no puede establecer requisitos de corte más restrictivo. Pero en el caso de este art. 6.c) de la LGP, la desaparición que habría que hacer es contraproducente, pues si la publicidad comparativa se basa y fundamenta en la protección de los intereses de los consumidores una comparación de productos desconocidos no aporta información al consumidor y por tanto no debe ser autorizada. En este sentido se posicionaba el Consejo Consultivo de Consumidores, aconsejando la exclusión de este tipo de publicidad.

También como colofón, recordar que desde el principio, con el famoso informe del profesor Eugen Ulmer, una de las razones para aceptar y justificar la publicidad comparativa era que proporcionaba información útil al consumidor.

4. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en materia de publicidad comparativa

A) Etapa previa a la aprobación de la Directiva

El TJCE desde pronto se vio obligado a pronunciarse sobre la problemática de la competencia desleal, la publicidad general y comparativa y el principio de libre circulación de mercancías de la CCEE, pues estas tres cuestiones se encuentran interrelacionadas, en la práctica. La doctrina del TSJC distingue dos momentos distintos, el primero arranca con el caso Beguelin (1971) y termina con el caso Yves Rocher (1993); con el caso Keck

³²² El Consejo Consultivo de Consumidores en sus sesiones de 11 y 12 de marzo de 1991 recomendó a la Comisión que no se admitiese la publicidad de aquellos productos que no estaban en el mercado; vid. COM (91) 147 final – SYN 343, p. 25.

(1993) se inicia un nuevo posicionamiento, que encuentra confirmaciones con los casos Ruth Hünermund (1993), Eurim-Pharm (1994) y TFI (1995).

La Doctrina del TJCE hasta el caso Keck fue uniforme y favorable a la publicidad comparativa en base a los siguientes postulados:

El art. 30 del Tratado de Roma establece que <<quedarán prohibidos entre los Estados miembros las restricciones cuantitativas a la importación, así como todas las medidas de efecto equivalente>>.

No ofreciendo el Tratado una definición de medida equivalente fue la Doctrina del TJCE el que la elaboró, al resolver los casos presentados. Aparte de antecedentes, como el caso Oostek³²³ y el conocido asunto Gb-Inno, es en caso Dassonville³²⁴, donde se fija el concepto de medida de efecto equivalente.

Posteriormente, el concepto se completó con el caso Cassis de Dijon³²⁵. Sobre la base de estas sentencias, se puede considerar que toda normativa nacional susceptible de obstaculizar el comercio intracomunitario podrá ser considerado como una medida de efecto equivalente, y esto aunque aquella regulación sea indistintamente aplicable a los productos nacionales e importados. En definitiva, la prohibición de la publicidad comparativa en algunos Estados de la Unión podía ser incompatible con la normativa del Derecho comunitario.

Con el Caso Keck (1993), se abre una nueva etapa, confirmada con el caso Hünermund, en que se declara compatible con la normativa europea (art. 30 del tratado) las regulaciones nacionales que limiten o prohíban determinada publicidad.

³²³ Caso Oostek, citado por VALLE FECED y HOFER, en "Regulación europea de la publicidad comparativa". *Derecho de los Negocios*, junio 1999, p. 12. El Tribunal sostuvo que <<una disposición que regulase la publicidad podía ser considerada como una medida de efecto equivalente a una restricción a la libre circulación de mercancías y que, por tanto podía influir sobre el tráfico ínter comunitario>>.

³²⁴ TJCE, sentencia de 11-6-1974, asunto 8/74, <<procureur du roi c. Benoit et Gustave Dassonville>>, Rec. 1974, p. 837 ss.

³²⁵ TJCE, sentencia de 22-2-1979, asunto 120/78, <<Rewuw Zentra monopolverwaltung>>, más conocida como Cassis Dijon, Rec. 1979, p. 649 ss.

B) Jurisprudencia posterior a la aprobación de la Directiva

Será la aprobación de la Directiva 97/55/CE del Parlamento europeo y del consejo de 6 de octubre de 1997 por la que se modifica la Directiva 84/450/CEE sobre publicidad engañosa, a efectos de incluir en la misma la publicidad comparativa, la que zanje la cuestión reconociendo la publicidad comparativa.

La situación creada modifica la línea anterior y se muestra claramente partidaria de la publicidad comparativa en consonancia con la Directiva. Destacan las siguientes del TJCE.

a) Caso Código de Conducta Profesional³²⁶

La generalización de la Autorregulación ha generado también su propia problemática. La Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 28 de marzo de 2001 se pronuncia sobre las restricciones absolutas a realizar publicidad comparativa contenida en el Código de Conducta Profesional y resuelve que no están permitidas e infringen el art. 85 CE (antes 81 TCE) sobre libre competencia. Por lo tanto este Código no puede ir contra la Directiva de publicidad engañosa y comparativa, estando asimismo sujetas las restricciones a la necesidad de una autorización, en su caso, de la Comisión, dado el ámbito Europeo del acuerdo.

b) Caso Thoshiba vs Katun³²⁷

En esta Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 25 de octubre de 2001 en el caso Thoshiba/Katun se resuelve la cuestión prejudicial planteada. Se trata de un caso de publicidad comparativa de fotocopiadoras e inclusión de referencias a las marcas (números OEM) de las piezas y productos del competidor.

³²⁶ Jurisprudencia en materia publicitaria, [en línea] <google> [consulta: 4-05-2003].

³²⁷ Jurisprudencia en materia publicitaria, [en línea] <google> [consulta: 4-05-2003].

El Tribunal considera que la interpretación de la Directiva sobre publicidad engañosa y comparativa debe ser amplia y en base a un concepto amplio de publicidad comparativa. Considera que no saca indebidamente ventaja de la reputación ajena de un competidor: inexistencia y que hay que tener en cuenta la utilidad del consumidor que es al que va destinada la publicidad.

c) Caso As. C-44/01. As. Pippig vs Hartlauer³²⁸

En la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 8 de abril de 2003 se resuelve la cuestión prejudicial remitida por el Oberster Gerichtshof (Austria) en el caso de un litigio sobre la publicidad de Hartlauer para vender productos ópticos, comparándolos con las gafas que vende Pippig, adoptando una posición favorable a la publicidad comparativa.

El Tribunal realiza una interpretación de los arts. 3 bis y 7.2 de la Directiva 84/450/CEE sobre publicidad engañosa y comparativa y considera que el concepto de publicidad comparativa es amplio y abarca todos los elementos de comparación (tanto las indicaciones de la oferta del anunciante como de la del competidor y de la relación entre ambas. No cabe establecer distinciones entre el régimen de los distintos elementos señalados. Los requisitos exigidos a la publicidad comparativa por la Directiva deben interpretarse de la forma más favorable a este tipo de publicidad de modo que "no puede aplicarse a la publicidad comparativa por lo que respecta a la forma y al contenido de la comparación las disposiciones nacionales más rigurosas en materia de protección contra la publicidad engañosa". Analiza los requisitos de licitud en la utilización de la marca de un competidor y entiende que no constituye uno de los requisitos de licitud de la publicidad comparativa, conforme a la Directiva, el que los productos ópticos comparados se obtengan a través de diferentes canales de distribución.

³²⁸ Jurisprudencia en materia publicitaria, [en línea] <google> [consulta: 4-05-2003].

La Directiva no impide la realización de una compra piloto a un competidor, incluso antes de lanzar la propia oferta, tampoco su uso en la pieza publicitaria en la que se realiza la comparación, siempre y cuando se cumplan los restantes requisitos de este tipo de publicidad. La realización de una comparación de precios de por sí no desacredita ni denigra a un competidor que aplica precios más elevados pese a que la diferencia de precios sea superior a la diferencia media ni tampoco por el número de comparaciones efectuadas. Finalmente, además del nombre del competidor, y cumpliendo los restantes requisitos de la Directiva, en la publicidad comparativa puede reproducirse el logotipo y la fachada del establecimiento del competidor.

d) Caso Ryanair vs Lufthansa³²⁹

Ryanair es una aerolínea irlandesa de bajo coste que presentó dos quejas ante UE porque Lufthansa le impedía hacer publicidad comparativa en Alemania.

La segunda queja ante el Comisario Europeo de la Competencia y ante la comisaria de Transporte y Energía se refería a las acciones de competencia desleal protagonizadas por la compañía aérea alemana Lufthansa en relación a los intentos de que Ryanair no se promoció y ejerza la libertad de expresión en Alemania. La conducta de la compañía alemana se motiva por la publicidad comparativa de la compañía irlandesa, donde destaca sus tarifas cinco o seis veces más baratas.

IV. DIRECTIVA 97/55/CE, DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO SOBRE PUBLICIDAD COMPARATIVA QUE MODIFICA LA DIRECTIVA SOBRE PUBLICIDAD ENGAÑOSA MEDIANTE LA INCLUSIÓN DE LA PUBLICIDAD COMPARATIVA

1. Introducción

Aprobada la Directiva el día 6 de octubre de 1997, la Unión Europea se dota de un instrumento más de protección de los intereses de los consumidores. Es después de un largo periodo cuando se aprueba ésta Directiva con el objetivo de delimitar la publicidad comparativa.

Se trata de ir dotándose de mecanismos legales para distinguir esta publicidad comparativa de otras figuras publicitarias como la publicidad de tono personalizado en que se hace referencia a la cualidad de la persona. También de la publicidad de <<posición única>>, que son afirmaciones de tono superlativo, como <<mi producto es el mejor>> o el <<más barato>>, en este caso al ser simples recursos de la técnica publicitaria no se considera publicidad comparativa³³⁰

La definición y los requisitos de la publicidad comparativa van cambiando desde el primer anteproyecto de 1976, en éste se decía en el art. 6: <<1. Por publicidad comparativa se entiende cualquier publicidad que establezca una confrontación comparativa entre los bienes, los servicios, la reputación o los caracteres del usuario de la publicidad y los bienes, los servicios, la reputación o los caracteres de cualquier otra persona.

2. La publicidad comparativa está prohibida: a) en el caso de que ésta constituya un tipo de publicidad engañosa con arreglo al art. 3 de esta Directiva; b) en el caso de que, no constituyendo de por sí una publicidad engañosa con arreglo al mencionado artículo, se base sobre hechos que reflejan una elección desleal>>³³¹.

El segundo Anteproyecto de la Comisión dejaba redactado el art. 6 de la siguiente manera: <<1. Por publicidad comparativa se entiende toda publicidad que implícita o explícitamente compare los bienes o servicios del anunciante con los bienes o servicios de otra persona. 2. La publicidad comparativa estará

³²⁹ Según alega la denunciante en The Ecotimes, Diario de medio ambiente y nuevas tecnologías, edición III, 4-4-2002 [en línea] <Word Wide Online News> [consulta: 4-4-2002].

³³⁰ Habrá que estar al caso concreto y su posibilidad de identificar al competidor.

³³¹ Véase un estudio de este precepto en BACHARACH DE VALERA, pubtec., nº 61 (1983), p. 35.

permitida: a) cuando no constituya publicidad engañosa a efectos del artículo 3 de estas disposiciones; b) cuando, considerando entre otros casos la compatibilidad de los bienes o servicios correspondientes, el tipo de características comparadas y la medida en que los datos comparados son relevantes y susceptibles de control, no constituya publicidad desleal en el sentido del art. 5 de esta Directiva>>³³².

El tercer Anteproyecto mantiene la licitud de la publicidad comparativa, pero redactando el art. 6 de otra manera más simple <<la publicidad comparativa está permitida cuando no sea engañosa ni desleal>>.

Con el nuevo planteamiento, la Comisión presentó al Consejo, el día 1 de marzo de 1978, un primer proyecto de Directiva para la armonización de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad engañosa y desleal³³³. Este proyecto se refería a la publicidad comparativa en los siguientes términos (art. 4): <<la publicidad comparativa es lícita cuando compara datos esenciales y comprobables y no es engañosa ni desleal>>³³⁴.

Este proyecto de Directiva fue presentado a Dictamen, conforme a procedimiento, al Comité Económico y Social y al Parlamento Europeo. Aunque se propusieron reformas ninguna se refería a la publicidad comparativa que quedaba como estaba en el art. 4. Con base a estas reformas se aprobó un segundo proyecto de Directiva. Este Proyecto de Directiva no fue aprobado por el Consejo³³⁵.

De manera imprevista, el Consejo aprobó la Directiva para la aproximación de las Disposiciones legales, reglamentarias y administrativas en materia de publicidad engañosa el 10 de septiembre de 1984.

³³² BACHARACH DE VALERA, pubtec. nº 61 (1983), p. 35.

³³³ Vid 4 ADI (1977), p. 601 ss.

³³⁴ FERNANDEZ NOVOA, *Estudios de derecho de la publicidad*, p. 270-271.

³³⁵ Sobre este segundo proyecto de Directiva véase en español 6 ADI (1979-80), p. 443 ss. Al poco se aprueba la Directiva sobre publicidad engañosa, dando un paso al frente.

2. Estudio comparativo con las dos Primeras Propuestas de Directivas sobre publicidad comparativa

Con base a la línea seguida se aprueba la primera propuesta de Directiva del Consejo sobre publicidad comparativa el 28 de mayo de 1991.

La Comisión Europea señala tres razones para justificar esta Propuesta: regular esta materia tan importante, mejorar la información de los consumidores y fomentar la competencia³³⁶.

La publicidad comparativa aparece como lícita y se define en la Propuesta en el art. 1.2: << toda publicidad que identifique implícita o explícitamente a un competidor o a los bienes o servicios de la misma naturaleza ofrecidos por un competidor >>.

No obstante lo anterior, la aparición del Tratado de Maastricht el 7 de febrero de 1992 supone un freno a la aprobación de la Propuesta de Directiva por el carácter subsidiario que se declara de la normativa comunitaria sobre los derechos nacionales. Sobre la base de este criterio se levantan voces contra la aprobación de la Propuesta de Directiva.

A pesar de ello siguen los trabajos del Consejo Económico y Social y del Parlamento Europeo y se aprueba una modificación de la Propuesta de Directiva.

Dicha Propuesta modificada no cambia el concepto de publicidad comparativa (art. 1.2) pero sí el régimen jurídico (art. 1.3). El art. 1,2 establece: << toda publicidad que aluda explícita o implícitamente a un competidor o a los bienes o servicios de la misma naturaleza ofrecidos por un competidor >> que es la definición clásica pero establece unos requisitos en el art. 1.3: << 1. La publicidad comparativa solo se autorizara si compara, de modo objetivo, características esenciales, pertinentes, siempre verificables, seleccionadas equitativamente y representativas de bienes o de servicios que compitan entre

sí, y que: a) no sea engañosa; b) no pueda dar lugar a confusión en el mercado entre el anunciante y un competidor o entre las marcas, los nombres comerciales, otros signos distintivos, los bienes o los servicios del anunciante y los de un competidor; c) no cause el descrédito, la denigración o el menosprecio de las marcas, nombres comerciales, bienes, servicios o actividades de un competidor y no se aproveche principalmente de la notoriedad vinculada a una marca o al nombre comercial de un competidor; d) no tenga por objeto la personalidad o la situación personal de un competidor. 2. La publicidad comparativa deberá indicar durante cuanto tiempo se mantienen las características de los bienes o servicios comparados cuando sean objeto de una oferta especial o de carácter temporal>>.

3. Concepto

A) Considerandos

La Directiva 97/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de octubre de 1997, por la que se modifica la Directiva 84/450/CEE sobre publicidad engañosa, a fin de incluir en la misma la publicidad comparativa, se aprueba en virtud del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y, en particular, su artículo 100 A.

La Directiva se aprueba una vez vista la propuesta de la Comisión, el dictamen del Comité Económico y Social y de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 189 B del Tratado y visto el texto conjunto aprobado por el Comité de conciliación el 25 de junio de 1997.

En los considerandos se pone de manifiesto el objetivo de política general que se espera alcanzar. En este sentido se considera que la publicidad comparativa es útil y se debe de reconocer en toda la Unión Europea, terminando con los derechos tan dispares existentes de unos países a otros. Recoge los requisitos del concepto y los límites. Se posiciona sobre los elementos y requisitos de la publicidad comparativa Aborda un tema tan

³³⁶ Exposición de Motivos de la Propuesta, COM (91) 147 final SYN 343, p. 6.

importante como el de las marcas, reconociendo la posibilidad de su utilización en ésta publicidad siempre que sea para diferenciar unas de otras. Por último se pronuncia sobre el tema de las reclamaciones y las pruebas.

En el considerando segundo se resalta la importancia de la publicidad comparativa y se argumenta la ventaja de ésta para conocer de manera más objetiva los distintos productos comparables, el texto reza así: <<Considerando que, con la realización del mercado interior, la variedad de la oferta aumentará cada vez más; que, dada la posibilidad y la necesidad de que los consumidores obtengan el máximo beneficio del mercado interior, y que la publicidad es un medio muy importante para abrir, en toda la Comunidad, salidas reales a todos los bienes y servicios, las disposiciones esenciales que determinan la forma y el contenido de la publicidad comparativa deben ser las mismas y las condiciones de utilización de la publicidad comparativa en los Estados miembros deben armonizarse; que, si se cumplen estas condiciones, ello contribuirá a demostrar objetivamente las ventajas de los distintos productos comparables; que la publicidad comparativa también puede estimular la competencia entre los proveedores de bienes y servicios en beneficio del consumidor>>

Asimismo destaca las grandes contradicciones entre los Estados miembros y el obstáculo que eso supone a la libre competencia, el considerando tres dice; "Considerando que las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre publicidad comparativa presentan grandes diferencias; que la publicidad trasciende las fronteras y se capta en el territorio de los demás Estados miembros; que la autorización o la prohibición de la publicidad comparativa según las distintas legislaciones nacionales puede constituir un obstáculo a la libre circulación de bienes y servicios y crear distorsiones de la competencia; que, en especial, las empresas pueden verse expuestas a formas de publicidad desarrolladas por competidores a las que no puedan responder con los mismos medios; que debe garantizarse la libertad de prestar servicios en materia de publicidad comparativa; que la Comunidad debe subsanar la situación".

Asimismo se destaca que el objetivo final de la Directiva sobre publicidad engañosa de 1984 era aprobar la de la publicidad comparativa, el considerando cuarto lo expresa así: <<Considerando que en el sexto considerando de la Directiva 84/450/CEE del Consejo, de 10 de septiembre de 1984, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad engañosa se afirma que, tras la armonización de las disposiciones nacionales en materia de protección contra la publicidad engañosa es conveniente «en una segunda fase, ocuparse (. . .) en caso necesario, de la publicidad comparativa, sobre la base de propuestas apropiadas de la Comisión>>.

Asimismo destaca la legitimidad de esta publicidad como medio de cumplir el derecho a la información de los consumidores cuando es veraz. El considerando quinto establece: <<... que la letra d) del punto 3 del anexo de la Resolución del Consejo, de 14 de abril de 1975, relativo a un programa preliminar de la Comunidad Económica Europea para una política de protección e información de los consumidores incluye el derecho a la información entre los derechos básicos de los consumidores; que este derecho queda confirmado en la Resolución del Consejo, de 19 de mayo de 1981, sobre un segundo programa de la Comunidad Económica Europea para una política de protección e información de los consumidores, cuyo anexo se ocupa específicamente, en el punto 40, de la información a los consumidores; que la publicidad comparativa, cuando compara aspectos esenciales, pertinentes, verificables y representativos y no es engañosa, es una manera legítima de informar a los consumidores de las ventajas que pueden obtener>>.

Asimismo destaca la voluntad de que la definición de publicidad sea amplia, en línea con el criterio de la doctrina; el considerando sexto dice: <<... que es deseable establecer un concepto amplio de la publicidad comparativa a fin de abarcar todas las formas de este tipo de publicidad>>.

Con el establecimiento de los requisitos de licitud de esta publicidad se quiere evitar los efectos negativos. El considerando siete establece: <<... que deben establecerse condiciones en materia de publicidad comparativa

permitida, por lo que se refiere a la comparación, a fin de determinar qué prácticas relacionadas con la publicidad comparativa pueden distorsionar la competencia, perjudicar a los competidores y ejercer un efecto negativo sobre la elección de los consumidores; que tales condiciones aplicables a la publicidad comparativa permitida deben incluir criterios de comparación objetiva de las características de los bienes y servicios>>.

La posibilidad de comparación basada en un solo elemento de la oferta – el precio- ya era práctica anterior. En el considerando ocho se reconoce: <<... que la comparación únicamente del precio de bienes y servicios debería ser posible si esa comparación respeta determinadas condiciones, en particular el que no sea engañosa>>.

Como necesidad de justificar la utilidad de esta publicidad por su fin, se establece como requisito en el considerando nueve: <<... que, para evitar que la publicidad comparativa se utilice de forma desleal y contraria a la libre competencia, solo se deben permitir las comparaciones efectuadas entre bienes y servicios que, compitiendo en el mercado, satisfagan las mismas necesidades o tengan la misma finalidad>>.

La utilización de pruebas comparativas se permite pero respetando los derechos de autor. El considerando diez establece: “... que los convenios internacionales sobre derechos de autor, así como las disposiciones nacionales relativas a las obligaciones contractuales y extracontractuales, son de aplicación cuando se mencionen o reproduzcan, en la publicidad comparativa, los resultados de pruebas comparativas llevadas a cabo por terceros”.

Asimismo se tiene en cuenta casos especiales, como la publicidad del tabaco o del alcohol³³⁷, grupos de consumidores vulnerables³³⁸, que también se aplican a la publicidad comparativa.

³³⁷ Considerando veinte: <<... que lo dispuesto en la presente Directiva no afecta en modo alguno a la normativa comunitaria aplicable a la publicidad de determinados productos y/o servicios o de restricciones o prohibiciones relativas a la publicidad en determinados medios de comunicación>>. Considerando veinte y uno: <<... que cuando un Estado miembro, de conformidad con lo dispuesto en el Tratado, prohíba la publicidad de determinados bienes o

b) Definición

El texto aprobado por la Directiva 97/55/CE es el siguiente: Artículo 1) La Directiva 84/450/CEE se modificará como sigue: 1) El título se sustituirá por el texto siguiente: "Directiva del Consejo, de 10 de septiembre de 1984, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa".

2) El artículo 1 se sustituirá por el texto siguiente: "Artículo 1. La presente Directiva tendrá por objeto proteger a los consumidores y a las personas que ejercen una actividad comercial o industrial, artesanal o profesional, así como los intereses del público en general contra la publicidad engañosa y sus consecuencias injustas, y establecer las condiciones en las que estará permitida la publicidad comparativa".

3) En el artículo 2 se añadirá el siguiente apartado: "2 bis. publicidad comparativa: toda publicidad que aluda explícita o implícitamente a un competidor o a los bienes o servicios ofrecidos por un competidor;".

4) Se añadirá el artículo siguiente: "Artículo 3 bis. 1. La publicidad comparativa, en lo que se refiere a la comparación, estará permitida cuando se cumplan las siguientes condiciones:

a) Que no sea engañosa según la definición del apartado 2 del artículo 2 y lo dispuesto en el artículo 3 y el apartado 1 del artículo 7;

servicios, dicha prohibición -con independencia de que sea impuesta directamente o por mediación de un organismo u organización competente, con arreglo a la legislación de dicho Estado miembro, para regular el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional- podrá hacerse extensiva a la publicidad comparativa>>.

³³⁸Considerando veinte y dos: <<... (22) Considerando que los Estados miembros no estarán obligados a permitir la publicidad comparativa de bienes y servicios sobre los que, en cumplimiento de las disposiciones del Tratado, tengan establecidos o establezcan prohibiciones, con inclusión de las prohibiciones relativas a métodos de comercialización o publicidad destinados a grupos de consumidores vulnerables; que los Estados miembros, de conformidad con las disposiciones del Tratado, podrán mantener o introducir prohibiciones o limitaciones del uso de comparaciones en la publicidad de servicios profesionales, ya sean impuestas directamente o por un organismo u organización competente, con arreglo a la legislación de los Estados miembros, para regular el ejercicio de una actividad profesional>>.

b) Que compare bienes o servicios que satisfagan las mismas necesidades o tengan la misma finalidad;

c) Que compare de modo objetivo una o más características esenciales, pertinentes, verificables y representativas de dichos bienes y servicios, entre las que podrá incluirse el precio;

d) Que no dé lugar a confusión en el mercado entre el anunciante y un competidor o entre las marcas, los nombres comerciales, otros signos distintivos o los bienes o servicios del anunciante y los de algún competidor;

e) Que no desacredite ni denigre las marcas, nombres comerciales, otros signos distintivos, bienes, servicios, actividades o circunstancias de algún competidor;

f) Que se refiera en cada caso, en productos con denominación de origen, a productos con la misma denominación;

g) Que no saque indebidamente ventaja de la reputación de una marca, nombre comercial u otro signo distintivo de algún competidor o de las denominaciones de origen de productos competidores;

h) Que no presente un bien o un servicio como imitación o réplica de un bien o un servicio con una marca o un nombre comercial protegidos.

2. Las comparaciones que hagan referencia a una oferta especial deberán indicar de forma clara e inequívoca la fecha en que termina la oferta o, en su caso, el hecho de que la oferta especial está supeditada a la disponibilidad de los bienes o servicios de que se trate y, en caso de que la oferta especial no haya empezado aún, la fecha en la que se inicie el período durante el cual vaya a aplicarse el precio especial u otras condiciones específicas”.

5) Los párrafos primero y segundo del apartado 1 del artículo 4 se sustituirán por el siguiente texto: "1. Los Estados miembros velarán por que existan los medios adecuados y eficaces para luchar contra la publicidad engañosa y para el cumplimiento de las disposiciones en materia de publicidad comparativa en interés de los consumidores, así como de los competidores y del público en general. Estos medios deberán incluir disposiciones legales en virtud de las cuales las personas o las organizaciones que tengan, con arreglo a la legislación nacional, un interés legítimo en la prohibición de la publicidad engañosa o en la regulación de la publicidad comparativa puedan: a) Proceder judicialmente contra esta publicidad, y/o b) Someter esta publicidad a una autoridad administrativa competente, bien para pronunciarse sobre las reclamaciones o bien para entablar las acciones judiciales pertinentes."

6) El apartado 2 del artículo 4 se modificará como sigue: a) Los guiones del párrafo primero se sustituirán por el texto siguiente: "Para ordenar el cese de una publicidad engañosa o de una publicidad comparativa no permitida, o emprender las acciones judiciales pertinentes con vistas a ordenar el cese de dicha publicidad, o para prohibir tal publicidad o emprender las acciones judiciales pertinentes con vistas a ordenar la prohibición de la publicidad engañosa o de la publicidad comparativa no permitida, cuando ésta no haya sido todavía publicada, pero sea inminente su publicación.

b) la frase inicial del párrafo tercero se sustituirá por el texto siguiente: "Además, los Estados miembros podrán otorgar a los tribunales o a las autoridades administrativas unas competencias que, con el fin de eliminar los efectos persistentes de una publicidad engañosa o de una publicidad comparativa no permitida cuyo cese haya sido ordenado por una decisión definitiva, les faculten para:".

7) El artículo 5 se sustituirá por el texto siguiente: "Artículo 5: La presente Directiva no excluirá el control voluntario, que los Estados miembros podrán fomentar, de la publicidad engañosa o de la publicidad comparativa por organismos autónomos ni el recurso a tales organismos por las personas o las organizaciones a que se refiere el artículo 4, si existen procedimientos ante

tales organismos además de los procedimientos judiciales o administrativos a que se refiere dicho artículo.”.

8) La letra a) del artículo 6 se sustituirá por el texto siguiente: “a) Para exigir que el anunciante presente pruebas relativas a la exactitud de las afirmaciones de hecho contenidas en la publicidad si, habida cuenta de los intereses legítimos del anunciante y de cualquier otra parte en el procedimiento, tal exigencia parece apropiada a la vista de las circunstancias del caso y, en el caso de la publicidad comparativa, para exigir al anunciante que presente dicha prueba en un breve período de tiempo; y”.

9) El artículo 7 se sustituirá por el texto siguiente: “Artículo 7. 1. La presente Directiva no será óbice para que los Estados miembros mantengan o adopten disposiciones tendentes a asegurar una protección más amplia, en materia de publicidad engañosa, de los consumidores, de las personas que ejercen una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, así como del público en general.

2. El apartado 1 no será aplicable a la publicidad comparativa en lo que se refiere a la comparación.

3. Las disposiciones de la presente Directiva serán aplicables sin perjuicio de las disposiciones comunitarias sobre publicidad para productos y servicios específicos o ambas cosas, ni de las restricciones o prohibiciones relativas a la publicidad en medios de comunicación determinados.

4. Las disposiciones de la presente Directiva relativas a la publicidad comparativa no obligarán a los Estados miembros, que, en cumplimiento de lo dispuesto en el Tratado, mantengan o impongan, de forma directa o por medio de un organismo u organización competente con arreglo a la legislación de los Estados miembros, prohibiciones de publicidad sobre determinados bienes o servicios con el fin de regular el ejercicio de actividades comerciales, industriales, artesanales o profesionales, a permitir la publicidad comparativa de dichos bienes o servicios. Cuando dichas prohibiciones se limiten a medios

de comunicación determinados, la Directiva se aplicará a los medios de comunicación que no estén cubiertos por tales prohibiciones.

5. Nada de lo dispuesto en la presente Directiva impedirá que los Estados miembros, en cumplimiento de las disposiciones del Tratado, mantengan o establezcan prohibiciones o limitaciones del uso de comparaciones en la publicidad de servicios profesionales, ya sean impuestas directamente o por un organismo u organización competente, con arreglo a la legislación de los Estados miembros, para la regulación del ejercicio de una actividad profesional”.

En cuanto al concepto ofrecido en la Directiva, ésta declara su intención de que sea amplia (art. 3 que añade el apartado 2 bis a la Directiva sobre publicidad engañosa): “será publicidad comparativa la que aluda explícita o implícitamente a un competidor o a los bienes o servicios ofrecidos por él”, es el mismo que el de la Propuesta (art. 1.2), sobre el cual la Doctrina ha señalado deficiencias, que se pueden resumir en las siguientes³³⁹.

En cuanto al concepto, se centra exclusivamente en la referencia al competidor sin tener en cuenta que de lo que se trata es de comparar, pero para poner de relieve las ventajas de los productos propios frente a las desventajas, para el consumidor, de los productos de la competencia, y conseguir así que el consumidor compre exclusivamente aquellos productos, frente a los de la competencia.

Además, la referencia al competidor, es también una clase de otras formas de publicidad, como la publicidad adhesiva y la de tono personal. Estas formas de publicidad forman lo que la Doctrina llama publicidad alusiva³⁴⁰.

También el concepto del art. 3)³⁴¹ se refiere a la comparación con un competidor, cuando es lógico pensar que quiere decir uno o varios

³³⁹Vid. Para el periodo anterior a la reforma de LGP del 2002 TATO PLAZA, *La publicidad comparativa*, oc. pp. 259 ss. Para el comentario al concepto de la Directiva 97/55/CE “En torno a la reciente evolución de la jurisprudencia publicitaria”, oc. p. 18.

³⁴⁰ VON GAMM, *WRP*, 1992, p. 144.

competidores. Por último, la definición legal se refiere a la comparación o a los bienes o servicios e la misma naturaleza ofrecidos por un competidor, lo cual genera una confusión pues la comparación siempre es con productos o servicios similares, como requisito de licitud de esta publicidad. La publicidad comparativa con productos distintos es ilícita.

4. Requisitos de licitud

Comparando con la Propuesta, las condiciones de licitud de la comparación en la Directiva (art. 4 que añade el art. 3 bis) son similares. En la propuesta, son las del art. 1.3, que establece: <<1. La publicidad comparativa sólo se autorizará si compara, de modo objetivo, características esenciales, pertinentes, siempre verificables, seleccionadas equitativamente y representativas de bienes o de servicios que compitan entre sí, y que: a) no sea engañosa; b) no pueda dar lugar a confusión en el mercado entre el anunciante y un competidor o entre las marcas, los nombres comerciales, otros signos distintivos, los bienes o los servicios del anunciante y los de un competidor; c) no cause el descrédito, la denigración o el menosprecio de las marcas, nombres comerciales, bienes, servicios o actividades de un competidor; d) no tenga por objeto la personalidad o la notoriedad de un competidor y no se aproveche principalmente de la notoriedad vinculada a una marca o al nombre comercial de un competidor situación personal de un competidor. 2. La publicidad comparativa deberá indicar durante cuánto tiempo se mantienen las características de los bienes o servicios comparados cuando sean objeto de una oferta especial o de carácter temporal>>.

En cuanto al art. 1 4) de la Directiva aprobada ésta establece:

<<Se añadirá el artículo siguiente: art. 3 bis.

La publicidad comparativa, en lo que se refiere a la comparación, estará permitida cuando se cumplan las siguientes condiciones:

³⁴¹ Al igual que lo hacía la Propuesta de directiva (art. 1.2).

Que no sea engañosa según la definición del apartado 2 del art. 2 y lo dispuesto en el artículo 3 y el apartado 1 del artículo 7; Que compare bienes o servicios que satisfagan las mismas necesidades o tenga la misma finalidad; Que compare de modo objetivo una o más características esenciales, pertinentes, verificables y representativas de dichos bienes o servicios, entre las que podrá incluirse el precio; Que no dé lugar a confusión en el mercado entre el anunciante y un competidor, o entre las marcas, los nombres comerciales, otros signos distintivos, los bienes o los servicios del anunciante y los de algún competidor; Que no desacredite ni denigre las marcas, nombres comerciales, otros signos distintivos, bienes, servicios, actividades o circunstancias de algún competidor; Que se refiera en cada caso a productos con denominación de origen, a productos con la misma denominación; Que no saque indebidamente ventaja de la reputación de una marca, nombre comercial u otro signo distintivo de algún competidor o de las denominaciones de origen de productos competidores; Que no presente un bien o un servicio como imitación o réplica de un bien o servicio con una marca o un nombre comercial protegidos.

Las comparaciones que hagan referencia a una oferta especial deberán indicar de una forma clara e inequívoca la fecha en que termina la oferta, o, en su caso, el hecho de que la oferta especial esté supeditada a la disponibilidad de los bienes o servicios de que se trate y, en caso de que la oferta especial no haya empezado aun, la fecha en que se inicie el periodo durante el cual vaya a aplicarse el precio especial u otras condiciones específicas>>.

En cuanto al primer párrafo del art. 1.3, que establece: <<1. La publicidad comparativa sólo se autorizará si compara, de modo objetivo, características esenciales, pertinentes, siempre verificables, seleccionadas equitativamente y representativas de bienes o de servicios que compitan entre sí>>, este coincide con el texto del art. 6.c de la LGP de 1988 y con el art. 10 de la LCD de 1991. O sea que las afirmaciones de aquellas leyes españolas son ahora perfectamente aplicables. En cuanto a la referencia a que la comparación sea con características pertinentes de los productos o servicios comparados. Este término <<pertinente>> no está en la traducción española de

la Propuesta, pero sólo aparentemente, pues si analizamos la traducción alemana veremos que pertinentes es dicha lengua <<sachlich>> se traduce por <objetivo>>.

En cuanto a los parámetros de comparación seleccionado equitativamente, del art. 1.3:

<<1. La publicidad comparativa sólo se autorizará si compara, de modo objetivo, características seleccionadas equitativamente y representativas de bienes o de servicios que compitan entre sí>. En el derecho español el anunciante puede seleccionar sólo un parámetro de comparación y la omisión de las restantes características sólo sería ilícita cuando se pudiera inducir a error al consumidor, transmitiendo una imagen falsa de conjunto. En este mismo sentido va la Directiva, que lo que exige es que no se pueda crear una imagen distorsionada que pueda inducir a error al consumidor. Habiendo una coincidencia sustancial aunque no literal, entre el derecho español y la propuesta de Directiva.

En cuanto al requisito de que <no sea engañosa>> y <<no cause el descrédito, la denigración o el menosprecio de las marcas, nombres comerciales, bienes, servicios o actividades de un competidor>>, tenemos que estar a lo dispuesto en la Directiva del Consejo de 10 de septiembre de 1984, sobre publicidad engañosa –art. 2.2 y también al derecho español, pues una comparación aunque se base en datos verídicos también puede dar lugar a error al consumidor y por tanto es ilícita.

En cuanto al efecto denigratorio, éste no se puede impedir en cuanto la publicidad comparativa es lícita, pero con el límite de que sea innecesario³⁴².

En cuanto a la publicidad adhesiva y de tono personal, prevista en el art. 1.3: << d) no se aproveche principalmente de la notoriedad vinculada a una marca o al nombre comercial de un competidor>> y <<no tenga por objeto la

³⁴² En este sentido se pronunciaba la Exposición de Motivos de la primera Propuesta de Directiva sobre Publicidad comparativa.

personalidad o la notoriedad de un competidor o la situación personal de un competidor>>, éstos son límites de la publicidad comparativa³⁴³.

Otro elemento de la definición es el relativo a la prohibición de confusión, del art. 1.3: <<no pueda dar lugar a confusión en el mercado entre el anunciante y un competidor o entre las marcas, los nombres comerciales, otros signos distintivos, los bienes o los servicios del anunciante y los de un competidor>>. En ningún momento se trata de equiparar unos productos con otros de la competencia para demostrar su superioridad, lo cual es una publicidad adhesiva que genera confusión. Por el contrario, la publicidad comparativa comprara los productos para indicar ventajas y desventajas de cada uno³⁴⁴

En cuanto a lo dispuesto en el art. 1.3.2, <<La publicidad comparativa deberá indicar durante cuanto tiempo se mantienen las características de los bienes o servicios comparados cuando sean objeto de una oferta especial o de carácter temporal>>. Es una especialidad de la regla general de que la comparación se base en datos objetivos y exactos. Estos datos basados en la verdad objetiva exige que estén actualizados y se acuerda así en el art. 1.3.1, pero el art. 1.3.2 va más allá y exige que esta publicidad indique el tiempo durante el cual se va a mantener aquella oferta especial.

5. Marcas europeas y publicidad comparativa

El tema de las marcas y demás signos distintivos, por su problemática, ha sido objeto de bastante atención por las Autoridades europeas. La referencia a la marca se hace necesaria por ser utilizada frecuentemente en publicidad comparativa, reconociendo el derecho de utilización exclusiva, en el considerando catorce pero permitiendo su utilización en publicidad comparativa (considerando catorce), siempre que se realice para distinguir y resaltar las

³⁴³ Aunque como señala TATO PLAZA el defectuoso concepto de publicidad comparativa de esta segunda Propuesta origina la confusión entre las tres clases de publicidad alusiva, siendo únicamente la comparativa la consideraba lícita, pero no estando especificado hasta el momento por la falta de una normativa comunitaria.

³⁴⁴ FERNÁNDEZ NOVOA, *Estudios de Derecho de Publicidad*, oc, p. 227.

diferencias entre marcas de forma objetiva (considerando quince). Por último, el considerando diez y nueve prohíbe las comparaciones de productos o servicios que lleven marca u otro signo distintivo protegido.

El considerando trece establece: <<Considerando que el artículo 5 de la Primera Directiva 89/104/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas confiere al titular de una marca registrada un derecho exclusivo que incluye, en particular, el derecho a prohibir a cualquier tercero el uso, en el tráfico económico, de cualquier signo idéntico o similar para productos o servicios idénticos o, en su caso, incluso para otros productos>>.

Considerando catorce: <<... que, no obstante, puede ser indispensable, para efectuar una publicidad comparativa eficaz, identificar los productos o servicios de un competidor haciendo referencia a una marca de la cual éste último es titular o a su nombre comercial>>.

Considerando quince: <<... que una utilización tal de la marca, del nombre comercial u otros signos distintivos de un tercero, siempre que se haga respetando las condiciones establecidas mediante la presente Directiva, no atenta contra el derecho exclusivo, puesto que su objetivo consiste solamente en distinguir entre ellos y, por tanto, resaltar las diferencias de forma objetiva>>.

Considerando diez y nueve: <<... que no se considerará que las comparaciones que presenten un bien o un servicio como imitación o réplica de un bien o servicio que lleve marca o nombre comercial protegidos cumplen las condiciones que ha de cumplir la publicidad comparativa permitida>>.

6. Régimen de control y reclamaciones

A) Introducción

Una cuestión que acompaña a la publicidad es el control de la publicidad ilícita. En este sentido la normativa sobre derecho de la competencia ha regulado una serie de acciones para reaccionar contra la publicidad ilícita. La reforma de la Ley General de Publicidad aborda también esta cuestión en su texto.

Sobre los tres medios de control de la publicidad (judicial, administrativo y voluntario) se ha pronunciado la Directiva.

Ya en los considerandos la Directiva reconoce la utilidad de los controles voluntarios, internos y transfronterizos (considerando diez y siete), junto a los judiciales. El considerando diez y seis establece: "... que es conveniente establecer que los recursos judiciales y/o administrativos mencionados en los artículos 4 y 5 de la Directiva 84/450/CEE puedan ser utilizados para controlar la publicidad comparativa que no se ajuste a las condiciones establecidas en la presente Directiva; que, según el considerando decimosexto de dicha Directiva, los controles voluntarios ejercidos por organismos autónomos para suprimir la publicidad engañosa pueden evitar el recurso a una acción administrativa o judicial y que, por ello, deben fomentarse; que el artículo 6 se aplica de igual modo a la publicidad comparativa no permitida".

Considerando diez y siete: "... que los organismos nacionales autónomos podrán coordinar sus trabajos mediante asociaciones u organizaciones establecidas a escala comunitaria y, entre otras cosas, resolver las reclamaciones transfronterizas".

Y también en el articulado se aborda éste, en línea con los considerandos, en el art. 1, 5), donde se dice <<Los párrafos primero y segundo del apartado 1 del artículo 4 se sustituirán por el siguiente texto:

"1. Los Estados miembros velarán por que existan los medios adecuados y eficaces para luchar contra la publicidad engañosa y para el cumplimiento de las disposiciones en materia de publicidad comparativa en

interés de los consumidores, así como de los competidores y del público en general.

Estos medios deberían incluir disposiciones legales en virtud de las cuales las personas o las organizaciones que tengan, con arreglo a la legislación nacional, un interés legítimo en la prohibición de la publicidad engañosa o en la regulación de la publicidad comparativa puedan proceder judicialmente contra esta publicidad, y/o someter esta publicidad a una autoridad administrativa competente, bien para pronunciarse sobre las reclamaciones o bien para entablar las acciones judiciales pertinentes”

El art. 1, 6) se aprueba para reformar el art. 4 apartado 2 de la Directiva sobre publicidad engañosa de la manera siguiente:

Los guiones del párrafo primero se sustituirán por el texto siguiente:

“Para ordenar el cese de una publicidad engañosa o de una publicidad comparativa no permitida, o emprender las acciones judiciales pertinentes con vistas a ordenar el cese de dicha publicidad, o para prohibir tal publicidad o emprender las acciones judiciales pertinentes con vistas a ordenar la prohibición de la publicidad engañosa o de la publicidad comparativa no permitida, cuando ésta no haya sido todavía publicada, pero sea inminente su publicación”.

La frase inicial del párrafo tercero se sustituirá por el texto siguiente:

“Además, los Estados miembros podrán otorgar a los tribunales o a las autoridades administrativas unas competencias que, con el fin de eliminar los efectos persistentes de una publicidad engañosa o de una publicidad comparativa no permitida cuyo cese haya sido ordenado por una decisión definitiva, les faculten para:”

Como mecanismo de control también la Directiva recomienda el control voluntario y la posibilidad de su fomento por los Estados miembros, el art. 1, 7) dice: "El artículo 5 se sustituirá por el texto siguiente:

La presente Directiva no excluirá el control voluntario, que los Estados miembros podrán fomentar, de la publicidad engañosa y de la publicidad comparativa por organismos autónomos ni el recurso a tales organismos por las personas o las organizaciones a que se refiere el artículo 4, si existen procedimientos ante tales organismos además de los procedimientos judiciales o administrativos a que se refiere dicho artículo".

B) Carga de la prueba

La Directiva, en aras de su política de protección de la parte débil contratante, consagra un principio procesal genérico de sustanciación de la carga de la prueba, con la posibilidad que se le concede al juez de exigir al anunciante que aporte las pruebas de los hechos de su publicidad³⁴⁵.

El art. 1 8) establece: <<La letra del artículo 6 se sustituirá por el texto siguiente: a) para exigir que el anunciante presente pruebas relativas a la exactitud de las afirmaciones de hecho contenidas en la publicidad si, habida cuenta de los intereses legítimos del anunciante y de cualquier otra parte del procedimiento, tal exigencia parece apropiada a la vista de las circunstancias del caso y, en el caso de la publicidad comparativa, para exigir al anunciante que presente dicha prueba en un breve periodo de tiempo; y>>. Esta reforma mantiene la situación existente para la publicidad engañosa y añade la mención para la publicidad comparativa estableciendo la posibilidad de que el juez exija dicha prueba al demandado <<en un breve periodo de tiempo>>.

Esa recomendación de celeridad se debe haber hecho para todos los procedimientos de la Directiva sobre publicidad engañosa, y no sólo sobre

³⁴⁵ MADRENAS I BOADA, *Sobre la interpretación de las prohibiciones en materia de publicidad engañosa y desleal*, ed. Cuadernos Civitas, Madrid, 1990, p. 182.

publicidad comparativa, pues la celeridad es un valor justicia siempre. Aparece como superflua en este sentido³⁴⁶.

Disposiciones especiales. El art. 1 9) refuerza la aplicación de esta Directiva refiriéndose a las excepciones.

Art. 1. 9) El art. 7 se sustituirá por el texto siguiente:

La presente Directiva no será óbice para que los Estados miembros mantengan o adopten disposiciones tendentes a asegurar una protección más amplia, en materia de publicidad engañosa, de los consumidores, de las personas que ejercen una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, así como del público en general.

El apartado 1 no será aplicable a la publicidad comparativa en lo que se refiere a la comparación.

Las Disposiciones de la presente Directiva serán aplicables sin perjuicio de las disposiciones comunitarias sobre publicidad para productos y servicios específicos o ambas cosas, ni de las restricciones o prohibiciones relativas a la publicidad en medios de comunicación determinados.

Las disposiciones de la presente Directiva relativas a la publicidad comparativa obligarán a los Estados miembros, que, en cumplimiento de lo dispuesto en el Tratado, mantengan o impongan, de forma directa o por medio de un organismo u organización competente con arreglo a la legislación de los Estados miembros, prohibiciones de publicidad sobre determinados bienes o servicios con el fin de regular el ejercicio de actividades comerciales, industriales, artesanales o profesionales, a fin de permitir la publicidad comparativa de dichos bienes o servicios. Cuando dichas prohibiciones se

³⁴⁶ Además la situación normal de retraso en la tramitación de los procedimientos en los Juzgados, entre otras cosas por exceso de trabajo, imposibilitara su aplicación en la mayoría de los casos.

limiten a medios de comunicación determinados, la Directiva se aplicará a los medios de comunicación que no estén cubiertos por tales prohibiciones.

Nada de lo dispuesto en la presente Directiva impedirá que los Estados miembros, en cumplimiento de las disposiciones del Tratado, mantengan o establezcan prohibiciones o limitaciones del uso de las comparaciones en la publicidad de servicios profesionales, ya sean impuestas directamente o por un organismo u organización competente, con arreglo a la legislación de los Estados miembros, para la regulación del ejercicio de una actividad profesional>>.

C) Reclamaciones

La Directiva comentada aborda el importante tema de las reclamaciones de consumidores y usuarios en el art. 2, reclamando la aprobación de métodos eficaces de reclamación en actos de consumo transfronterizos respecto de la publicidad comparativa. Dándose un plazo de dos años desde la entrada en vigor de la Directiva para que la Comisión presente un informe al Parlamento y a la Comisión sobre los resultados de los estudios y propuestas concretas a aplicar³⁴⁷.

Asimismo, la Comisión hace una declaración final de intenciones³⁴⁸, para presentar el Informe anual del art. 2 al mismo tiempo que el Informe sobre los sistemas de reclamaciones previstos en el art. 17 de la Directiva 97/7/CE relativa a la protección de los consumidores en contratos a distancia³⁴⁹.

³⁴⁷ Art. 2 Directiva 97: <<Régimen de reclamaciones, la Comunidad estudiara la viabilidad de establecer métodos eficaces para tramitar las reclamaciones transfronterizas respecto de la publicidad comparativa. En el plazo de dos años a partir de la entrada en vigor de la presente Directiva la Comisión presentara un informe al Parlamento Europeo y al Consejo sobre los resultados de los estudios, acompañado, en su caso, de propuestas>>.

³⁴⁸ Obligación no jurídica sino solamente <<moral o política>>.

³⁴⁹ Declaración de la Comisión en Directiva 97/7/CE: <<La Comisión declara su intención de presentar el informe anual que se menciona en el art. 2 en la medida de lo posible al mismo tiempo que el Informe sobre los sistemas de reclamaciones previstos en el art. 17 de la Directiva 97/7/CE relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia>>.

D) Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre reclamaciones en materia de publicidad comparativa

Con fecha 10-03-2000, COM (2000) 127 final, la Comisión presenta el Informe al Consejo y al Parlamento sobre las reclamaciones de los consumidores respecto a la publicidad comparativa (art. 2 Directiva 97/55/CE) y a la venta a distancia (art. 17 de la Directiva 97/7/CE relativa a la protección de los consumidores en contratos a distancia)³⁵⁰.

En este informe recoge las pocas reclamaciones que se han presentado en estas materias por los distintos estados miembros, ya que como recoge el propio informe, por el poco tiempo transcurrido, <<Esto significa que, desde un punto de vista técnico, todavía no pueden presentarse reclamaciones relativas a infracciones de estas dos Directivas. Por lo tanto, debe tenerse en cuenta que este informe está necesariamente basado en datos que no reflejan plenamente la situación jurídica creada por estas dos Directivas, por lo que se refiere a las reclamaciones de los consumidores>>³⁵¹.

No obstante, como señala el Informe, la reclamación de los consumidores se articula por el sistema general que se ha creado por la Unión Europea, a través de sucesivas Directivas y políticas de protección del consumidor, que se ha plasmado en los derechos nacionales³⁵².

Este cada vez más amplio abanico de derechos de los consumidores europeos, a nivel comunitario y de sus estados nacionales, tiene que completarse con vías eficaces de acceso a la justicia y a los recursos. Problemas relacionados con las transacciones transfronterizas, los costes

³⁵⁰ Publicación de la Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas 10.3.2000, COM 2000 final, Archivo del Centro de Documentación Europea de la Universidad de Las Palmas Gran Canaria.

³⁵¹ Publicación de la Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas 10.3.2000, COM 2000 final, Archivo del Centro de Documentación Europea de la Universidad de Las Palmas Gran Canaria, p. 5.

³⁵² Las Instituciones de la UE han abordado la cuestión del acceso de los consumidores a la justicia desde los años 80. Destacan el Libro Verde de la Comisión sobre el acceso a la justicia y la solución de conflictos DOC 1993, 576 final de 16.11.1993 y la Comunicación de la Comisión sobre solución sobre la solución extrajudicial de conflictos en materia de consumo COM 1998, 198 final de 3.3.1998.

relacionados con la distancia, los retrasos, los costes económicos y psicológicos forman un muro a veces infranqueable para que los consumidores puedan hacer valer sus derechos reconocidos.

La Alianza Europea para la Ética en Publicidad (European Advertising Standards Alliance EASA), es un organismo sin ánimo de lucro con sede en Bruselas (Bélgica), que realiza la función de centro de coordinación de los puntos de vista de los órganos nacionales de autorregulación de la publicidad a nivel europeo. Esta formada por los órganos nacionales de autorregulación (27 de 22 países según el Informe, incluyendo los estados de la UE), encargados de la autogestión y de la aplicación del Código Ético y de las normas de publicidad conforme a lo establecido por la Cámara de Comercio Internacional. El objetivo es promover la autorregulación y las reclamaciones transfronterizas, creando su propio procedimiento.

Aparte de la estadística que ha realizado sobre reclamaciones transfronterizas por venta a distancia en los distintos países, EASA ha realizado la estadística por reclamaciones transfronterizas por publicidad comparativa, en los distintos países europeos>>³⁵³.

En España, el Instituto Nacional de Consumo ha comunicado que no se han presentado reclamaciones en ese periodo.

Austria no ha registrado ninguna reclamación por publicidad comparativa. En Dinamarca, según su información transmitida, muestra que el Defensor del Consumidor ha recibido muy pocas reclamaciones en materia de publicidad comparativa. Son los competidores los que más han reclamado y refiriéndose sobre todo a los precios, más que a la calidad.

En Finlandia, la Agencia Nacional de los Consumidores, recibió 6 reclamaciones en 1997, 13 en 1998 y 6 en 1999 (hasta el 30 de septiembre

³⁵³ Publicación de la Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas 10.3.2000, COM 2000 final, Archivo del Centro de Documentación Europea de la Universidad de Las Palmas Gran Canaria, p. 31-34.

de1999). El Defensor del Consumidor se hizo cargo de algunos de estos casos, que tenían por objeto la presentación inexacta de los precios y las comparaciones de precios engañosas en sectores tales como servicios telefónicos, lanchas motoras, pruebas de accidentes de automóvil y el medio ambiente. Ninguno de estos casos estaba relacionado con el medio ambiente. La Asociación de Consumidores recibió menos de diez reclamaciones sobre publicidad comparativa en los años en cuestión. Las Autoridades finlandesas consideran que el número total de reclamaciones relacionadas con la publicidad comparativa fue de aproximadamente 17 en 1997, 24 en 1998 y 17 en 1999.

Alemania tampoco conoce reclamaciones transfronterizas en materia de publicidad comparativa según los datos del Ministerio de Justicia, las Asociaciones de consumidores o las organizaciones profesionales.

Ni Grecia, ni Irlanda, ni Inglaterra, ni Luxemburgo comunicaron ningún caso de reclamación sobre publicidad comparativa. Italia comunicó tres casos (dos en 1998 y uno en 1999), que versaban sobre publicidad comparativa, que fueron abordados por la autoridad competente (Autorita Garante della Concorrenza e del Mercato), pero ninguno era transfronterizo.

Los Países Bajos recibieron reclamaciones sobre publicidad en este periodo (11 en total), pero no tenían naturaleza transfronteriza.

Suecia tampoco ha comunicado ninguna reclamación sobre publicidad comparativa, debe tenerse en cuenta que la publicidad comparativa esta permitida antes de la aprobación de la Directiva.

En cuanto a la información transmitida por las organizaciones profesionales, el Informe³⁵⁴ se refiere a EASA, tanto a la venta a distancia como a la publicidad comparativa.

³⁵⁴ Publicación de la Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas 10.3.2000, COM 2000 final, Archivo del Centro de Documentación Europea de la Universidad de Las Palmas Gran Canaria, p. 31-34.

En cuanto a la reclamación transfronteriza sobre publicidad comparativa, la EASA tiene su propio procedimiento de reclamación. Todos los casos se registran en su secretaría y una vez terminadas se publican en su boletín trimestral <<Alliance Update>>. Dada lo reciente de la aprobación de la Directiva sobre publicidad comparativa cuando se realiza el informe no hay ningún caso de publicidad comparativa registrado. Solo dos sobre plagio, que en parte se relacionan con la publicidad comparativa.

7. Traslación

A) Traslación general

La Estados miembros de la Unión Europea están obligados a aplicar esta Directiva, reformando su derecho nacional³⁵⁵.

Ya en los considerandos se pronuncia sobre el alcance y forma de la translación. Ésta debe ser total (Considerando once y veinte y tres³⁵⁶), resaltando la necesidad de observancia de la normativa sobre denominaciones de origen de los productos agrícolas (considerando doce³⁵⁷) y estableciendo la recomendación de que las normas nacionales de los Estados miembros no limiten esta Directiva (Considerando diez y ocho³⁵⁸).

³⁵⁵ Art. 4 Directiva 97/55/CE: <<Los destinatarios de la presente Directiva serán los Estados miembros>>.

³⁵⁶ Considerando 11: <<... que las condiciones aplicables a la publicidad comparativa deben ser acumulativas y cumplidas en su totalidad; que, de conformidad con el Tratado, la elección de la forma y de los medios de realizar dichas condiciones podrá dejarse a los Estados miembros, en la medida en la que tales formas y medios no estén ya determinados por la presente Directiva>>.

Considerando 23: <<... que la regulación de la publicidad comparativa, en las condiciones establecidas en la presente Directiva, es necesaria para el buen funcionamiento del mercado interior y que, por tanto, se impone una acción a nivel comunitario; que la adopción de una Directiva es el instrumento adecuado, ya que establece principios generales uniformes pero deja a los Estados miembros la elección de la forma y de los medios apropiados para alcanzar tales objetivos; que es acorde al principio de subsidiariedad>>.

³⁵⁷ Considerando 12: <<... que estas condiciones deben incluir, en particular, la observancia de las disposiciones resultantes del Reglamento (CEE) nº 2081/92 del Consejo, de 14 de julio de 1992, relativo a la protección de las indicaciones geográficas y de las denominaciones de origen de los productos agrícolas y alimenticios (7) y, en particular, de su artículo 13, así como las demás disposiciones comunitarias adoptadas en el sector agrícola>>.

³⁵⁸ Considerando 18: <<... que el artículo 7 de la Directiva 84/450/CEE, que permite a los Estados miembros mantener o adoptar disposiciones tendentes a asegurar una protección más amplia de los consumidores, de las personas que ejercen una actividad comercial, industrial, artesanal o liberal, así como del público en general, no debería aplicarse a la publicidad comparativa, dado que el objetivo que

La Directiva previó un plazo de 30 meses, hasta abril del año 2000, desde su publicación, para que los Estados miembros reformarán su derecho interno, integrando la Directiva. El art. 3 establece: <<1. Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva, a más tardar 30 meses después de su publicación en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas. Informaran de ello inmediatamente a la Comisión>>.

Al no tratarse de una directiva <<de mínimos>>, la traslación debe ser total en cada país. La licitud de la publicidad comparativa debe ser total y los Estados miembros deben integrarla sin restricciones a su admisibilidad (art. 3.2), sin dejar nada fuera y con un margen más estrecho para los Estados que en el caso de la publicidad engañosa³⁵⁹.

Artículo 3. 1. Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva, a más tardar 30 meses después de su publicación en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas. Informarán de ello inmediatamente a la Comisión.

2. Cuando los Estados miembros adopten dichas disposiciones, éstas incluirán una referencia a la presente Directiva o irán acompañadas de dicha referencia en su publicación oficial. Los Estados miembros establecerán las modalidades de la mencionada referencia.

3. Los Estados miembros comunicarán a la Comisión el texto de las principales disposiciones de Derecho interno que adopten en el ámbito regulado por la presente Directiva.

se persigue al modificar esta Directiva es el de establecer condiciones con arreglo a las cuales la publicidad comparativa esté permitida>>.

³⁵⁹ VALLE FECED y PETER HOFER, en "Regulación europea de la publicidad comparativa", *Derecho de los Negocios*, junio 1999, p. 19.

En aplicación de esta normativa, se da un plazo a los Estados miembros para que realicen la traslación a sus derechos internos (23-4-2000), y además se les exige que comuniquen la ley a la Comisión, que es una forma de controlar que se ha cumplido.

B) Traslación al derecho español

La Comisión Europea denunció a España ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea por considerar que no había cumplido con su obligación de transponer la directiva modificada sobre publicidad engañosa en el plazo previsto³⁶⁰.

La abogado general del TJCE informó de que España no había cumplido, y procedía estimar el recurso de la Comisión y condenar a dicho Estado miembro por incumplimiento del Tratado imponiéndole el pago de las costas procesales. Las conclusiones del abogado general no son vinculantes para el Tribunal pero suele emplearlas como base de su decisión final.

España no informó en el plazo previsto a la Comisión sobre la adopción de las disposiciones necesarias para dar cumplimiento a los dispuesto en la directiva, por lo que Bruselas le envió, en 2001, un dictamen motivado (primer paso del procedimiento de infracción). España contestó al Ejecutivo comunitario que la adaptación del Derecho nacional a la directiva exigía modificar la LGP, donde se había recogido la Directiva de publicidad engañosa de 1984.

Pero, como posteriormente no se comunicó a la Comisión el proyecto de ley ni se le aclaró qué parte de la Directiva en cuestión ya había sido incorporada en la citada ley, la Comisión interpuso recurso ante el Tribunal.

Para el abogado general, y según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, "la existencia de un incumplimiento debe apreciarse en función de la

³⁶⁰ STJCE 28-12-2002, ARANZADÍ, westlaw.es, [en línea], [consulta 2-04-2003].

situación del Estado miembro tal como ésta se presentaba al final del plazo señalado en el dictamen motivado³⁶¹.

En este sentido, indica que este plazo concluyó el 9 de mayo de 2001 sin que se hubieran adoptado las medidas exigidas por la Comisión, y conforme jurisprudencia del Tribunal de Justicia, los Estados miembros no pueden invocar disposiciones de Derecho interno para justificar la no adaptación a una directiva en el plazo estipulado.

Dictada sentencia del TJCE (Sala Tercera) de 28 de noviembre de 2002. «Incumplimiento de Estado - Directiva 97/55/CE - Publicidad comparativa - No adaptación del Derecho interno en el plazo señalado» (España, Directiva 97/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de octubre de 1997, por la que se modifica la Directiva 84/450/CEE sobre publicidad engañosa, a fin de incluir en la misma la publicidad comparativa, España fue condenada.

El Congreso de los Diputados español ha aprobado, con fecha 28-10-2002 una proposición no de ley del grupo popular para incorporar la Directiva comunitaria sobre publicidad comparativa.

V CÓDIGO DEONTOLÓGICO PARA PUBLICIDAD INFANTIL

1. Principios

La Unión Europea ha aprobado un Código Deontológico para la publicidad infantil, que también tiene una referencia a la publicidad comparativa dirigida a los menores. Se trata de proteger a los menores en cuanto son especialmente influenciables y vulnerables por los anuncios publicitarios³⁶².

³⁶¹ STJCE 6-12-2001, ARANZADI, westlaw.es [en línea], [consulta 2-04-2003] en relación a la STJCE 8-03-2001 que establece que un Estado no puede alegar circunstancia, leyes o prácticas propias para no adaptar una Directiva a su Derecho interno.

³⁶² Publicación de la Unión Europea, Comisión de seguimiento de la publicidad infantil, [en línea], google [consulta: 2-4-2002].

Seis son los principios básicos que constituyen la base de estas Directrices para la Publicidad dirigida a menores. Estos principios, y no las Directrices mismas, determinan el alcance de este documento. La interpretación e implantación de los Principios y Directrices estarán, en todo caso, siempre de acuerdo con la Comunidad Europea y la legislación nacional. En efecto, las Directrices anticipan y se aplican en muchas de las áreas que exigen un estudio sobre la publicidad infantil, pero son más ilustrativas que restrictivas.

Los anunciantes deben tener siempre en cuenta el nivel de conocimiento, sofisticación y madurez de la audiencia a la que dirigen su mensaje principalmente. Los niños/as más pequeños poseen una capacidad limitada para evaluar la credibilidad de la información que reciben. Por lo tanto, los anunciantes tienen que ser responsables a la hora de proteger a los niños/as de sus propias sensibilidades. Estos principios son:

a) Reconocer la naturaleza imitativa de los niños/as pequeños debe llevar a los anunciantes a extremar sus cuidados para no hacer que la violencia sea atractiva o presentarla como un método aceptable para conseguir metas sociales o personales.

b) Reconocer que la publicidad puede jugar un papel en la educación infantil debe hacer que los anunciantes transmitan la información de forma sincera y precisa, conscientes de que el menor puede aprender cosas de la publicidad que afecten a su salud y a su bienestar.

c) Los anunciantes deberán capitalizar el potencial de la publicidad para influir en el comportamiento haciendo anuncios de buen gusto y, siempre que sea posible, que contengan referencias a conductas positivas, beneficiosas y pro-sociales, tales como la amistad, la amabilidad, la honestidad, la justicia, la generosidad, la protección del medio ambiente y el respeto tanto a los demás como a los animales. Además, la publicidad no debe presentarse de una manera provocativa sexualmente.

d) Los anunciantes deben extremar sus cuidados para no inducir a error a los niños/as. En efecto, un anuncio no debe, directa o indirectamente, estimular unas expectativas poco razonables sobre la calidad del producto o sobre sus prestaciones. Hay que comprender que los niños/as tienen imaginación y que el juego de simulación constituye una parte importante de su crecimiento; los anunciantes no deben explotar la capacidad imaginativa del menor.

e) Los padres son uno de los agentes que más influyen en el desarrollo personal y social del niño/a. Son también su guía. En este sentido, los anunciantes deberían contribuir a desarrollar la relación paterno filial de una manera constructiva.

2. Directrices

En cuanto a las Directrices dan pautas para la interpretación de las normas y conductas en materia de publicidad infantil. Se reconoce que al conocer menos el mundo están más limitados que los adultos y por lo tanto tienen menos recursos a la hora de elegir su opción de compra. Por estas razones, algunas presentaciones y técnicas que pueden ser apropiadas para la publicidad dirigida a los adultos pueden inducir a error cuando se usan en publicidad infantil.

La función de las Directrices consiste en delimitar las áreas que necesitan atención particular para ayudar a evitar la emisión de mensajes publicitarios que resulten engañosos a los niños/as. Su objetivo consiste en ayudar a los anunciantes para que trabajen con sensibilidad y honestidad en este campo, no se pretende privarles, ni a ellos ni a los niños/as de los beneficios que aportan los experimentos publicitarios innovadores.

Las Directrices mantienen un enfoque general basado en la idea de que la publicidad responsable adopta muchas formas y que las interpretaciones individuales y culturales deben ser reconocidas. En cualquier caso, el objetivo consiste en satisfacer tanto el espíritu como el contenido de los Principios y Directrices en los que se basan. En cuanto al alcance de las Directrices, estas

afectan a todos los anunciantes que se dirijan a niños/as menores de 15 años por medio de la prensa, los videos, la radio, la televisión por cable y por satélite. Hay una sección dedicada a la publicidad para adultos cuando exista un riesgo potencial para la seguridad de la infancia (véase la Directriz 11, Seguridad).

Directriz 1ª: presentación de productos y reclamaciones

Directriz 2ª: identificación de la publicidad

Directriz 3ª: previsión de ventas

Directriz 4ª: información y rectificaciones

Directriz 5ª: presentaciones comparativas

Directriz 6ª: apoyo y promoción a través de personajes de programas y Personajes del mundo editorial

Directriz 7ª: premios, promociones, concursos

Directriz 8ª: premios

Directriz 9ª: clubes infantiles

Directriz 10ª: concursos

Directriz 11ª: seguridad, comisión de seguimiento de la publicidad infantil, 1993–2000.

3. Principios de publicidad comparativa infantil

La Directriz 5ª se refiere a las presentaciones comparativas dirigidas a los menores de edad. Se parte de la idea de que la publicidad que compara el producto anunciado con otro puede resultar, a veces, difícil de entender y evaluar por los menores. Por lo tanto se debe basar en una ventaja real del producto, que sea fácilmente comprensible para los destinatarios infantiles.

a) La publicidad comparativa debe proporcionar información real. Las comparaciones no deben representar falsamente otros productos o versiones previas del mismo producto.

b) La presentación comparativa debe ser presentada de manera que la audiencia infantil la entienda con claridad.

c) La presentación comparativa debe apoyarse en justificaciones válidas y adecuadas.

VI. CONCLUSIÓN

Con la aprobación de la Directiva 97/55/CE, sobre publicidad comparativa, del Parlamento Europeo y del Consejo, se ha conseguido una regulación uniforme en toda la Unión Europea, con las consiguientes ventajas para los intereses de consumidores y usuarios. Después de un proceso largo y complejo se ha impuesto la doctrina favorable a la aceptación de este tipo de publicidad. La publicidad comparativa que realice una empresa en un país, ahora puede circular libremente por todos los países miembros, con las ventajas que esto conlleva para la propia empresa anunciante, pero también para los consumidores, que van a poder disponer de más información a la hora de elegir su compra. En definitiva se va a favorecer la competencia en Europa.

Como inconvenientes de la Directiva es el no haber definido con más precisión el concepto de publicidad comparativa, en la línea de favorecer la competencia y proteger al consumidor. Es necesario precisar que se considera como publicidad denigrante, y hacerlo con carácter restrictivo, pues sino se puede utilizar por las empresas como mecanismo para bloquear o paralizar la publicidad que se haga en su contra³⁶³.

En cuanto a la traslación a los diferentes Estados se ha ido realizando a distintos ritmos. En España, la situación queda modificada pero no mucho dado que en España se reconocía la publicidad comparativa. En los países de tradición restriccionista la Directiva ha cambiado totalmente la situación.

³⁶³ Véase capítulo 5.

CAPITULO CUARTO: REGIMEN LEGAL Y JURISPRUDENCIAL ESPAÑOL

I LEY GENERAL DE PUBLICIDAD, DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1988

1. Significado de LGP	191
2. La primacía otorgada a la Jurisprudencia	193
3. Publicidad comparativa y publicidad ilícita	195

II LEY DE COMPETENCIA DESLEAL, DE 10 DE ENERO DE 1991

1. Introducción	198
2. Artículo 10 LCD	199
3. Concurso de normas entre la Ley General de Publicidad y la Ley de Competencia Desleal	
A) Introducción	203
B) Derogación tácita	204
C) Derogación por incompatibilidad	206
4. Posturas doctrinales ante el concurso de normas	209
5. Diferencia entre ilícito concurrencial e ilícito publicitario	211
6. Sistema de publicidad comparativa en derecho español	
A) introducción	212
B) Con relación a los objetos de comparación	213
C) Con relación a los parámetros de la comparación	217
D) Con relación al contenido de la comparación	220

III TRASLACION DE LA DIRECTIVA

1. Introducción	226
2. Proyecto de Reforma de la Ley General de Publicidad	230

3. Ley 39/2002, de 28 de octubre, General de Publicidad	234
---	-----

IV AUTORREGULACION

1. Introducción	237
2. Códigos de Conducta y publicidad comparativa	239
3. Estadística de asuntos resueltos por JP	241
4. Casos resueltos por JP sobre publicidad comparativa	
A) Caso Zanussi, Balay y Fagor vs LG Frigoríficos Goldstar	242
B) Caso Lejía ACE vs Henkel Ibérica Lejía Neutrex con blanqueantes activos	242
C) Caso Henkel Ibérica vs Lejía ACE Antirradicales	243
D) Caso Proter Gamble Fairy Ultra vs Henkel Ibérica Nuevo Mistol Ultra Plus	244
E) Caso Leche Pascual vs Cereales Kellogg's	245
F) Caso Telefónica Móviles vs Airtel Móvil	245
G) Caso Telefónica vs RSL Communications Spain (Aló)	246
H) Caso Schweppes vs Refrescos Don Simón	247
I) Caso GLP vs Nueva botella de butano Cepsa	248
J) Caso Telefónica vs Jazztel	249
K) Caso Damm SA y Plataforma Continental SL vs Heineken España	250
L) Caso Terra vs Ya.com	262
LL) Caso Don Simón vs Pepsi	263
M) Caso Danone Coca Cola vs Don Simón	264
N) Caso Proter Gamble vs Don Simón	265
Ñ) Caso Coca Cola vs Pepsi	266
O) Coca Cola vs Pepsico ("Mundial 2002: España 3 - Paraguay 1)	267

V ANALISIS DE LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA SOBRE PUBLICIDAD COMPARATIVA

1. Casuística española	273
2. Caso Telefónica vs Tele2	273
3. Caso Telefónica vs Alo SA	274
4. Caso Caster vs Levis´s	275
5. Caso Telefónica vs Guiaraba SL	
A) Intorudccion	275
B) Existencia de publicidad comparativa implícita	278
C) Existencia de comparación al realizar alusión al competidor	
.....	281
6. Caso Burger King vs McDonald's	284
7. Caso Modital SL vs Tinta Difusión SA	
A) Introducción	285
B) Sentencia de la AP estimatoria	286
C) Sentencia desestimatoria del Tribuna Supremo	287
8. Caso Distribuidora Internacional de Alimentación DIA SA vs Bon Preu SA	
A) Introducción	292
B) Sentencia estimatoria de la demanda de la AP	293
9. Colegio de Gestores Administrativos de Valencia vs Banco Herrero SA	
A) Introducción	297
B) Sentencia de la AP desestimatoria de la demanda	297
10. Cía. de Servicios de bebidas refrescantes SA y Coca-Cola de España SA vs Pepsi-Cola de España SA	

A) Introduccion	302
B) Sentencia de la AP de Madrid	302
C) Publicidad comparativa publicidad testimonial	306
11. Arrakis Servicios y Comunicaciones SL vs Centre Telematic Valencia SL (CVT)	307
12. Fundació Familiar Catalana vs Moar Associats SL	
A) Introducció	313
B) Sentencia desestimatoria de la AP de Barcelona	314
13. Caso Chicco Española SA vs Boehringer Mannheim SA	
A) Introducción	318
14. Instituto para la Promoción y el Empleo SL s Liceo Politécnico de Valladolid	
A) introducción	328
B) Sentencia desestimatoria de la AP de Valladolid	329
15. Atencia y Sanz, asesores de seguros, correduría de seguros SL vs Colegio de Mediadores de Seguros Titulares de Ceuta	
A) introducción	332
B) Sentencia desestimatoria de la AP de Cadiz	332
16. Caso Telefónica vs Retevision	336
17. Caso Femsa vs Disyuntor Regulador ASD SA	336
18. Caso Ascensores “Zardoya Otis”	336
19. Caso Asociación Española de Fabricantes de Juguetes vs Juguetes Feber SA	337
20. Caso Productos T vs CN	337
21. Caso Policlínica San Carlos SL vs Centro Clínica S. Carlos SA	340

I LEY GENERAL DE PUBLICIDAD, DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1988

1. Significación de la Ley General de Publicidad

Con la LGP el legislador se intenta adaptar al nuevo contexto existente en España, muy diferente al que había al aprobarse el Estatuto del Consumidor en 1964. Ahora la Ley considera a la actividad publicitaria como el medio más eficaz para promover las ventas de bienes y servicios a los consumidores y usuarios³⁶⁴. En las economías de mercado más desarrolladas es la manera más eficaz de inclinar a los consumidores al consumo de un determinado producto, frente a otros de la competencia que también satisfacen la misma necesidad. El tremendo impacto de la publicidad y la importancia de su mensaje en la relación entre consumidor y vendedor, ha hecho necesario que sea regulada por ley.

Con la LGP se reconoce el carácter y la naturaleza comunicativa de la publicidad. La doctrina distingue al Derecho de la Publicidad en cuanto hay una razón delimitadora de esta materia, tanto en el plano legal como en el de la realidad social³⁶⁵. La importancia hace que se regule con carácter uniforme en la Unión Europea. La definición de publicidad del art. 2 de la LGP supone la transposición del art. 2.1 de la Directiva 84/450/CE, de 1984, sobre publicidad engañosa³⁶⁶.

La publicidad no es solo una mera reglamentación del sector económico, como en un principio se podía pensar, sino que hoy es un fenómeno complejo, donde destaca el carácter comunicativo³⁶⁷. La publicidad se puede decir que es, con la LGP << toda forma de comunicación >> que se oriente al propósito de

³⁶⁴Incluso creando nuevas necesidades y favoreciendo determinadas conductas o ideas en otro tipo de publicidad o propaganda no comercial.

³⁶⁵CUESTA RUTE DE LA, *Lecciones de derecho de la publicidad*, Editorial de la Universidad Complutense, Madrid, 1985, destaca los caracteres jurídicos y materiales diferenciados.

³⁶⁶Como señala SANTAELLA LÓPEZ, *El nuevo derecho de la publicidad*, oc. p. 32, <caso sería mejor decir el carácter básicamente comunicativo de la publicidad>>.

³⁶⁷Esta consideración general y unánime de la doctrina sobre la naturaleza comunicativa de la publicidad es de mucha enjundia y relaciona al Derecho de la Publicidad con el Derecho de la Información, en cuanto este supone la proyección del *ius communicationis*.

fomentar la contratación, criterio que perfecciona el propio de la Unión Europea³⁶⁸.

Ya la propia Exposición de motivos de la LGP se refería al EP como que respondía a <<presupuestos políticos y administrativos alejados de la Constitución>>. Pero esta referencia sé hacía más al campo procesal, donde se citaba al art. 24.2 de la Constitución, y al derecho a comunicar y recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión (art. 20.1.d CE)³⁶⁹. La naturaleza comunicativa de la publicidad, entendida como comunicación, no sólo está en él artículo 2 LGP, también en otros artículos se resalta esta idea³⁷⁰.

Además, hay que tener en cuenta que dentro de la normativa sobre protección del consumidor, el término <<publicidad>> engloba un concepto amplio: anuncios en televisión, radio, periódicos, carteles y medios de comunicación social en general y cualquier otra forma de comunicación destinada a promover la venta de un producto³⁷¹.

2. La primacía otorgada a la jurisprudencia

Otra característica de la LGP es que supone la aplicación en nuestro ordenamiento jurídico del Derecho Comunitario, que en ciertos aspectos habíamos superado, siendo una exigencia política y legal por nuestra condición de estados miembros de la Unión³⁷².

³⁶⁸Este criterio también era mantenido por el anterior Estatuto de la Publicidad, lo cual demuestra la influencia en la actual LGP.

³⁶⁹Consecuencia de la preocupación del legislador por crear un proceso acorde a los derechos fundamentales que se ventilan en la comunicación o publicidad es la reforma del proceso civil competente para dirimir los litigios en esta materia, inspirada en la L. O. 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación.

³⁷⁰La LGP habla de mensajes publicitarios, art. 8.2.b, los soportes o medios de comunicación social en referencia a los medios de publicidad, art. 10, los medios de difusión y su función informativa distinta de la comunicación publicitaria (art. 11), la rectificación de la publicidad ilícita (art. 25.1), la difusión de publicidad correctora (art. 31.d), etc.

³⁷¹También se incluyen como publicidad, en este sentido amplio, la información ofrecida por anuncios en periódicos, etc. que también deben cumplir con los requisitos legales.

³⁷²Es lo que ocurre en materia de publicidad desleal, cuya anterior regulación se repite en la LGP, no habiéndose regulado por la Unión Europea sobre esta materia.

En este sentido, destaca la nueva regulación del mecanismo de solución de conflictos, donde se da primacía a la solución judicial, en línea con la Directiva europea sobre esta materia, que contemplaba dos vías alternativas, o la judicial o la administrativa. La adopción de la vía judicial ha permitido que aparezca una jurisprudencia sobre la materia que antes no existía, puesto que la solución de las controversias se dilucidaba en vía no jurisdiccional³⁷³.

En este sentido se pronunció la Exposición de motivos: <<4º. Las circunstancias precedentes aconsejan la aprobación de una nueva LGP sobre la materia, que sustituya en su totalidad al anterior Estatuto y establezca el cauce adecuado para la formación de jurisprudencia en su aplicación por jueces y tribunales>>.

Aunque es cierto que no se había podido crear una jurisprudencia o doctrina jurídico-publicitaria por el Tribunal Supremo, sí ha existido una doctrina jurídica *lato sensu*, emanada del Jurado Central de Publicidad anterior a esta ley³⁷⁴.

De los dos mecanismos previstos en la Directiva Europea -administrativo o judicial-, se ha escogido el judicial pues como señala la Exposición de Motivos de la LGP <<por razones obvias, entre otras las propias constitucionales, derivadas de lo dispuesto en el art. 24.2 CE, en donde se fija un principio de derecho al juez ordinario, así como las que se desprenden de la estructura autonómica del Estado>>.

La práctica forense ha ido creando ya una doctrina sobre esta materia, que comentaremos en su momento apropiado.

3. Publicidad comparativa y publicidad ilícita

³⁷³Solución prevista en el Estatuto de la Publicidad de 1964, que crea el Jurado Central de Publicidad.

³⁷⁴También parece ser un hecho la oposición o poco interés de los sujetos publicitarios (anunciantes, agencias de publicidad y medios) en acudir a los Tribunales de Justicia. Habida cuenta de la lentitud y de la carestía de la justicia actual y del propio dinamismo de la publicidad que demanda soluciones rápidas. Debiéndose potenciar la vía alternativa de solución de conflictos, a través de la mediación, conciliación y arbitraje.

El fundamento del derecho a la comunicación publicitaria está en la Ley, y dentro de la Ley en lo que se entiende como Estado de Derecho, conforme a la propia definición que se da el Constituyente español³⁷⁵. Es la Ley la que establece la barrera entre la publicidad lícita y la ilícita. A diferencia del Estatuto, la LGP si menciona la publicidad comparativa por influencia de la doctrina alemana, interesada en encasillar y definir cada categoría concreta de publicidad, olvidándose el objetivo general de la publicidad, de fomentar la competencia y servir a los consumidores³⁷⁶.

El mensaje publicitario ilícito se delimita, conforme a lo anterior, en la ley que desarrolla el derecho fundamental a la comunicación publicitaria³⁷⁷. También la Directiva europea sobre publicidad engañosa obliga a sus Estados miembros a dictar una ley que controle la publicidad ilícita.

En la práctica, la LGP desarrolla la Directiva, pero amplía sus efectos a todo el contenido de la publicidad ilícita en general, que no es sólo el respeto a la veracidad en los mensajes. El Título II de la LGP, <<De la publicidad ilícita>>, se refiere no sólo a la publicidad engañosa, sino a toda publicidad ilícita³⁷⁸.

La LGP es consecuente con lo dicho anteriormente y parte de la licitud de la publicidad comparativa. Efectivamente la publicidad comparativa se regula tanto en el art. 6. bis LGP, como también en el art. 10 LCD, creándose un problema de interpretación, máxime teniendo en cuenta que lo hace con diferente terminología. Sin embargo, las diferencias existentes no son absolutas, por lo que no se puede hablar de una derogación tácita³⁷⁹.

³⁷⁵ <<España se constituye en un Estado... de Derecho>>, art. 1 CE.

³⁷⁶ CUESTA RUTE, en *Lecciones de derecho de la publicidad*, Editorial de la Universidad Complutense, Madrid, 1985, p. 71.

³⁷⁷ Para CUESTA RUTE: <<el orden constitucional es el último centro de referencia jurídica>>, en *Lecciones de Derecho de la Publicidad*, oc. p. 68.

³⁷⁸ Aunque los casos de publicidad engañosa sean los de mayor incidencia real en la sociedad.

³⁷⁹ TATO PLAZA, *La publicidad comparativa*, oc., p. 212.

La publicidad comparativa aparece como lícita en la anterior redacción del art. 6. LGP³⁸⁰.

El art. 6c) de la LGP establecía: <<es publicidad desleal [...] la publicidad comparativa cuando no se apoye en características esenciales, afines y objetivamente demostrables de los productos o servicios o cuando se contrapongan bienes o servicios con otros no similares o desconocidos o de limitada participación en el mercado>>.

Finalmente, y por influjo de la Directiva sobre publicidad comparativa, se aprueba la nueva redacción del artículo 6 por Ley de 28 de octubre de 2.002. El artículo único de esta Ley dice: Modificaciones de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad. 1. El artículo 6 de la Ley General de Publicidad dice: «Artículo 6. Es publicidad desleal:

c) La publicidad comparativa cuando no se ajuste a lo dispuesto en el artículo siguiente.»

2. Se introduce un artículo 6 bis en la Ley General de Publicidad con la siguiente redacción: «Artículo 6 bis.1. A los efectos de esta Ley, será publicidad comparativa la que aluda explícita o implícitamente a un competidor o a los bienes o servicios ofrecidos por él.

La comparación estará permitida si cumple los siguientes requisitos: a) Los bienes o servicios comparados habrán de tener la misma finalidad o satisfacer las mismas necesidades. b) La comparación se realizará de modo objetivo entre una o más características esenciales, pertinentes, verificables y representativas de los bienes o servicios, entre las cuales podrá incluirse el precio. c) En el supuesto de productos amparados por una denominación de origen o indicación geográfica la comparación sólo podrá efectuarse con otros productos de la misma denominación. d) No podrán presentarse bienes o servicios como imitaciones o réplicas de otros a los que se aplique una marca o nombre comercial protegido. e) Si la comparación hace referencia a una oferta

³⁸⁰ En la redacción anterior de LGP, antes de la reforma de 28 de octubre de 2002.

especial se indicará su fecha de inicio, si no hubiera comenzado aún, y la de su terminación, y se indicará que dicha oferta está supeditada a las existencias del producto ofertado cuando así suceda. f) No podrá sacarse una ventaja indebida de la reputación de una marca, nombre comercial u otro signo distintivo de algún competidor, ni de las denominaciones de origen o indicaciones geográficas de productos competidores.

3. En aquellas profesiones colegiadas en las que en virtud de lo dispuesto en el artículo 8.1 de la presente Ley resulte de aplicación una norma especial o un régimen de autorización administrativa previa en relación con su actividad publicitaria, la publicidad comparativa de sus servicios profesionales se ajustará a lo que se disponga en dicha norma o régimen. Los requisitos que conforme a esta Ley ha de reunir la publicidad comparativa para ser considerada lícita deberán ser exigidos, en todo caso, por la normativa especial a la que se refiere el párrafo anterior, la cual podrá establecer, además, otras limitaciones o prohibiciones del uso de comparaciones en la publicidad.

4. El incumplimiento de los requisitos previstos en el apartado 2 del presente artículo y, en general, cualquier publicidad desleal que induzca a error a los consumidores tendrá la consideración de infracción a los efectos previstos en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios».

Del análisis de este artículo vemos que el concepto de publicidad comparativa no contiene la necesidad de confrontación en la comparación para destacar la superioridad de la oferta del anunciante. También la referencia a los requisitos no es de la publicidad comparativa en cuanto a tal, sino a aquella publicidad comparativa realizada que sea engañosa o desleal. O sea que si toda la publicidad debe ser verdadera, en el caso de la publicidad comparativa esta verdad tiene que estar en la confrontación que se haga y además no puede inducir a error ni ser desleal. EL único dato que se tiene que tener en cuenta al analizar un anuncio comparativo es que el juicio de licitud se haga teniendo en cuenta la comparación. Es obvio que la comparación se tenga que hacer entre bienes relevantes y que el precio lo es. También que la

comparación se haga entre bienes que tenga la misma denominación de origen para no ser engañosa, es garantía de que la comparación cumpla con el requisito de que sea homogénea.

También destacamos cómo la publicidad comparativa exige que no sea denigratoria para que los consumidores puedan sacar ellos mismos sus propias conclusiones³⁸¹. Diferente que toda comparación implique una denigración a exigir que esta no sea inútilmente denigrante.

II LEY DE COMPETENCIA DESLEAL

1. Introducción

La Ley de Competencia Desleal, de 10 de enero de 1991, aprobada tres años más tarde que la LGP, marca otro hito en la regulación del derecho de la competencia. Como señala su preámbulo se dirige de forma novedosa a la protección de los consumidores y de la competencia³⁸²; y regula, entre otros, los actos de comparación desleal (art. 10)³⁸³. El legislador, al aprobar esta ley, tiene en cuenta lo previsto en la Ley General de Publicidad en lo que se refiere a la publicidad comparativa, y parte de su licitud. De esta manera la Comisión del Congreso se pronunció abiertamente a favor de la publicidad comparativa; en su redacción se estableció que: <<... La publicidad comparativa es buena en sí misma. Es buena para el mercado, es buena para la concurrencia y es buena para los consumidores que los agentes del mercado compitan entre sí haciendo publicidad de sus productos y que comparen las prestaciones que ofrecen con las de los competidores>>.

Esta Ley se aprueba para regular los actos de competencia desleal que por ser contrarios a la idea de competencia leal se consideran ilícitos desleales. La Doctrina entendió que había que haber refundido el ilícito publicitario y el

³⁸¹ CUESTA RUTE, *Curso de derecho de la publicidad*, oc. p. 201.

³⁸² Art. 1 LCD: <<La presente Ley tiene por objeto la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado, y a tal fin establece la prohibición de los actos de competencia desleal>>.

³⁸³ Que son el objeto de nuestro estudio.

ilícito desleal en una misma ley, pero el legislador no lo entendió así³⁸⁴. En la práctica un acto de concurrencia puede recibir la calificación de desleal pero no ser ilícito publicitario por no haberse realizado con publicidad.

2. Artículo 10 LCD

El art. 10 se encuentra en el capítulo II LCD que regula los actos de competencia desleal y lo configura como uno más³⁸⁵. El art. 10 establece <<1. Se considera desleal la comparación pública de la actividad, las prestaciones o el establecimiento propio o ajeno con los de un tercero cuando aquella se refiera a extremos que no sean análogos, relevantes ni comprobables. 2. Se reputa también desleal la comparación que contradiga lo establecido en los artículos. 7 y 9 en materia de prácticas engañosas y denigrantes>>.

Aunque la redacción de este artículo 10 es diferente a la redacción antigua del artículo 6 de LGP, en el fondo la idea es la misma³⁸⁶, y ambas referencias a la publicidad comparativa partían de la negatividad. También es diferente del nuevo art. 6 bis LGP donde se establece por primera vez un concepto y una enumeración de requisitos. Se parte de la idea de licitud de los actos de comparación siempre que tengan un contenido no engañoso, denigrante ni se refiera a aspectos secundarios de lo comparado. Los actos de comparación estarán permitidos cuando cumplan unos requisitos, o sea que comparen algún hecho o circunstancia que sea análogo, relevante y comprobable. Además de respetar los demás requisitos previstos para los actos de competencia leal. Este concepto es más amplio y genérico que el previsto en el art. 6 LGP, tanto en la primera redacción, como en la segunda,

³⁸⁴ Entre otros MENÉNDEZ A, *La competencia desleal*, oc. p. 56 y OTAMENDI RODRÍGUEZ-BETHENCOURT, *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, ed. Aranzadi, Pamplona, 1994, p. 154.

³⁸⁵ Los actos de competencia desleal son los contrarios a las exigencias de la buena fe (cláusula general), los actos de confusión, los actos de engaño, los actos de venta con obsequios y primas, los actos de denigración, los actos de imitación, los actos explotación de reputación ajena, los actos de violación de secretos, los actos de inducción a la infracción contractual, los actos de violación de normas, los actos de discriminación del consumidor y los actos de venta a pérdida (art. 5 a 17 LCD).

³⁸⁶ FERNANDEZ NOVOA, C, "Reflexiones preliminares sobre la Ley de Competencia Desleal" *La Ley*, 1991, 2, p. 1.181.

operada por la ley de 28 de octubre del año 2002, por traslación de la Directiva 97/55/CEE.

En cuanto a la consideración de que se entiende por extremo análogo, hay que entender que los objetos comparados sean similares entre sí, y por tanto comparables³⁸⁷.

En cuanto a lo que se entiende por extremo relevante, también hay que entender que no se puede comparar una cosa importante con una cosa baladí o sin importancia³⁸⁸.

En cuanto al extremo de que el acto de comparación sea comprobable, hay que entender que la publicidad tiene entre sus recursos la exageración, pero en publicidad comparativa no se puede utilizar porque decir que este coche es él <<mas magnifico del mercado de todos>>, no se puede comprobar ni acreditar, y por tanto no se puede considerar esa afirmación como un acto de comparación.

Se reputa también desleal la comparación que contradiga lo establecido en los arts. 7 y 9 en materia de prácticas engañosas y denigrantes.

Artículo 7. Este artículo recoge los actos de engaño: "Se considera desleal la utilización o difusión de indicaciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas o cualquier otro tipo de practica que, por las circunstancias en que tenga lugar, sea susceptible de inducir a error a las personas a las que se dirige o alcanza, sobre la naturaleza, modo de fabricación distribución, características, aptitud en el empleo, calidad y cantidad de los productos y, en general, sobre las ventajas realmente ofrecidas". Los actos de engaño se han considerado tradicionalmente como un típico acto de competencia desleal.

³⁸⁷ En el Congreso se puso el ejemplo de comparar la aceleración de un vehículo con la velocidad máxima de otro, comparar el consumo de un vehículo con su capacidad de recuperación, al no ser cosas análogas, no se pueden comparar.

³⁸⁸ Así no se puede comparar el tamaño de los faros de los coches, sin tener en cuenta potencia de alumbrado, calidad, etc., y demás características de los vehículos importantes, como precio, gasto energético, rendimiento tecnológico, garantías, etc.

Además de esta ley, otras leyes se han ocupado de ellos, prohibiéndolos: art. 132. f) LpInd, art. 6 EP, art. 8 EP, art. 34. LM y art. 3 LGP³⁸⁹.

Artículo 9. Este artículo tiene el siguiente enunciado: <<Se considera desleal la realización o difusión de manifestaciones sobre la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero que sean aptas para menoscabar su crédito en el mercado, a no ser que sean exactas, verdaderas, y pertinentes. En particular, no se consideran pertinentes las manifestaciones que tengan por objeto la nacionalidad, las creencias o ideología, la vida privada o cualesquiera otras circunstancias estrictamente personales del afectado>>.

La denigración se ha considerado tradicionalmente como uno de los actos de competencia desleal más deplorables. Así se recoge en el art. 132.d) Ley de Propiedad Industrial, en el art. 10 EP, art. 34 LM y art. 6 LGP³⁹⁰.

Ha habido un contraste entre la legislación general y la LCD por un lado y la LGP por otro. Mientras que la primera sólo sancionaba la denigración

³⁸⁹ Los actos de engaño recibieron una gran atención de la doctrina, véase entre otros: FERNANDEZ NOVOA, *Estudio de derecho de la publicidad*, oc. p. 57 ss y p. 163 ss. MASSAGER FUENTES, *Comentario a la...*, oc. p. 214 y ss. ACOSTA ESTEVEZ, *Perfiles de la Ley General de Publicidad*, ed. PPU, Barcelona 1990. CUESTA RUTE, La Directiva de CEE sobre publicidad engañosa, en *Revista Estudios sobre Consumo*, nº 7 abril 1986, pp. 1-23. La nueva Ley de Marcas, L. 7/2001, de 7 diciembre regula esta cuestión en el artículo 34.2.b): <<El titular de la marca registrada podrá prohibir que los terceros, sin su consentimiento, utilicen en el tráfico económico: (...) cualquier signo que por ser idéntico o semejante a la marca y por ser idénticos o similares los productos o servicios implique un riesgo de confusión del público; el riesgo de confusión incluye el riesgo de asociación entre el signo y la marca>> y art. 34.3 LM: <<Cuando se cumplan las condiciones enumeradas en el apartado anterior podrá prohibirse, en especial: d) Utilizar el signo en los documentos mercantiles y en la publicidad>>.

³⁹⁰ Los actos de denigración por sus consecuencias tan negativas para la competencia han sido objeto de una gran atención tanto por el legislador como por la doctrina, véase entre otros: MONTIANO MONTEAGUDO, *El nuevo derecho de marcas*, ed. Comares, Granada, 2002, pp. 163 ss. FERNANDEZ NOVOA, *Estudio de derecho de la publicidad*, oc. p. 57 ss. MASSAGER FUENTES, *Comentario a la Ley de competencia desleal*. ACOSTA ESTEVEZ, *Perfiles de la Ley General de Publicidad*. CUESTA RUTE, La Directiva de CEE sobre publicidad engañosa, pp. 1-23. La nueva Ley de Marcas, L. 7/2001, de 7 diciembre regula esta cuestión en el artículo 34.2.c): <<El titular de la marca registrada podrá prohibir que los terceros, sin su consentimiento, utilicen en el tráfico económico: (...) cualquier signo idéntico o semejante para productos o servicios que no sean similares a aquellos para los que esté registrada la marca cuando esta sea notoria o renombrada en España y con la utilización del signo realizada sin justa causa se pueda indicar una conexión entre dichos bienes o servicios y el titular de la marca o, en general, cuando ese uso pueda implicar un aprovechamiento indebido o un menoscabo del carácter distintivo o de la notoriedad o renombre de dicha marca registrada>> y

cuando se hacía con afirmaciones falsas; la LGP, con su característica línea corporativista, sanciona la afirmación que cause descrédito, aunque sea veraz.

Este artículo establece lo que la doctrina³⁹¹ considera una *exceptio veritatis* ante una actuación denigratoria. Partiendo de que la comparación es un instrumento de competencia lícita, conforme al art. 10 LCD, siempre que cumpla los requisitos de objetividad, homogeneidad y oportunidad. La *exceptio veritatis* es consagrada en el artículo 9 LCD pero la doctrina mayoritaria entiende que es aplicable a la publicidad denigratoria del art. 6 LGP. Pues dado el silencio del art. 6 LGP y en una interpretación integradora de ambas leyes, es aplicable con carácter general el instituto jurídico de la *exceptio veritatis*. Con esta doctrina no es que se legitime la denigración sino que se tolera en determinadas circunstancias porque aporta información a los consumidores, aunque cause descrédito al afectado. Es el derecho a la información que tiene un amparo constitucional y la necesidad de promover la competencia económica basada en la plena información a los consumidores lo que fundamenta esta excepción.

Por los Tribunales de Justicia se ha creado una jurisprudencia que abordan el tema y destacan la licitud de un acto de denigración cuando las afirmaciones son verdaderas³⁹².

También el sistema de autorregulación ha adoptado esta posición de admisión de la "*exceptio veritatis*"³⁹³. En el caso de las resoluciones de RJCP tenemos algunas que admiten la *exceptio veritatis*, así la de fecha 12-1-1977, "Anuncios Nieto": la ilicitud de la publicidad enjuiciada se basa en que contiene

art. 34.3 LM: <<Cuando se cumplan las condiciones enumeradas en el apartado anterior podrá prohibirse, en especial: d) Utilizar el signo en los documentos mercantiles y en la publicidad>>.

³⁹¹ TAPIA HERMIDA, "Publicidad comparativa denigratoria y *exceptio veritatis* (a propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 3 de septiembre de 1996), en *RGD*, nº 639, diciembre 1997, pp. 14.347 a 14.364. SAP Barcelona con fecha 19-04-1995; .

³⁹² SAP Barcelona, 30-IX-1993, "las tenazas llamadas de fugas">> Cantabria 9-XI-1994, <<comunicación de impagado a aseguradora", citada por MASSAGER FUENTES, *Comentario a la Ley de competencia desleal*, oc. p. 301 ss. Sobre la problemática planteada con la aprobación de la reforma de LGP y su incidencia sobre la *exceptio veritatis* vid. TATO PLAZA, "En torno a la reciente evolución de la jurisprudencia publicitaria", *Revista Autocontrol*, 2003, pp. 14-23.

³⁹³ Resolución RJCP 2-XII-1996, <<Airtel móvil SA>> citada por MASSAGUER FUENTES, *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, oc. p. 291.

"aseveraciones por que (sic) no probadas devienen en mera difamación de la profesión"³⁹⁴.

3. Concurso de normas entre la Ley General de Publicidad y la Ley de Competencia Desleal

A) Introducción

Es obvio que con la actividad publicitaria se puede hacer competencia desleal, con lo cual la Ley de Competencia Desleal es plenamente aplicable a la actividad publicitaria³⁹⁵. En nuestro objeto de estudio, la existencia de estas dos leyes genera dos tipos de ilícitos: un ilícito concurrencial y un ilícito publicitario, y su aplicación en tan corto espacio de tiempo de dos leyes que regulaban lo mismo –publicidad comparativa- generó un problema de interpretación y aplicación de la ley³⁹⁶. Posteriormente, con la reforma de la LGP de 28 de octubre de 2002, se vuelve a crear una situación nueva, en cuanto el nuevo artículo 6 LGP que se refiere a la publicidad desleal y a la publicidad comparativa se convierte en norma posterior a la LCD.

Planteada la cuestión de duplicidad de normas sobre publicidad comparativa (LGP y LCD) y sus problemas de aplicación, según la respuesta que se dé, la solución va a ser muy diferente.

Los problemas se derivaban porque la LCD no establecía una derogación expresa del artículo 6 de la LGP. Únicamente en la Disposición

³⁹⁴ LEMA DEVESA, 5 *ADI*, 1978, pp. 625-626.

³⁹⁵ MASSAGUER FUENTES, *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, oc. p. 62. y Sentencia del Tribunal Supremo 8-V-1997: la publicidad desleal es <<una forma de manifestación>> de la competencia desleal <<sin los efectos desagradables del cloro>>, citada por MASSAGUER J. *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, oc. p. 62.

³⁹⁶ La doctrina se posicionó a favor y en contra sobre el alcance y significación derogatoria de la LCD sobre la LGP en la aplicación y en la interpretación. En este sentido se pronunciaron varios autores como LEMA DEVESA, *RGD*, 1991 (julio-agosto), p. 6.190; LEMA DEVESA, *DN* nº 6 (1991), p. 8; FERNÁNDEZ NOVOA, *La Ley*, 1991-2, p.1.179; OTERO LASTRES 1991-4, *La Ley*, p. 1.066; GIMENO OLCINA, *La Ley* 18-5-1993, p. 2 y 8; MARCO ALCALA, *CJ*, núm. 14 (diciembre de 1993), p. 11; TATO PLAZA, *La publicidad comparativa*, oc. p. 203. Otros autores se posicionaron en contra como SANTA MARIA TRILLO, *La Ley*, 14-6-1991, p. 2; WIRTH, *DN*, núm. 24, pp. 2-9; VICENT CHULIA, *RGD*, 1993, (octubre-noviembre), p. 9985 ss;

Derogatoria se refiere a la Derogación de los artículos 87, 88 y 89 de la Ley 32/1988, de 10 de noviembre, de Marcas³⁹⁷. Posteriormente la reforma de la LGP de 2002 tampoco aborda esta cuestión. En cuanto a las formas de derogación veámoslas a continuación.

B) Derogación tácita

La derogación tácita se produce en dos hipótesis principalmente³⁹⁸: cuando la ley posterior regula de manera completa la materia (derogación por absorción) o cuando la norma posterior es incompatible con la anterior (derogación por incompatibilidad)³⁹⁹.

La derogación por absorción exige que la materia en cuestión esté regulada de materia parcial por ley anterior⁴⁰⁰. También es requisito que esta nueva regulación sea por sí autosuficiente, sin necesidad de acudir a posteriores mecanismos de integración⁴⁰¹.

Con anterioridad a la reforma de la LGP de 2002, parte de la doctrina opinaba que la LGP había sido derogada por absorción por la LCD⁴⁰², en cuanto la ley posterior regulaba la misma materia que la ley anterior. Otros autores sostenían la opinión contraria⁴⁰³, pues no se está ante un caso de derogación por absorción ya que no se dan los presupuestos de la absorción y además porque ésa no ha sido la voluntad expresa del legislador.

BARACHACH DE VALERA, *La acción de cesación*, oc. p. 52. MASSAGUER J. *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, oc. p. 62 y ss.

³⁹⁷ Además se añade en esta Disposición Derogatoria <<cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo dispuesto en la presente Ley>>, ese texto de derogación indeterminada no puede confundirse con la derogación expresa, como señala la Doctrina [DIEZ PICAZO, *La derogación de las leyes*, p. 156], siendo mas bien asimilado a la derogación tácita, pero con reservas. En 2001 se aprueba la nueva Ley de Marcas.

³⁹⁸ Vid. entre otros TATO PLAZA, *La publicidad comparativa*, oc. p. 204-210; Diez Picazo, *La derogación de las leyes*, oc. p. 286.

³⁹⁹ CODERCH SALVADOR, en PAZ ARES, citado por TATO PLAZA, en *Publicidad comparativa*, oc. p. 205.

⁴⁰⁰ Regulación integral en terminología de DIEZ PICAZO, *La derogación de las leyes*, oc. p. 294. También utilizada la expresión regulación completa, por ALBALADEJO, *Derecho civil*, oc. p. 197.

⁴⁰¹ DIEZ PICAZO, *La derogación de las leyes*, oc. p. 295.

⁴⁰² VICENT CHULIA, *RGD*, 1993 (octubre-noviembre), p. 9989.

Analizando si la LGP cumple estos requisitos de derogación por absorción, observamos como el art. 8.5 LGP dice: <<se prohíbe la publicidad de tabacos y la de bebidas con graduación alcohólica superior a 20 grados centesimales, por medio de la televisión>>. La vulneración de esta norma daría lugar a un caso de publicidad ilícita del art. 3 LGP pero también a un caso de acto de competencia desleal por violación de las normas. El art. 15.2 de la Ley de Competencia Desleal dice: <<tendrá también la consideración de desleal la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial>>.

En este caso, el art. 15.2 de LCD no es autosuficiente pues requiere la aplicación en concurso del art. 8.5 LGP. Con este ejemplo se demuestra que la nueva ley no contiene una regulación integral de la materia de la publicidad, con lo cual no hay una derogación por absorción. Es requisito que no haya lagunas para que se produzca una derogación por absorción, pues la derogación es del texto legal completo y no de artículos determinados⁴⁰⁴.

En cuanto a la voluntad del legislador al aprobar la LCD (voluntas legislatoris), la doctrina⁴⁰⁵ sostiene que no fue su intención la de derogar la LGP, pues de la enmienda del Partido Popular, que proponía la derogación de dos leyes (LGP y Ley de Marcas de 1988⁴⁰⁶), al ser aceptada esta enmienda por la Ponencia encargada de elaborar el informe sobre la LCD, la disposición derogatoria quedó intacta en lo que se refería a la Ley de Marcas, pero se suprimió toda referencia a la LGP. Sobre el carácter voluntario o involuntario de esta omisión, en la intervención de diversos parlamentarios en la fase de su aprobación se descarta la omisión involuntaria⁴⁰⁷.

⁴⁰³ TATO PLAZA, *La publicidad comparativa*, p. 205.

⁴⁰⁴ DIEZ PICAZO, *La derogación de las leyes*, oc. p. 295. En el mismo sentido TATO PLAZA, *La publicidad comparativa*, oc. p. 206.

⁴⁰⁵ TATO PLAZA, *La publicidad comparativa*, oc. p. 207-210. BOCG, Senado, serie II, núm. 322 (a) de 10 de junio de 1989. BOCG Senado, serie II, núm. 322 (b), de 27 de junio de 1989. BOCG, Congreso, serie A, núm. 7-1, de 25 de enero de 1990.

⁴⁰⁶ La Ley de Marcas actual es aprobada con fecha 7-12-2001, es resultado de la traslación de la Directiva sobre Marcas de 1989, que adapta a España al Derecho europeo e internacional.

⁴⁰⁷ Como en el debate de la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados, del Señor Trias de Bes Serra, también del señor Camacho Zancada, haciendo constar la existencia de cinco leyes sobre la misma materia: Ley de Marcas, Ley de Disciplina de Mercado, Ley de Competencia Desleal, Ley General de Publicidad y Ley de Defensa de la Competencia. También la Ley 25/1994, de 12 de julio, de Televisión sin Fronteras, que incorpora al Derecho

En conclusión, como señala la doctrina⁴⁰⁸, "parece evidente que la voluntad del legislador fue la de mantener vigente la LGP. Por lo tanto, en el caso que nos ocupa, no sólo concurren los presupuestos de una derogación por absorción; la voluntas legislatoris habla también en contra de esta posibilidad".

C) Derogación por incompatibilidad

En cuanto a la derogación tácita por incompatibilidad, se consideraba que la LGP en la redacción anterior a 2002 tendría derogadas sólo aquellas normas que se opongan a lo dispuesto en la LCD⁴⁰⁹.

En este caso hay que distinguir, siguiendo la doctrina, tres supuestos:

1. Cuando la regulación de la LGP y la LCD para el mismo supuesto es la misma. En este caso no se plantea problema y la derogación viene sin más.

2. Otro supuesto es el contrario, para un mismo supuesto se establece una regulación totalmente contraria e incompatible. En este caso las normas de la LGP quedan derogadas por la LCD.

3. En este supuesto nos encontramos que una materia es regulada tanto por la LGP como por la LCD. La aplicación de la norma de la LGP se debe hacer teniendo en cuenta el criterio sustantivo de la LCD, pues aunque no hay una incompatibilidad radical, y ésta sigue viva, el legislador tiene una voluntad derogatoria general que hay que tener en cuenta e interpretar conforme a la solución más próxima ofrecida por la LCD⁴¹⁰.

español la Directiva 89/552/CEE, sobre actividades de radiodifusión televisiva, hace una referencia a la LGP.

⁴⁰⁸ TATO PLAZA, *La publicidad comparativa*, oc. p. 210.

⁴⁰⁹ Disposición Derogatoria de LCD: <<quedaran derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango, se opongan a lo dispuesto en la presente ley>>.

⁴¹⁰ En este sentido, además de TATO PLAZA, *La publicidad comparativa*, oc. p. 210, MASSAGUER FUENTES, "Comentario de la sentencia del Tribunal...", *CCJCiv.*, número 29 (1992), p. 612. En el mismo sentido la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Vitoria Gastéis de 6 de junio de 1991: <<ejercitada en este juicio una acción amparada en la Ley

En cuanto a la derogación genérica de la LCD y sus efectos sobre el original art. 6.c) de la LGP que contemplaba la publicidad comparativa hasta la reforma por la Ley de 28 de octubre de 2002. La Doctrina entendió que si la publicidad comparativa se regulaba tanto en el art. 6.c) LGP como en el art. 10 LCD, se planteaba un problema de interpretación, máxime teniendo en cuenta que lo hace utilizando una terminología parecida. Sin embargo, las diferencias existentes entre ambas regulaciones no eran absolutas, por lo que no se podía hablar de una derogación tacita⁴¹¹.

El art. 6 c) de la LGP establecía <<es publicidad desleal [...] la publicidad comparativa cuando no se apoye en características esenciales, afines y objetivamente demostrables de los productos o servicios o cuando se contrapongan bienes o servicios con otros no similares o desconocidos o de limitada participación en el mercado>>.

Por su parte el art. 10 de la LCD dice: "se considera desleal la comparación pública de la actividad, de las prestaciones o del establecimiento propios o ajenos con los de un tercero cuando aquella se refiera a extremos que no sean análogos, relevantes ni comprobables. Se reputa también desleal la comparación que contravenga lo establecido por los artículos 7 y 9 en materia de prácticas engañosas y denigrantes". Como vemos de la comparación entre ambos artículos hay coincidencias y diferencias.

a) El art. 6 LGP, antes de la reforma, señalaba que la comparación se apoya en características esenciales, afines y objetivamente demostrables de los productos o servicios; la LCD por el contrario señala que la comparación se debe referir a extremos que no sean análogos, relevantes y comprobables. b) la LGP prohíbe la comparación con productos o servicios no similares,

34/1988, de 16 de noviembre, General de Publicidad, conviene pensar, como cuestión previa, la evidente limitación del debate a o que esta regula, en cuanto tiene de normativo, sin perjuicio de otras referencias meramente interpretativas que pueden deducirse del conjunto de la normativa reguladora de los derechos de la propiedad industrial, marcas o competencia desleal, especialmente esta última, con una moderna regulación en las leyes de 10 de noviembre de 1988 y 10 de enero de 1991, que introducen notables innovaciones>>.

⁴¹¹Vid. TATO PLAZA, *La publicidad comparativa*, oc., p. 212.

desconocidos o de limitada participación en el mercado; la LCD no contempla esta limitación. c) La LCD prohíbe la comparación que contravenga lo establecido por los artículos 7 y 9 en materia de prácticas engañosas y denigrantes, cuestión no contemplada en la LGP. Determinadas las diferencias entre ambos artículos es necesario analizar si originan una incompatibilidad absoluta entre ellos.

En cuanto a la primera cuestión, la mayoría de la doctrina⁴¹² coincidía en que la diferencia es de terminología, en todo caso se demuestra la intención del legislador de actuar de manera libre e independiente al aprobar la LCD.

Con referencia a la segunda diferencia, efectivamente la LGP prohibía la comparación con productos o servicios no similares, desconocidos o de limitada participación en el mercado y la LCD no contempla esta limitación, pero esto no tiene una única interpretación o lectura.

Efectivamente, por parte de la Doctrina se ha pensado que esta norma lo que trataba era de proteger a las empresas de nueva creación, que por tener un menor poder en el mercado se pueden ver sometidas a una competencia desleal por parte de las grandes. Éstas utilizarían la publicidad comparativa, para impedir su acceso al mercado⁴¹³. Esta interpretación sería en todo caso incompatible con los principios que inspiran el art. 10.

Sin embargo, como señala la doctrina⁴¹⁴, si sería posible otra interpretación compatible con la LDC, que prohíbe en el art. 10, en su segundo párrafo, las comparaciones engañosas. Efectivamente si consideramos que de lo que se trata es de proteger contra la publicidad comparativa engañosa a los consumidores y a otras empresas⁴¹⁵. Además se puede considerar que hacer comparaciones con productos o servicios desconocidos en el mercado o de limitada participación en el mercado es dar información que no es de utilidad

⁴¹² TATO PLAZA, *La publicidad comparativa*, oc. p. 212; FERNADEZ NOVOA, *La Ley*, 1991-2, oc. p. 1.181; LEMA DEVESA, *RGD*, 1991 (julio-agosto), oc. p. 6147. LEMA DEVESA, en *La regulación contra la competencia desleal*, oc. p. 75.

⁴¹³ Argumentos ya expuestos en otra parte de esta obra, a los que nos remitimos.

⁴¹⁴ TATO PLAZA, *La publicidad comparativa*, oc. , p. 213.

para el consumidor. Por lo tanto, este sería el motivo por el que el legislador habría proclamado la ilicitud de esta comparación. Además hemos visto que el art. 10 LCD proclama la deslealtad de las comparaciones cuando éstas se refieran a extremos que no sean análogos, relevantes ni comprobables; hecho que se da con aquellas comparaciones de contenido informativo nulo⁴¹⁶.

C) La LCD prohíbe la comparación que contravenga lo establecido por los artículos 7 y 9 en materia de prácticas engañosas y denigrantes, cuestión no contemplada en la LGP. Esta diferencia tampoco es sustancial, puesto que la LGP prohíbe la publicidad engañosa y denigrante en otros artículos⁴¹⁷, en el art. 4⁴¹⁸ la publicidad engañosa y en el art. 6.a)⁴¹⁹ la publicidad desleal denigrante.

Concluyendo por tanto que no existe incompatibilidad entre el art. 6 LGP en su antigua redacción y el art. 10 LDC y no se produce efecto derogatorio del segundo con respecto al primero.

4. Posturas doctrinales ante el concurso de normas

Hemos visto como la LCD se declaraba como posterior a la LGC, con efectos derogatorios en lo incompatible u opuesto. En el caso de la publicidad comparativa no se produce esta incompatibilidad como hemos visto, luego estamos ante un caso de concurso normativo, con posibles soluciones. La aprobación posterior de la ley de 28 de octubre de 2002, de adaptación de la Directiva sobre publicidad engañosa crea una situación diferente en cuanto a ley posterior, pero mantiene el principio del concurso de normas.

⁴¹⁵ Sobre este aspecto, vid. MADRENAS I BOADAS, *Sobre la interpretación*, oc. , p. 167.

⁴¹⁶ Aparte de otras consideraciones estas son suficientes para considerar que no hay una derogación tácita.

⁴¹⁷ LGP: Art. 4 sobre prohibición de la publicidad engañosa y art. 6.a sobre publicidad desleal por actos de denigración.

⁴¹⁸ Art. 4 LGP: <<es engañosa la publicidad que de cualquier manera, incluida su presentación, induce o puede inducir a error a sus destinatarios, pudiendo afectar a su comportamiento económico, o perjudicar o ser capaz de perjudicar a un competidor. Es asimismo engañosa la publicidad que silencie datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios cuando esta omisión induzca a error a sus destinatarios>>.

⁴¹⁹ Art. 6ª) LGP (antes de la reforma 2002): <<es publicidad desleal [...] la que por su contenido, forma de presentación o difusión provoca el descrédito, denigración o menosprecio directo o indirecto de una persona, empresa o de sus productos, servicios y actividades>>.

Una solución que se ha buscado por parte de la Doctrina⁴²⁰ es aplicar el viejo brocardo latino⁴²¹ de que Ley especial no es derogada por la Ley General. En este sentido se considera a la LGP como ley especial, por tanto no es derogada por la LCD⁴²². En cuanto a ésta solución, se destaca el carácter no absoluto de la regla latina⁴²³, y la dificultad de que se pueda aplicar al caso que nos ocupa.

Como señala la doctrina⁴²⁴ para considerar una ley como especial de otra, es necesario que todos los supuestos de ésta queden completados en aquella. Ya vimos como al referimos a la derogación por absorción, la regulación de la publicidad en la LGP no coincidía completamente con los actos de competencia desleal de la LCD⁴²⁵.

Otro problema que se plantea es que la consideración de la LGP como ley especial implicaría la aplicación exclusiva de ésta, tanto en sus aspectos sustantivos como procesales, antes que la LCD⁴²⁶. La consecuencia es que no se aplicaría la LCD, incluso en aquellos aspectos más ventajosos y atractivos para el consumidor.

Finalmente la mayoría de la doctrina se decantaba por considerar que aquellos supuestos, como la publicidad comparativa, que se regulan tanto en la LGP como en LCD le es de aplicación ambas normas, pudiendo incluso acumularse en una misma demanda el ejercicio de acciones derivadas de

⁴²⁰ Vid. OTAMENDI RODRÍGUEZ-BETHENCOURT, *Comentarios*, oc. p. 107; GIMENO OLCINA, *La Ley*, 18 de mayo de 1993, p. 2.

⁴²¹ *Lex posterior generalis non derogat legem priorem specialem*

⁴²² El carácter de ley general de la LCD es reconocido en su propia exposición de motivos, en su punto III.3 in fine.

⁴²³ DIEZ PICAZO, *La derogación de las leyes*, oc. p. 362.

⁴²⁴ LARENZ, *Metodología*, p. 261. En idéntico sentido DIEZ PICAZO, *La derogación de las leyes*, oc. p. 345.

⁴²⁵ Es el caso de la publicidad de tabacos y bebidas de graduación alcohólica superior a 20 grados, citado por TATO PLAZA, en *La publicidad comparativa*, oc. p. 216, donde la prohibición en la LGP es lo que permite que se le pueda aplicar la LCD como acto desleal por violación de normas. A sensu contrario, la derogación de la LGP no permitiría la aplicación de la LCD; En el mismo sentido MASSAGUER FUENTES, CCJCiv, núm. 29, 1992, p. 612, y en *RDM*, 1992, p. 737.

⁴²⁶ Véase OTAMENDI RODRÍGUEZ BETHENCOURT, *Comentarios*, p. 107, en este mismo sentido; También MASSAGUER FUENTES, CCJCiv, núm. 29 (1992), oc. p. 613.

ambas⁴²⁷. Esta solución es la más adecuada a la nueva realidad creada con la reforma de LGP de 2002.

5. Diferencia entre ilícito concurrencial e ilícito publicitario

Si hemos visto que las categorías reguladas en la LGP y en la LCD no son coincidentes, la consecuencia lógica es que estamos ante realidades distintas, pero que en algún caso coinciden. Es lo que ocurre con la publicidad desleal, que se contempla tanto en una ley, como publicidad ilícita, y en otra, como comparación desleal⁴²⁸.

La solución para el perjudicado es poder entablar una acción u otra, o ambas a la vez, según su conveniencia⁴²⁹, solución que también permite el art. 33 LGP: <<El actor podrá acumular en su demanda otras pretensiones derivadas de la misma actividad publicitaria del anunciante, siempre que por naturaleza o cuantía no sean incompatibles entre sí o con las acciones a las que se refieren los artículos anteriores>>. Con lo cual vemos que es necesario cumplir unos requisitos de fondo y forma para su ejercicio procesal.

En definitiva, cuando se produzca un supuesto de hecho que pueda ser considerado ilícito comparativo y comparación desleal, el demandante podrá utilizar tanto una acción como otra, como las dos a la vez, aunque los autores han destacado que el procedimiento de LGP es mas atractivo y ventajoso⁴³⁰. Desde el punto de vista de esta interpretación integradora, se podrá utilizar y

⁴²⁷ Vid. TATO PLAZA, *La publicidad comparativa*, oc. pp. 220-221. También con este planteamiento ZURIMENDI, <<Publicidad comparativa y denigrante. En torno a la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 1997>>, *RGD*, marzo de 1999, pp. 2497-2510.

⁴²⁸ Cuestión que la Doctrina ha tratado al estudiar el caso del contrato de depósito, que genera una responsabilidad por daños, cuando estos son causados deliberadamente, además de la propia responsabilidad contractual, pudiendo el perjudicado optar por una acción o por otra, estudiado por GARCIA VALDECASAS, *RDP*, 1982, P. 833, citado por TATO PLAZA, en *La publicidad comparativa*, oc. p. 217.

⁴²⁹ MASSAGUER FUENTES, *CCJCiv*, núm. 29, oc. , p. 612. Ejercitar una acción u otra, o ambas a la vez, pero en el caso de utilizar una, posteriormente no podrá utilizar la otra, GOMEZ ORBANEJA [*RDP* 1946, P. 711], <<elegido un camino, quedan automáticamente cerrados los demás>>. Posibilidad de acumular las acciones prevista en el art. 33 LGP, siempre que el mismo juez sea competente y se ventilen por el mismo tipo de procedimiento.

⁴³⁰ Como destaca MASSAGUER FUENTES, *CCJCiv*, núm. 29, oc. p. 613. También TAPIA HERMIDA, "Publicidad comparativa denigratoria y exceptio veritatis... oc. p.14.350.

alegar la exceptio veritatis también ante la publicidad comparativa denigratoria⁴³¹.

En conclusión, todo acto de comparación que, por su forma y el sector del mercado en que incida, produzca un efecto denigratorio sobre la reputación de otra empresa, sus productos o servicios se considerará un acto de competencia desleal. Este acto legitimará a la empresa que se considera perjudicada para ejercitar las acciones civiles del art. 18 LCD. Pero además si aquel acto ha tenido soporte publicitario, en el sentido previsto en el art. 2 LGP en relación con el art. 6 LGP, se considerará también un ilícito publicitario y permitirá ejercitar a la empresa perjudicada las acciones civiles de cesación y rectificación prevista en Título IV LGP⁴³².

6. Sistema de publicidad comparativa en derecho español

A) Introducción

Ya hemos visto como el moderno fundamento de la licitud de la publicidad comparativa es elevar el contenido informativo de la publicidad para así aumentar la protección de los consumidores, pero, a su vez, también se trata de proteger a las empresas competidoras frente a una publicidad que les desprestigie y denigre. En definitiva, se afirma que trata de "asegurar también a los competidores del empresario anunciante que sus intereses sólo se verán relegados a un segundo plano cuando la comparación, por su contenido informativo, favorezca los intereses de los consumidores"⁴³³.

En este sentido tiene relación el texto del art. 9 con el art. 10 de la LCD; el art. 9 de la LCD dice: <<se considera desleal la realización o difusión de

⁴³¹ TAPIA HERMIDA, "Publicidad comparativa denigratoria y exceptio veritatis... oc. p.14.351.

⁴³² En esta línea de legitimación amplia va la sentencia del TS de 8 de mayo 1997, que permite la legitimación incluso al fabricante de un producto, en el Fundamento de Derecho II se dice: <<La publicidad a que se refiere este proceso trata directamente de la cloración y del cloro, destacando los inconvenientes y los efectos perniciosos de este. Por lo cual, siendo la demandante fabricante de tales productos químicos, resulta afectada por la publicidad y tiene interés legítimo en ejercer las acciones que le brinda la Ley General de Publicidad>>. Citado por TAPIA HERMIDA, "Publicidad comparativa denigratoria y <<exceptio veritatis>>... oc. p.14.354.

manifestaciones sobre la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero que sean aptas para menoscabar su crédito en el mercado, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes>>. El descrédito sólo se justifica porque la información que lo produce es útil al consumidor por su veracidad. Con lo cual ambos artículos están engarzados en el ideal de protección del consumidor.

Veamos a continuación la diferente casuística que se puede presentar con relación a los objetos de comparación, con relación a los parámetros de la comparación y con relación al contenido de la comparación.

B) Con relación a los objetos de comparación

Los objetos de comparación son abordados tanto por la LGP como la LCD, sí bien de manera distinta. Para la LGP la comparación se debe hacer sobre los productos o servicios de un competidor o sobre el competidor mismo. Sin embargo para la LCD lo que se compara es la actividad, las prestaciones y los establecimientos propios y de la competencia, algo más genérico⁴³⁴.

La elección de un objeto de comparación parece fácil en principio, visto el listado legal anterior⁴³⁵, pero en la práctica se presentan problemas. La cuestión está en que la misma selección del objeto puede dar lugar a error en el consumidor. Este tema ha sido abordado por la doctrina⁴³⁶, donde señala que la elección del objeto de comparación puede hacerse de manera incorrecta, lo que se debe impedir seleccionando con rigor. Es una utopía esperar esta actuación del anunciante, abogando con que al menos se haga de

⁴³³ TATO PLAZA, *La publicidad comparativa*, oc. p. 221.

⁴³⁴ LEMA DEVESA, *La ley*, 5 de Octubre de 1993, oc. , p. 3.

⁴³⁵ Productos, servicios, actividades, establecimientos propios y ajenos y las prestaciones propias y ajenas.

⁴³⁶ EICHMAN, *Die vergleichende werbung in Theorie und Praxis*, oc. pp. 209 ss, donde plantea la comparación entre estaciones de esquí y su nivel de nieve, indicando el anunciante que su estación tiene mas nieve que la de la competencia, pero no citando a todas. Este enfoque puede crear confusión en el consumidor.

las empresas más representativas. Esta consideración de la doctrina se debía a su postura de recelo antes esta publicidad⁴³⁷.

En definitiva, el debate en torno al riesgo de manipulación del consumidor con esta publicidad decae si tenemos en cuenta la desconfianza del consumidor ante la publicidad en general, y que esta publicidad no es encubierta⁴³⁸.

Además la comparación debe tener otros límites: debe ser sobre objetos que satisfagan la misma necesidad o tengan el mismo fin, similares, comparables, esenciales, pertinentes y representativos. Incluso de algún elemento aislado como el precio.

En cuanto a los objetos de comparación que tengan la misma finalidad o satisfagan la misma necesidad es un requisito del art. 6 bis de la LGP pero también la doctrina ha destacado esta característica⁴³⁹.

Sobre el alcance de esta característica y su significado, el punto de partida es la sentencia de la OLG de Munich de 17 de agosto de 1989⁴⁴⁰. En esta sentencia juzgaba el asunto de una publicidad comparativa entre un periódico gratuito dedicado a la publicación de anuncios y uno de pago. El texto era "con más de 48.000 ejemplares, el D. Rundschau tiene una tirada cuatro veces superior a la del diario principal en D" ("Mit über 48000 exemplarem hat Die D. Rundschau mehr als viermal soviel Auflage wie die Führende Tageszeitung im Landkreis D". El fallo de la sentencia estimó que no era lícito este anuncio porque se comparaba dos cosas diferentes: un anuncio gratuito de inserción de anuncios y otro normal.

⁴³⁷ La apariencia de objetividad generaría la posibilidad de engaño al consumidor, que la asimilaría a los tests de comparación que realizan las Asociaciones de Consumidores o la Administración. Este argumento fue rebatido por las teorías favorables a la publicidad comparativa, que destacaban la desconfianza con que el consumidor recibe toda la publicidad, incluida la comparativa.

⁴³⁸ MEYER, ya mencionado, en su estudio sobre las estadísticas, en *Die Kritisierende Vergleichende Werbung*, oc. p. 172.

⁴³⁹ TATO PLAZA, *La publicidad comparativa*, oc. p. 225. LEMA DEVESA, *RGD*, 1991, pp., 6146-6147.

⁴⁴⁰ OLG Munich, sentencia de 17-8-1989, *GRUR*, 1990, pp. 287 ss. Citado por TATO PLAZA, *La publicidad comparativa*, oc. pp. 225-226.

Analizando esta sentencia, la Doctrina consideró que se había hecho una interpretación muy estricta. La consecuencia de esta sentencia era restringir el ámbito de la publicidad comparativa⁴⁴¹. Para WERNER, no es necesario que el producto comparado fuese idéntico, sino similar⁴⁴². En este sentido lo importante para comparar dos productos es que ambos cumplan o atiendan a la misma necesidad.

En el derecho positivo español, el art. 6.c) se refiere a que los productos sean similares, con lo cual adopta un criterio más genérico. Es el estar destinados a satisfacer la misma necesidad el criterio valorado. En el Derecho de Marcas también tenemos un enfoque igual, "para decidir si los productos confrontados son similares [...] debe tomarse en consideración la finalidad o aplicaciones usuales de los correspondientes productos"⁴⁴³.

Un caso distinto que hay que analizar es el de la licitud de aquella publicidad que sirviendo o atendiendo a la misma necesidad, se refiere a productos de distinta categoría. Es el caso de comparar flores y bombones⁴⁴⁴, en este caso la necesidad atendida es hacer un regalo, pero con dos categorías de productos totalmente diferentes.

Para algún sector de la doctrina⁴⁴⁵, la respuesta debe ser negativa puesto que estamos comparando productos tan diferentes que el que satisfagan una idéntica necesidad no los convierte en similares, pues su finalidad usual no es esa. Es este criterio de la finalidad usual el que hay que tener en cuenta, como ocurre también en el Derecho de Marcas⁴⁴⁶.

⁴⁴¹ TATO PLAZA, *La publicidad comparativa*, oc. p. 227.

⁴⁴² WERNER, *Zulässigkeit und Grenzen der objektiv vergleichenden Werbung*, oc. p. 68.

⁴⁴³ FERNÁNDEZ NOVOA, *Fundamentos*, oc. p. 245.

⁴⁴⁴ Ejemplo tomado de LEMA DEVESA, en *La regulación e la competencia desleal*, oc., p. 73.

⁴⁴⁵ TATO PLAZA, *La publicidad comparativa*, oc. p. 227.

⁴⁴⁶ FERNÁNDEZ NOVOA, *Fundamentos*, oc. p. 245. También tener en cuenta la dificultad de comparar productos tan diferentes como los bombones y las flores, o las flores y el café, donde solo una valoración subjetiva se puede tener en cuenta.

Como conclusión, los objetos de comparación son similares cuando, perteneciendo a una misma categoría genérica, sirvan para satisfacer idénticas necesidades⁴⁴⁷.

En cuanto a la comparación con los "objetos desconocidos o de limitada participación en el mercado (art. 6.c)º", ya hemos visto anteriormente la crítica de la Doctrina a este precepto⁴⁴⁸. Pensar que las grandes empresas van a utilizar la publicidad comparativa para impedir la entrada de nuevas no es realista. Teniendo otros medios de marketing no es lógico pensar que van a utilizar esta publicidad comparativa que supone una publicidad indirecta gratuita para las nuevas empresas⁴⁴⁹.

En definitiva, la dificultad de mantener esta figura se agranda con la existencia de art. 10 de la LCD. Una interpretación de un sector de la doctrina⁴⁵⁰, ha justificado este párrafo por la protección del consumidor frente a la publicidad engañosa. Los productos que se anuncian tienen una diferencia en cuanto uno de ellos es de fácil adquisición por los consumidores y el otro no, por su limitada expansión.

Esta interpretación parece compatible con el art. 10 LCD, pero como señala algún sector de la doctrina⁴⁵¹, también es rechazable, por cuanto la estadística ha demostrado que los consumidores se muestran desconfiados frente a la publicidad en general, y frente a la publicidad comparativa más, con el efecto conocido como "efecto boomerang"⁴⁵².

En definitiva la desconfianza aumentará cuando se compare con productos desconocidos en el mercado y el consumidor les otorgara un valor informativo nulo.

⁴⁴⁷ TATO PLAZA, *La publicidad comparativa*, oc., p. 227.

⁴⁴⁸ LEMA DEVESA, *La Ley*, 5 de octubre de 1993, p. 3. CUESTA RUTE, *RJC*, 1989, oc. p. 943.

⁴⁴⁹ MEYER, ya mencionado, en su estudio en *Die Kritisierende Verleichende Werbung*, oc., p. 216. Efecto conocido en la doctrina como <<efecto boomerang>>.

⁴⁵⁰ Vid. MADRENA y BOADAS, *Sobre la interpretación*, oc. p. 167.

⁴⁵¹ TATO PLAZA, *La publicidad comparativa*, oc. p. 227.

⁴⁵² Estudios de la Doctrina lo avalan, como el ya citado de MEYER, en su trabajo en *Die Kritisierende Verleichende Werbung*, oc. p. 216.

Como conclusión, la referencia a productos desconocidos únicamente protege al competidor y en este caso estaríamos ante un caso de competencia desleal del art. 10 de la LCD.

C) Con relación a los parámetros de la comparación

Con relación al contenido de la comparación se han mantenido dos posturas por la doctrina. Por un lado una postura consideraba que la comparación tenía que ser completa, indicando todas las características de los productos comparados. Con ello resultaban beneficiados los consumidores que obtenían toda la información⁴⁵³. Se argumentaba que una información sesgada es como la media verdad, una mentira. De nada sirve decir que un automóvil tiene más potencia que otro si no se dice también que pesa mucho más o que tiene un mayor ahorro de gasolina, si se omite que necesita un tipo de gasolina más cara.

Por el contrario, la opinión doctrinal mayoritaria⁴⁵⁴ se inclina por considerar que la comparación no debe ser exhaustiva, sino limitada a las características esenciales del producto o servicio comparado. Una información parcial también es valiosa pues permite ayudar a conocer las ofertas existentes en el mercado. Además el objetivo de la publicidad no es informar sino vender productos, por lo que no se puede esperar de una cosa otra.

Si entendemos por tanto que la publicidad comparativa debe ser parcial, otra cuestión que se plantea es si debe reunir especiales reglas como garantía. De nuevo la respuesta entendemos que debe ser negativa, pues los estudios estadísticos ya mencionados de MEYER⁴⁵⁵, demuestran que el consumidor aumenta su natural desconfianza ante la publicidad cuando se trata de publicidad comparativa.

⁴⁵³ Por todos SPENGLER MA, oc. p. 292.

⁴⁵⁴ FERNÁNDEZ NOVOA, *Estudios de Derecho de la publicidad*, oc. p. 231 ss.

⁴⁵⁵ MEYER, en *Die Kritisierende Verleichende Werbung*, p. 172. En el mismo sentido TATO PLAZA, *La publicidad comparativa*, oc. p. 233.

Si entendemos que el riesgo de engaño y la peligrosidad de la publicidad comparativa es la misma o menos que la otra publicidad, los límites a que ha de estar sometida son los mismos que la demás publicidad⁴⁵⁶. Estos límites son el de la prohibición de la publicidad engañosa por omisión⁴⁵⁷. El anunciante puede anunciar sólo algunas características del producto⁴⁵⁸, y la omisión de las restantes características sólo será ilícita cuando pueda provocar engaño al consumidor.

El anunciante podrá seleccionar un único parámetro de comparación⁴⁵⁹, sin citar otras características, siempre que se genere una imagen correcta del producto⁴⁶⁰. En caso contrario, deberá hacer referencia a aquellas circunstancias asociadas al parámetro elegido para que no den una imagen incorrecta. Ejemplo negativo sería el anuncio comparativo de una tintorería que ofertara la mayor rapidez de su trabajo, pero no mencionara que utiliza materiales limpiadores más perjudiciales para los tejidos⁴⁶¹.

En cuanto a la exigencia de que los parámetros de comparación elegidos sean análogos o afines del art. 6.1c) de la LGP⁴⁶² y del art. 10 de la LCD⁴⁶³, no ofrece mayores dificultades.

La comparación debe basarse en un parámetro idéntico o al menos en parámetros que, por su paralelismo, sean comparables entre sí. No se podría comparar la aceleración de un coche con la velocidad máxima de otro, pues no son parámetros idénticos⁴⁶⁴.

⁴⁵⁶ MEYER, en *Die Kritisierende Verteichende Werbung*, p. 172. En el mismo sentido TATO PLAZA, *La publicidad comparativa*, oc. p. 233.

⁴⁵⁷ MEYER, en *Die Kritisierende Verteichende Werbung*, p. 172. En el mismo sentido TATO PLAZA, en *La publicidad comparativa*, oc., p. 233.

⁴⁵⁸ FERNÁNDEZ NOVOA, *Estudios de derecho de la publicidad*, oc., pp. 231-232.

⁴⁵⁹ Como la potencia de un vehículo, ejemplo citado por TATO PLAZA, en *La publicidad comparativa*, oc. p. 234.

⁴⁶⁰ Como la potencia de un vehículo, en el ejemplo citado, que el consumidor medio asocia a mayor consumo de gasolina, con lo que no hay que especificarlo. En el mismo sentido FERNÁNDEZ NOVOA, *Estudios de derecho de la publicidad*, oc. p. 274.

⁴⁶¹ Ejemplo tomado por HASELMAN, *Alleinstellungswerbung und vergleichende Werbung*, oc. p. 56.

⁴⁶² Art. 6.1c) de la LGP (redacción anterior a la reforma) <<... afines ...>>

⁴⁶³ Art. 10 de la LCD <<... análogos ...>>

La doctrina exige que los parámetros sean intrínsecamente comparables entre sí⁴⁶⁵. Es la cualidad del objeto lo que se compara y no el objeto en sí mismo. En la actualidad y dada la proliferación de normas de homologación de productos esta exigencia no ofrece dificultad⁴⁶⁶.

En cuanto al requisito de la comparación de cualidades, extremos o características esenciales⁴⁶⁷ o relevantes de los productos o servicios la doctrina científica⁴⁶⁸ se muestra unánime.

La comparación de características o extremos irrelevantes o no esenciales no tiene utilidad para el consumidor y la convierte en publicidad ilícita.

El problema es determinar cuando estamos ante una característica esencial. La doctrina ha abordado este problema, buscando una solución⁴⁶⁹. Para un sector doctrinal se ha considerado que característica esencial es aquella que es el elemento determinante para la compra del consumidor. Otra opinión sustenta una opinión más flexible, por la cual características esencial se refiere a un parámetro de comparación que se puede tomar en consideración a la hora de comprar por el consumidor pero que no tiene por que ser único. Es el caso de una botella de cerveza con el sistema de vidrio de reutilizar o de usar o tirar. Esta característica diferente puede ser importante para muchos consumidores, imbuidos de una conciencia ecológica, pero desde luego no va ser la única que tomen en cuenta a la hora de elegir la cerveza que compran⁴⁷⁰.

⁴⁶⁴ Ejemplo tomado de TATO PLAZA, *La publicidad comparativa*, oc. p. 235.

⁴⁶⁵ FERNÁNDEZ NOVOA, *Estudios de derecho...*, oc. p. 232. Una consideración entendemos no correcta es la que considera que la comparación debe ser entre objetos y no entre cualidades de los objetos, es el caso de OTAMENDI RODRÍGUEZ-BETHENCOURT, *Análisis*, pp. 155-156.

⁴⁶⁶ FERNÁNDEZ NOVOA, *Estudios de derecho de la publicidad*, oc. p. 232.

⁴⁶⁷ Art. 6.1c (redacción anterior a la reforma)... esenciales ... y art. 10 LCD ... relevantes ...

⁴⁶⁸ FERNÁNDEZ NOVOA, *Estudios de derecho de la publicidad*, oc. p. 232. LEMA DEVESA, *La Ley*, 5-10-1983, p. 3. HUDELMAIER, *Die neuere zur Praxis Vergleichende Werbung*, oc. p. 29.

⁴⁶⁹ TATO PLAZA, *La publicidad comparativa*, oc. p. 236.

⁴⁷⁰ Otros también fundamentales o esenciales serán el precio, calidad, facilidad de compra, etc.

La doctrina mayoritaria ha optado por la segunda tesis⁴⁷¹, considerando que la publicidad comparativa es lícita si se refiere a extremos relevantes, que de algún modo puedan incidir en su opción de compra.

Considera la doctrina en efecto que la crítica primera contra la admisión de la publicidad comparativa se basaba en que se darían informaciones inútiles al consumidor. Contra esto se argumentó que la información que se diera debía basarse en elementos esenciales de los productos comparados. En segundo lugar, en nuestro derecho positivo, si analizamos la expresión de la LGP <<... características esenciales... >>, es más exigente que la de la LCD <<... extremos relevantes... >>⁴⁷², con lo cual la Ley que consideramos más actual mantiene un criterio más flexible que la Ley anterior⁴⁷³. Además también el propio texto de la LCD amplía los objetos de comparación al expresar que pueden ser objeto de comparación, junto a los productos o servicios, el establecimiento mercantil y las actividades de la empresa⁴⁷⁴.

Como conclusión, podemos afirmar que la publicidad comparativa para ser relevante ha de referirse a extremos relevantes de la comparación efectuada. Un extremo de la comparación es relevante cuando, de algún modo, puede incidir en la decisión de compra del consumidor, aunque no sea de manera determinante⁴⁷⁵.

D) Con relación al contenido de la comparación

Al abordar el tema del estudio de la publicidad comparativa la primera palabra que aparece es veracidad. La veracidad de la comparación exige la exactitud de los datos ofrecidos en la comparación.

⁴⁷¹ TATO PLAZA, *La publicidad comparativa*, oc. p. 237.

⁴⁷² La Real Academia Española de la Lengua confiere un significado a esencial como <<sustancial, principal, notable>>, por su parte relevante lo define en parecidos términos <<importante, significativo>>.

⁴⁷³ Ya hemos visto la necesidad de interpretar la LGP con arreglo a la LCD.

⁴⁷⁴ Como es obvio el establecimiento mercantil ni la actividad de la empresa difícilmente será el elemento determinante de la decisión de compra del consumidor.

⁴⁷⁵ TATO PLAZA, *La publicidad comparativa*, oc. p. 238. GÖDDE, *Grenzen und Zulässigkeit der vergleichende Werbung*, oc. p. 142.

El art. 6.c) de la LGP, antes de la reforma, establecía <<es publicidad desleal [...] la publicidad comparativa cuando no se apoye en características [...] objetivamente demostrables de los productos o servicios>>. En la nueva redacción, el artículo 6 bis señala los requisitos, indicando también que <<la comparación se realizará de manera objetiva>>. La Ley de Competencia Desleal señala en similares términos este deber de veracidad en el art. 10: <<se considera desleal la comparación pública de la actividad, las prestaciones o el establecimiento propios o ajenos con los de un tercero cuando aquella se refiera a extremos que no sean [...] comprobables>>.

El requisito de licitud de la publicidad es que sea verídica⁴⁷⁶, y que se apoye en datos verídicos y exactos⁴⁷⁷, para que el consumidor pueda apoyarse en ella con seguridad a la hora de elegir. Como se ha señalado por algún autor⁴⁷⁸, <<las alegaciones contenidas en la comparación publicitaria deben ser exactas, de tal suerte que los consumidores puedan confiar en las mismas a la hora de adoptar sus decisiones>>.

Por otro lado, la doctrina ha destacado que no se trata únicamente de que tan solo los datos sean exactos, sino de que se utilicen correctamente y sean actuales o también se puede incurrir en publicidad ilícita⁴⁷⁹.

Pero además de este requisito de veracidad, los artículos citados⁴⁸⁰ exigen que los datos sean comprobables o demostrables. Planteándonos el tema de los juicios de hecho y los juicios de valor.

Un sector doctrinal ha aplicado la diferencia entre afirmaciones de hecho y juicio de valor para clarificar el concepto de publicidad comparativa⁴⁸¹. Las

⁴⁷⁶ TATO PLAZA, *La publicidad comparativa*, oc. p. 239. FERNANDEZ NOVOA, *Estudios de derecho de la publicidad*, oc. p. 231. GÖDDE, *Grenzen und Zulässigkeit der vergleichende Werbung*, oc. p. 140.

⁴⁷⁷ TATO PLAZA, *La publicidad comparativa*, oc. p. 239. FERNANDEZ NOVOA, *Estudios de derecho de la publicidad*, oc. p. 231.

⁴⁷⁸ FERNANDEZ NOVOA, *Estudios de derecho de la publicidad*, oc. p. 231.

⁴⁷⁹ Como el caso del anuncio del fabricante de soldadores de láminas alemán visto por sentencia de la OLG de Dusseldorf, el día 2 de julio de 1981, en que se juzgaba la utilización de un test de mercaderías realizado por Stiftung Warentst. El anuncio se declaró engañoso porque databa de 2 años, y la tecnología evolucionaba muy deprisa. GRUR 1981, p. 750 ss.

⁴⁸⁰ Art. 6 c) LGP y art. 10 LCD.

afirmaciones de hecho son susceptibles de prueba, pero los juicios de valor no se puede demostrar que sean falsos o verdaderos. Por eso solo se pueden utilizar en publicidad comparativa las afirmaciones de hecho⁴⁸².

Para un sector doctrinal⁴⁸³ más reciente, la distinción a considerar es entre hechos comprobables y opiniones personales. Los juicios de valor serían una categoría intermedia entre las dos anteriores.

El hecho comprobable es aquel que comunica una circunstancia de una realidad conocida por todos⁴⁸⁴. Como es conocido por todos es fácilmente comprobable. Una opinión personal se refiere a la visión particular de una persona sobre una cuestión sobre la que no existe consenso social, por lo tanto admiten discusiones pero nunca una demostración única. Los juicios de valor por el contrario son una categoría intermedia, se parecen a las opiniones personales porque son subjetivas, fruto de un proceso de valoración personal, pero se aproximan a las afirmaciones porque recaen en hechos objetivos sobre los que si existe un consenso generalizado⁴⁸⁵.

La publicidad comparativa debería basarse en hechos comprobables, en cuanto son los únicos compartidos por la opinión general, y este sería el único criterio que admite nuestra normativa sobre publicidad⁴⁸⁶.

La doctrina⁴⁸⁷, rechaza, y no admite, por lo mismo, la utilización de las opiniones personales en publicidad comparativa, pues es algo que el consumidor no puede valorar de manera racional a la hora de comprar; en definitiva no fomentan la transparencia del mercado⁴⁸⁸. Cuestión que también

⁴⁸¹ GÖDDE, *Grenzen und Zulässigkeit der vergleichenden Werbung*, p. 139, citado por TATO PLAZA.

⁴⁸² GÖDDE, *Grenzen und Zulässigkeit der vergleichenden Werbung*, oc. p. 139.

⁴⁸³ METTANG, *Die Kristische werbliche Bezugnahme*, oc. pp. 144-145.

⁴⁸⁴ METTANG, *Die Kristische werbliche Bezugnahme*, oc. p. 144.

⁴⁸⁵ METTANG, *Die Kristische werbliche Bezugnahme*, oc. p. 144.

⁴⁸⁶ Art. 6 c) LGP y art. 10 LCD.

⁴⁸⁷ FERNÁNDEZ NOVOA, *Estudios de derecho de la publicidad*, oc. p. 233. En el mismo sentido TATO PLAZA, *La publicidad comparativa*, p. 242. E sentido contrario DE CASTRO, en Enciclopedia, p. 5379, con relación al testimonio u opinión personal de un personaje conocido sobre una prestación empresarial.

⁴⁸⁸ WERNER, *Zulässigkeit und Grenzen der objektiv vergleichenden Werbung*, oc. p. 76.

confirman los artículos 6b) LGP y 10 LCD, que exigen que la comparación se refiera a extremos objetivamente comprobables, y la opinión personal, por muy acreditada que esté la persona opinante no se puede comparar sino con otra opinión.

Con respecto a los juicios de valor, tienen un carácter híbrido, se aproximan a la opinión personal en cuanto son subjetivos, pero esta valoración recae en hechos objetivos. Su aceptación en la publicidad comparativa la doctrina⁴⁸⁹ la ha valorado como posible, pero siempre que cumplan unos requisitos.

Estos requisitos, según la doctrina,⁴⁹⁰ son dos:

a) Que el juicio de valor sea consecuencia lógica y necesaria de los datos en que se apoya⁴⁹¹.

b) Que el juicio de valor incluya los datos y hechos comprobables en que se apoya, éste requisito es exigido por la doctrina⁴⁹² por unanimidad. Sería inadmisibles una exposición simple de juicio de valor sin aportar los datos en que se apoya. Como señala FERNÁNDEZ NOVOA⁴⁹³, no sería admisible un anuncio que resaltase sin más la ventaja del producto del anunciante sobre los demás productos de la competencia. Clave sobre esta cuestión es la sentencia de la OLG de Dusseldorf, de 7-6-1983⁴⁹⁴, el asunto debatido era la publicidad

⁴⁸⁹ MEYER, en *Die Kritisierende Vergleichende Werbung*, pp. 254 ss. En el mismo sentido TATO PLAZA, en *La publicidad comparativa*, oc. p. 243. JÖRG, *Die vergleichende Werbung*, oc. p. 70.

⁴⁹⁰ TATO PLAZA, *La publicidad comparativa*, oc. p. 243.

⁴⁹¹ MEYER, *Die Kritisierende Vergleichende Werbung*, oc. pp. 254-255. JÖRG, *Die vergleichende Werbung*, p. 70. También doctrina asentada por el BGH alemán. Este Tribunal en sus sentencias de 10-1-1968 [WRP, 1968, pp. 282 ss.] y 4-12-1968 [GRUR, 1969, p. 283 ss] declaró que una publicidad apoyada en hechos comprobables es lícita, y no puede ser declarada desleal simplemente por que el anunciante empleo un juicio de valor que se imponía conforme a los datos aportados.

⁴⁹² MEYER, en *Die Kritisierende Vergleichende Werbung*, oc. pp. 254 ss. FERNÁNDEZ NOVOA, *Estudios de derecho de publicidad*, pp. 232-233. En el mismo sentido TATO PLAZA, *La publicidad comparativa*, oc. p. 243.

⁴⁹³ FERNÁNDEZ NOVOA, *Estudios de...*, oc. p. 233.

⁴⁹⁴ OLG Dusseldorf, sentencia de 7-6-1984, WRP, 1985, pp. 28 ss. Citada por TATO PLAZA, *La publicidad comparativa*, oc. p. 243. En el mismo sentido, la sentencia VGH de 18-1-1983, GRUR, 1983, pp. 371 ss., donde se consideró ilícito declarar el sistema de lavado con almidón natural mejor que el lavado con almidón sintético.

de un producto farmacéutico denominado <<Pulmo-timeles>>, el cual se comparaba en tolerancia con la teofilina, afirmando que le ganaba. La sentencia razonó que era un caso de competencia desleal porque no aportaba elementos fácticos.

Como conclusión, siempre que se cumplan estos requisitos, es lícita la comparación con juicios de valor, siempre que se incluyan los datos objetivos de la comparación⁴⁹⁵.

Pero, además del requisito de objetividad junto con la verificabilidad, que se exigen para la validez de la publicidad comparativa, también se exige que no haya intención de engañar al consumidor. De esta manera la publicidad comparativa debe estar desprovista de carácter engañoso para ser lícita. Así lo establece el art. 10.2 de la LCD y así se deriva del conjunto de la LGP.

El art. 10.2 de la LCD dice: "Se reputa también desleal la comparación que contravenga lo establecido por los artículos 7 y 9 en materia de prácticas engañosas y denigrantes". El art. 7 establece "se considera desleal la utilización o difusión de indicaciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que, por las circunstancias en que tenga lugar, sea susceptible de inducir a error a las personas a las que se dirige o alcanza, sobre la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud en el empleo, calidad o cantidad de los productos y, en general, sobre las ventajas realmente ofrecidas". A la misma conclusión se llega por aplicación del art. 4 de la LGP⁴⁹⁶.

Una última cuestión a analizar es la ausencia de carácter denigratorio que debe tener la comparación para ser lícita. Efectivamente el art. 10.2 de la LCD dice: "Se reputa también desleal la comparación que contravenga lo

⁴⁹⁵ FERNÁNDEZ NOVOA, *Estudios de derecho de la publicidad*, oc. p. 233. En el mismo sentido TATO PLAZA, *La publicidad comparativa*, oc. p. 244.

⁴⁹⁶ Toda publicidad engañosa es ilícita, conforme al artículo 4 de la LGP: <<es engañosa la publicidad que de cualquier modo, incluida su presentación, induce o puede inducir a error a sus destinatarios, pudiendo afectar a su comportamiento económico, o perjudicar o ser capaz de perjudicar a un competidor. Es asimismo engañosa la publicidad que silencie datos

establecido por los artículos 7 y 9 en materia de prácticas engañosas y denigrantes”. El art. 9 de la LCD dice: “se considera desleal la realización o difusión de manifestaciones sobre la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero que sean aptas para menoscabar su crédito en el mercado, a no ser que sean exactas, verdaderas o pertinentes. En particular, no se estiman pertinentes las manifestaciones que tengan por objeto la nacionalidad, las creencias o ideología, la vida privada o cualesquiera otras circunstancias estrictamente personales del afectado”.

En este artículo se reconoce que toda comparación en sí misma supone un cierto descrédito para el competidor afectado⁴⁹⁷. Por tanto una interpretación estricta impediría la publicidad comparativa, es por lo que el legislador sale al paso y la admite siempre que reúna ciertas características de licitud (art. 6c) de la LGP y art. 10 de la LCD).

Es obvio que si toda comparación supone un descrédito, sólo se prohíbe aquella que es inútilmente dañina o innecesaria. Es la opción del derecho comparado⁴⁹⁸ en línea con la doctrina⁴⁹⁹.

Este límite está también en no hacer referencias o valoraciones fuera de la estricta comparación y que no guardan relación con los productos comparados. Un ejemplo de este caso es la sentencia del Bundesgericht suizo de 20 de diciembre de 1932⁵⁰⁰.

fundamentales de los bienes, actividades o servicios cuando dicha omisión induzca a error de los destinatarios>>.

⁴⁹⁷ FERNÁNDEZ NOVOA, *Estudios de derecho de publicidad*, oc. p. 233, también LEMA DEVESA, *RGD*, 1991, (julio-agosto), oc. p. 6.135.

⁴⁹⁸ Como el caso del Derecho suizo, donde el art. 3.e) de la Ley contra la competencia desleal establece: <<actúa de forma desleal aquel [...] que compara, de un modo inexacto, engañoso, inútilmente ofensivo o parasitario, su persona, sus mercaderías, sus actividades, sus prestaciones o sus precios con los de un competidor, o aquel que, a través de semejantes comparaciones, favorezca a terceros con relación a sus competidores>>.

⁴⁹⁹ TATO PLAZA, *La publicidad comparativa*, oc. p. 246. FERNÁNDEZ NOVOA, *Estudios de derecho de la publicidad*, oc. p. 233. GÖDDE, *Grenzen und Zulässigkeit der vergleichende Werbung*, oc. p. 142.

⁵⁰⁰ BG, sentencia de 20 de diciembre de 1932, 58-II BGE (1932), pp. 449 ss. El alto tribunal considero que una comparación de precios que afirmara que la empresa competidora era una “gran empresa extranjera que abusaba sin límites de su poder”.

Además de los límites establecidos también la forma en que se hagan las comparaciones pueden resultar ilícitas por agresivas o excesivas. Es el supuesto (extremo) del caso resuelto por la sentencia del Bundesgericht suizo de 15 de enero de 1930⁵⁰¹. En definitiva es en cada caso concreto, al analizarlo cuando se podrá determinar si reúne los requisitos de licitud de la comparación o supone una denigración innecesaria del competidor.

III TRASLACIÓN DE LA DIRECTIVA

1. Introducción

Las Directivas Comunitarias obligan a los Estados miembros a reformar su derecho interno para incorporar la Directiva, por tanto los Estados miembros de la Unión Europea están obligados a aplicar esta Directiva⁵⁰².

La Directiva previó un plazo de 30 meses, desde su publicación, para que los Estados miembros reformaran su derecho interno, integrando la Directiva. El art. 3.1 establece: <<1. Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva, a más tardar 30 meses después de su publicación en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas. Informarán de ello inmediatamente a la Comisión>>.

Al no tratarse de una directiva <<de mínimos>>, la traslación debe ser, como la doctrina⁵⁰³, total, respetando los criterios establecidos en la Directiva.

⁵⁰¹ BG, sentencia de 15 de enero de 1930, 56-II BGE (1930), pp. 24 ss. Estudiada por DUTOIT, *Problemi attuali del diritto industriali*, p. 316, y citada por TATO PLAZA, *La pubblicità comparativa*, oc. p. 247. El alto tribunal consideró que la comparación de productos del competidor era ilícita porque realizaba una denigración innecesaria cuando afirmaba que estos tenían un gusto de fábrica, que estos productos tenían también demasiada sal, salitre, pimienta, papel y agentes conservantes y químicos peligrosos para la salud, que las plantaciones que el competidor afirmaba tener no eran más que una pura invención y que la empresa competidora era una empresa alemana dirigida por judíos.

⁵⁰² Art. 4 Directiva 97/55/CE: <<Los destinatarios de la presente Directiva serán los Estados miembros>>.

⁵⁰³ VALLE FECED y HOFER PETER, "La Directiva... especial referencia a España y Suiza", *Revista Derecho de los negocios*, junio 1999, p. 11.

Los criterios son comunes para todos los países de la Unión Europea, que no podrán establecer criterios más restrictivos (art. 7.2).

El reconocimiento de la publicidad comparativa debe ser total y los Estados miembros deben integrarla sin restricciones en su derecho interno (art. 3.2), sin dejar nada fuera⁵⁰⁴.

En éste sentido se pronuncia el art. 3.2: <<Cuando los Estados miembros adopten dichas disposiciones, éstas incluirán una referencia a la presente Directiva o irán acompañadas de dicha referencia en su publicación oficial. Los Estados miembros establecerán las modalidades de la mencionada referencia. 3. Los Estados miembros comunicaran a la Comisión el texto de las principales disposiciones de Derecho interno que adopten en el ámbito regulado por la presente Directiva>>.

En conclusión, se da un plazo a los Estados miembros para que realicen la traslación a sus derechos internos (23-4-2000), y además se les exige que comuniquen el texto de la ley a la Comisión⁵⁰⁵.

El Congreso de los Diputados español ha aprobado, al principio del año 2002, una proposición no de ley del grupo popular para incorporar la Directiva comunitaria sobre publicidad comparativa. Dicha proposición no de ley aprobada modifica la Ley General de Publicidad.

Sobre esta iniciativa de aplicación de la Directiva 97/55/CE por el Gobierno español se han ido pronunciando los agentes sociales, todos favorablemente para su implantación por considerarla favorable a los consumidores. En este sentido la Asociación de consumidores y usuarios Panis y la Asociación de Consumidores Condomio⁵⁰⁶. La Asociación de Usuarios de

⁵⁰⁴ VALLE FECED y PETER HOFER, "Regulación europea de la publicidad comparativa...", *Derecho de los Negocios*, junio 1999, p. 19.

⁵⁰⁵ Esta obligación de comunicar a la Comisión el texto de la ley interna que aplica la Directiva es la forma mejor de controlar que se ha aplicado, la Directiva sobre publicidad engañosa de 1984 permitía más margen de maniobra al legislador nacional.

⁵⁰⁶ Asociación de Consumidores y Usuarios Panis, nº Registro 3.993, en su Boletín nº 1; y la Asociación de consumidores Condomio en su Boletín nº 1.

la Comunicación (AUC) considera que este tipo de publicidad beneficia a los consumidores y se debe aplicar la Directiva rápidamente, pronunciándose de esta manera:

<<Consideramos adecuado que la regulación de la publicidad comparativa contemplada por la Directiva 97/55/CE se incorpore al ordenamiento jurídico español mediante la modificación de la Ley General de Publicidad y no mediante una norma nueva. La ley General de Publicidad estableció en su momento una buena base para la regulación de la publicidad comparativa, aunque sea claramente insuficiente y en realidad se limite más a “despenalizar” este tipo de publicidad que a legalizarla.

Por lo que se refiere a la inclusión de dicha Directiva, estamos de acuerdo con el texto propuesto por el Gobierno, con las salvedades siguientes:

Creemos que debería aprovecharse esta modificación de la Ley General de Publicidad para llevar a cabo una modificación de mayor alcance. Téngase en cuenta que la Ley se remonta al año 1988 y que, como no podía ser menos en un mercado tan dinámico como el publicitario, en algunos aspectos ha quedado claramente obsoleta. Aunque no sea materia de este documento una relación detallada de sus actuales carencias, baste señalar la necesidad de regular más adecuadamente el patrocinio, la protección de los menores, la publicidad de alcohol y tabaco, la publicidad encubierta e indirecta. Y a ello se añade la necesidad de desarrollar un procedimiento más ágil y eficaz en materia de denuncias y sanciones.

La definición de la publicidad comparativa debe ser lo más amplia posible, con el fin de permitir que las comparaciones puedan referirse no sólo a las ofertas, sino también a aspectos corporativos; que puedan poner de relieve tanto diferencias como semejanzas entre empresas y ofertas; que el anunciante pueda ser distinto de las empresas comparadas en los anuncios (por ejemplo, una asociación de consumidores), e incluso que la comparación pueda referirse a productos de la misma empresa. Nuestra propuesta es que se defina la publicidad comparativa como “aquella en la que se comparan

explícita o implícitamente características de las empresas o de sus bienes o servicios”.

Que las comparaciones tienen un carácter genérico. Es decir, en aquellos casos en los cuales no se menciona (explícita o implícitamente) una marca o producto concreto, sino un grupo de productos englobados por características comunes (como, por ejemplo, cuando una marca de zumos pretende establecer las ventajas de su oferta frente a la operación de exprimir la fruta).

La nueva Ley debería evitar que productos consolidados en el mercado puedan compararse abusivamente con productos desconocidos o nuevos, mientras que se debe permitir a productos que acceden a un mercado o son poco conocidos compararse con productos ya consolidados en él<>>.

En cuanto a la incidencia de la aplicación de esta Directiva en el derecho español podemos decir que no es mucha y que hay una gran coincidencia, debiéndose hacer la reforma legal en las diferencias. Como peculiaridades o diferencias tenemos:

1º En el Derecho español no se menciona o regula la denominación de origen en la publicidad comparativa, como sí hace la Directiva.

2º Las ofertas especiales no son objeto de mención en el derecho español.

3º La comparación con productos desconocidos o de limitada participación en el mercado se considera desleal por el artículo 6 c) LGP, pero la Directiva no menciona este supuesto. Esta referencia debe desaparecer en la situación nueva que se cree cuando se aplique la Directiva⁵⁰⁷.

Con la aprobación de la Directiva 97/55/CE, sobre publicidad comparativa, del Parlamento Europeo y del Consejo, se ha conseguido una

regulación uniforme en toda la Unión Europea, con las consiguientes ventajas para los intereses de consumidores y usuarios. Después de un proceso largo y complejo se ha impuesto la doctrina favorable a la aceptación de este tipo de publicidad. La publicidad comparativa que realice una empresa en un país, ahora puede circular libremente por todos los países miembros, con las ventajas que esto conlleva para la propia empresa, pero también para los consumidores, que van a poder disponer de más información a la hora de elegir su compra.

Como inconvenientes de la Directiva es haber definido con más precisión el concepto de publicidad comparativa, en la línea de favorecer la competencia y proteger al consumidor.

2. Proyecto de reforma de la Ley General de Publicidad

Como consecuencia de esta necesidad de transposición de la Directiva, por fin se aprueba el Proyecto de Ley correspondiente, el día 16 de noviembre de 2001⁵⁰⁸.

El legislador ha optado por reformar la Ley 1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, obviando debates doctrinales.

Por la Mesa de la Cámara se encomendó su aprobación con competencia legislativa plena, conforme al artículo 148 del Reglamento, a la Comisión de Justicia e Interior. Asimismo, se acordó publicar en el BO de las Cortes Generales, estableciendo plazo de enmiendas, por un período de 15 días hábiles, que finalizó el día 11 de diciembre de 1999. En ejecución de dicho acuerdo se ordena la publicación, de conformidad con el artículo 97 del Reglamento de la Cámara el 15 de noviembre de 1999⁵⁰⁹.

⁵⁰⁷ Irrelevante si además se sigue la teoría de considerar derogada la LGP por la LCD.

⁵⁰⁸ Boletín Oficial de las Cortes Generales, VI legislatura. Serie A 22 XI 1999 nº 191-1, Proyecto de Ley 121/2001 191, [en línea], <http://www.senado.es/legis7/publicaciones/html/textos/A0056-1.html>, [consulta: 1-03-2002].

⁵⁰⁹ Siendo presidente el diputado del PP Federico Trillo-Figueroa Martínez-Conde.

En la exposición de motivos, se resumieron los fundamentos y las directrices de la Unión Europea en materia de publicidad y protección de los consumidores, reafirmando la línea seguida hasta entonces de liberalización de la publicidad como mayor protección de los consumidores, desde la aprobación de la Directiva 84/450/CEE, del Consejo, de 10 de septiembre de 1984, sobre publicidad engañosa.

La Exposición de Motivos se manifestó: <<La Comunidad consideró necesario armonizar las disposiciones de los Estados miembros en materia de protección contra la publicidad engañosa, dado que esta publicidad puede distorsionar la competencia en el seno del mercado interior. Se consideró, además, que la política de defensa de los consumidores exige la aprobación de medidas que los protejan contra las formas engañosas de publicidad. La Comunidad pospuso para una segunda fase el ocuparse de la publicidad comparativa. Ello no obstante, la Ley General de Publicidad de 1988 reguló esta forma de publicidad, estableciendo los requisitos de objetividad en los que la publicidad comparativa de productos o servicios debe basarse para ser considerada lícita. Conforme a la Ley, la publicidad comparativa que no se ajuste a dichos requisitos se reputará como publicidad desleal y, en consecuencia, ilícita>>.

La Exposición de Motivos reprodujo los argumentos principales favorables a la publicidad comparativa, esto es que favorece al consumidor y estimula la competencia. En este sentido, se pronuncia así: <<La Directiva 97/55/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de octubre de 1997, ha modificado la Directiva 84/450/CEE, para incluir en ella la publicidad comparativa. La Directiva comunitaria considera que la publicidad comparativa puede estimular la competencia entre los proveedores de bienes y servicios en beneficio del consumidor, ya que permitirá demostrar objetivamente las ventajas de los distintos productos comparados. Para que esta forma de publicidad pueda ser utilizada en condiciones de igualdad por todas las empresas que compiten en el mercado interior europeo, es necesario aproximar las distintas legislaciones nacionales, y establecer unas reglas

comunes en todos los Estados miembros sobre la forma y el contenido de la publicidad comparativa>>.

Del cotejo entre la Directiva 97/55/CE y la regulación de la publicidad comparativa contenida en la Ley General de Publicidad de 1988 se desprende que nuestra legislación nacional responde a los planteamientos de la normativa comunitaria, en el sentido de que en España la publicidad comparativa está permitida siempre que se ajuste a los requisitos de objetividad en la comparación que señala la Ley. Ello no obstante, la completa incorporación de la Directiva 97/55/CE a nuestro ordenamiento requiere una modificación parcial de la Ley General de Publicidad, para incluir en ella la relación íntegra de las condiciones que ha de cumplir la publicidad comparativa para ser considerada lícita. A ello atiende la presente Ley modificativa de la Ley General de Publicidad, que transpone a la legislación nacional la Directiva 97/55/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, y se dicta en ejercicio de las competencias que tiene reconocidas el Estado por las reglas 1.a, 6.a y 8.a del artículo 149.1 de la Constitución.

El Proyecto de Ley que se aprobó contenía artículo único, que decía: <<Artículo unico. Modificaciones de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad.1. El artículo 6 de la Ley General de Publicidad tendrá la siguiente redacción: «Artículo 6. Es publicidad desleal:

a) La que por su contenido, forma de presentación o difusión provoca el descrédito, denigración o menosprecio directo o indirecto de una persona o empresa, de sus productos, servicios, actividades o circunstancias, o de sus marcas, nombres comerciales u otros signos distintivos.

b) La que induce a confusión con las empresas, actividades, productos, nombres, marcas u otros signos distintivos de los competidores, así como la que haga uso injustificado de la denominación, siglas, marcas o distintivos de otras empresas o instituciones, o de las denominaciones de origen o indicaciones geográficas de otros productos competidores y, en general, la que

sea contraria a las exigencias de la buena fe y a las normas de corrección y buenos usos mercantiles.

c) La publicidad comparativa cuando no se ajuste a lo dispuesto en el artículo siguiente.»

2. Se introduce un artículo 6 bis en la Ley General de Publicidad con la siguiente redacción: «Artículo 6 bis.1. A los efectos de esta Ley, será publicidad comparativa la que aluda explícita o implícitamente a un competidor o a los bienes o servicios ofrecidos por él.

2. La comparación estará permitida si cumple los siguientes requisitos:

a) Los bienes o servicios comparados habrán de tener la misma finalidad o satisfacer las mismas necesidades. b) La comparación se realizará de modo objetivo entre una o más características esenciales, pertinentes, verificables y representativas de los bienes o servicios, entre las cuales podrá incluirse el precio. c) En el supuesto de productos amparados por una denominación de origen o indicación geográfica la comparación sólo podrá efectuarse con otros productos de la misma denominación. d) No podrán presentarse bienes o servicios como imitaciones o réplicas de otros a los que se aplique una marca o nombre comercial protegido. e) Si la comparación hace referencia a una oferta especial se indicará su fecha de inicio, si no hubiera comenzado aún, y la de su terminación, y se indicará que dicha oferta está supeditada a las existencias del producto ofertado cuando así suceda. f) No podrá sacarse una ventaja indebida de la reputación de una marca, nombre comercial u otro signo distintivo de algún competidor, ni de las denominaciones de origen o indicaciones geográficas de productos competidores.

3. En aquellas profesiones colegiadas en las que en virtud de lo dispuesto en el artículo 8.1 de la presente Ley resulte de aplicación una norma especial o un régimen de autorización administrativa previa en relación con su actividad publicitaria, la publicidad comparativa de sus servicios profesionales se ajustará a lo que se disponga en dicha norma o régimen. Los requisitos que conforme a esta Ley ha de reunir la publicidad comparativa para ser

considerada lícita deberán ser exigidos, en todo caso, por la normativa especial a la que se refiere el párrafo anterior, la cual podrá establecer, además, otras limitaciones o prohibiciones del uso de comparaciones en la publicidad.

4. El incumplimiento de los requisitos previstos en el apartado 2 del presente artículo y, en general, cualquier publicidad desleal que induzca a error a los consumidores tendrá la consideración de infracción a los efectos previstos en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.»

Con este proyecto, España da el primer paso para introducir en nuestro derecho positivo la Directiva 97/855/CCEE. Será la base y punto de partida para una nueva redacción de LGP, partiendo de una definición positiva de publicidad comparativa.

3. Ley 39/2002, de 28 de octubre, General de Publicidad

Con la aprobación de la ley (BOE 29-10-2002), se cumple definitivamente el mandato de la Directiva, trasladando su contenido al Derecho español.

El Capítulo III contempla en su artículo 9 la modificación de la Ley General de Publicidad, que dice: «Transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 97/55/CE, por la que se modifica la Directiva 84/450/CEE sobre publicidad engañosa, a fin de incluir en la misma la publicidad comparativa. El artículo 6 de la Ley 34/88, de 11 de noviembre, General de Publicidad, se modifica, añadiéndose un nuevo artículo 6 bis, todo ello con la siguiente redacción: Primero. «Artículo 6. Es publicidad desleal:

a) La que por su contenido, forma de presentación o difusión provoca el descrédito, denigración o menosprecio directo o indirecto de una persona o empresa, de sus productos, servicios, actividades o circunstancias, o de sus marcas, nombres comerciales u otros signos distintivos.

b) La que induce a confusión con las empresas, actividades, productos, nombres, marcas u otros signos distintivos de los competidores, así como la que haga uso injustificado de la denominación, siglas, marcas o distintivos de otras empresas o instituciones, o de las denominaciones de origen o indicaciones geográficas de otros productos competidores y, en general, la que sea contraria a las exigencias de la buena fe y a las normas de corrección y buenos usos mercantiles.

c) La publicidad comparativa cuando no se ajuste a lo dispuesto en el artículo siguiente.»

Se introduce un nuevo artículo 6 bis en la Ley General de Publicidad con la siguiente redacción:

«Artículo 6 bis.1. A los efectos de esta Ley, será publicidad comparativa la que aluda explícita o implícitamente a un competidor o a los bienes o servicios ofrecidos por él.

2. La comparación estará permitida si cumple los siguientes requisitos:

a) Los bienes o servicios comparados habrán de tener la misma finalidad o satisfacer las mismas necesidades. b) La comparación se realizará de modo objetivo entre una o más características esenciales, pertinentes, verificables y representativas de los bienes o servicios, entre las cuales podrá incluirse el precio. c) En el supuesto de productos amparados por una denominación de origen o indicación geográfica, la comparación sólo podrá efectuarse con otros productos de la misma denominación. d) No podrán presentarse bienes o servicios como imitaciones o réplicas de otros a los que se aplique una marca o nombre comercial protegido. e) Si la comparación hace referencia a una oferta especial se indicará su fecha de inicio, si no hubiera comenzado aún, y la de su terminación. f) No podrá sacarse una ventaja indebida de la reputación de una marca, nombre comercial u otro signo distintivo de algún competidor, ni de las denominaciones de origen o indicaciones geográficas, denominaciones específicas o especialidades tradicionales garantizadas que amparen

productos competidores. Tampoco podrá sacarse una ventaja indebida, en su caso, del método de producción ecológica de los productos competidores.

3. En aquellas profesiones colegiadas en las que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 8.1 de la presente Ley, resulte de aplicación una norma especial o un régimen de autorización administrativa previa en relación con su actividad publicitaria, la publicidad comparativa de sus servicios profesionales se ajustará a lo que se disponga en dicha norma o régimen. Los requisitos que conforme a esta Ley ha de reunir la publicidad comparativa para ser considerada lícita deberán ser exigidos, en todo caso, por la normativa especial a la que se refiere el párrafo anterior, la cual podrá establecer, además, otras limitaciones o prohibiciones del uso de comparaciones en la publicidad.

4. El incumplimiento de los requisitos previstos en el apartado 2 del presente artículo y, en general, cualquier publicidad desleal que induzca a error a los consumidores tendrá la consideración de infracción a los efectos previstos en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.»

Como vemos, la redacción definitiva es casi la misma que la del proyecto. Y definitivamente con este nuevo artículo se introduce en nuestro derecho positivo la Directiva 97/855/CCEE, estableciendo un nuevo concepto de publicidad desleal y señalando los requisitos de la publicidad comparativa para poder ser permitida. Como hemos visto, la publicidad comparativa estaba permitida en España, pero se hacía necesaria esta reforma legal para la completa incorporación de la Directiva en nuestro país.

Esta reforma establece los requisitos para que la publicidad comparativa sea lícita y en el caso de las normas sectoriales, éstas deben respetarlos también, aunque establezcan criterios propios.

IV AUTOREGULACIÓN PUBLICITARIA

1. Introducción

El Plan de protección al consumidor 1998-2001, aprobado por las autoridades españolas, ya sugirió el autocontrol de las empresas del sector de la publicidad⁵¹⁰. La autorregulación o autocontrol en materia publicitaria consiste en el voluntario sometimiento de los distintos agentes involucrados en la creación y difusión de la publicidad a un sistema privado de control de licitud de la actividad publicitaria, organizado por los propios interesados. Este control se hace de forma unilateral, como es frecuente en el sector de los medios de comunicación social, o de forma colectiva, en el marco de asociaciones de derecho privado de carácter sectorial o general⁵¹¹.

Todo sistema de autocontrol comprende una regulación y unos órganos que lo aplican. La normativa que rige el autocontrol es la elaborada por los mismos agentes creadores del mismo y adopta la forma de códigos éticos⁵¹².

La aparición de la Unión Europea con un mercado europeo, y el fenómeno de la globalización económica han afectado de forma especial a la publicidad, creando un gran espacio de publicidad transfronteriza. Las técnicas y conductas en publicidad se transmiten de unos países a otros, lo que obliga a modificar los marcos legales de la publicidad. Junto al régimen legal aparece de manera paralela y complementaria la autorregulación. El fundamento de los sistemas de autocontrol están en la normativa comunitaria: Directiva sobre publicidad engañosa y sobre publicidad comparativa⁵¹³.

⁵¹⁰ CONSEJO ECONOMICO Y SOCIAL, *Los derechos del consumidor y la transparencia del mercado*, Colección informes CES, Madrid 1999.

⁵¹¹ MASSAGUER FUENTES, *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, oc, p. 97. GOMEZ-SEGADÉ, "La autodisciplina publicitaria en el derecho comparado y en el Derecho español", 7 *ADI* 1981, p. 38 ss. TATO PLAZA, "El nuevo sistema de autodisciplina publicitaria en España", XVIII *ADI* 1997, p. 161 ss. *ID.* "La publicidad ilícita en la jurisprudencia...", *AAP*, número 27, 1999, p. 16 ss.

⁵¹² MASSAGUER FUENTES, *Comentario a la Ley...*, oc. p. 97. Destaca el ámbito europeo y en España el Código de Conducta Publicitaria de 14 de abril de 1.999, el Código Ético sobre publicidad en Internet de 14 de abril de 1.999 y el de publicidad infantil. Con fecha 31 de mayo de 2002, la Asamblea General de EASA aprobó la Declaración de Principios Comunes y Buenas Prácticas para toda Europa.

⁵¹³ Vid. MASSAGUER FUENTES, *Comentario a la Ley...*, oc. p. 98.

También España ha apostado por la autorregulación publicitaria. La autorregulación es la respuesta de la empresa a la exigencia de garantía en la publicidad. Su objetivo es contribuir a que la publicidad constituya un medio válido en el proceso económico, velando tanto por los derechos del consumidor como por la lealtad en la competencia. A nivel autonómico también se reconoce y potencia el sistema de autocontrol y los Códigos de Buenas Prácticas Comerciales, éste es el caso del Estatuto de los Consumidores de Canarias⁵¹⁴.

La Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial es la Asociación creada para regular esta materia. Es miembro de la European Advertising Standards Alliance (EASA). Este organismo paneuropeo fue constituido en 1992 y reúne a todos los sistemas de autorregulación publicitaria de los diferentes países europeos, entre ellos los 15 Estados de la Unión Europea y muchos de los países candidatos a la próxima ampliación de la UE (en total, 24 organismos de 22 países europeos), así como diversos sistemas de autorregulación de otras naciones: Estados Unidos, Canadá, Sudáfrica y Nueva Zelanda, además de a 11 organizaciones representativas de la industria publicitaria (anunciantes, agencias y medios) en Europa⁵¹⁵.

Con la autorregulación son las propias empresas las que asumen voluntariamente el compromiso de garantizar a la sociedad el rigor de las comunicaciones comerciales, a través del establecimiento de unas normas éticas y el desarrollo de unos mecanismos para la solución de eventuales controversias. A través del sistema de autorregulación publicitaria representado por la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial, las

⁵¹⁴ Estatuto del Consumidor de Canarias, aprobado por Ley 3/2003, de 12 de febrero, artículo 26: <<Códigos de buenas prácticas. 1. Las Administraciones Públicas de Canarias promoverán la adopción de códigos de buenas prácticas en materia de protección del consumidor con el fin de darle adecuada satisfacción, independiente de la derivada de del obligado cumplimiento de la normativa vigente. 2. La adopción por parte de los empresarios y profesionales de los códigos de buenas prácticas tendrá carácter voluntario, si bien, una vez adoptados, serán de obligado cumplimiento. 3. Reglamentariamente se determinará el procedimiento de aprobación y adopción de estos códigos>>.

⁵¹⁵ Vid Autorregulación EASA [en línea] <google> [consulta 6-6-2002]. on fecha 31 de mayo de 2002, la Asamblea General de EASA aprobó la Declaración de Principios Comunes y Buenas Prácticas para toda Europa, con el fin de contribuir al exitoso cumplimiento de sus fines. Estos Principios Comunes y Reglas de EASA van principalmente dirigidos a ser utilizados por los organismos nacionales de autorregulación, y están diseñados con el fin de guiar el trabajo de todos los participantes en el proceso de autorregulación.

empresas pueden beneficiarse de servicios como el "copy advice" o consulta previa a la emisión de anuncios, así como de un sistema independiente, ágil y eficaz de tramitación y solución de reclamaciones.

Por otra parte, la existencia de un sistema de resolución extrajudicial de controversias permite, a las empresas, solucionar de forma eficaz y rápida, y sin apenas costes, controversias publicitarias que, de otra forma, habrían de ser resueltas ante los Tribunales de Justicia, con las consecuencias de desgaste económico, de tiempo y de imagen que ese conflicto puede tener.

La eficacia de este sistema deriva de que aunque una empresa anunciante quiera emitir un anuncio que pueda ir por su contenido contra los principios éticos aprobados, si se lo propone a una agencia adherida a Autocontrol, ésta se negará a su emisión. De esta manera las empresas no asociadas también quedan sometidas.

En cuanto a sus limitaciones, se ha señalado que es un control promovido por la propia industria, lo cual no puede satisfacer plenamente a los consumidores dada la cantidad ingente de anuncios que se producen y además chocaría con las diferencias nacionales de sistema de mercado y tradición de unos países a otros⁵¹⁶.

2. Códigos de Conducta y publicidad comparativa

El sistema de Autocontrol gira fundamentalmente en torno a dos elementos: los códigos éticos o conjunto de reglas de conducta que se comprometen a cumplir los socios y su aplicación e interpretación por medio de un órgano de control deontológico independiente: el Jurado.

Son un conjunto de reglas generales o sectoriales, que constituyen la concreción escrita de aquello que es éticamente correcto o incorrecto y

⁵¹⁶ ESPINOSA CALABUIG, *La publicidad transfronteriza*, ed. Tirant lo Blant, Valencia, 2.001, p. 104.

determinan los límites de la actividad publicitaria. Autocontrol tiene establecido desde diciembre de 1996 un Código de Conducta Publicitaria, basado en el Código Internacional de Prácticas Publicitarias de la Cámara Internacional de Comercio (ICC International Code of Advertising Practice).

Asimismo en 1999 Autocontrol estableció el Código Ético sobre Publicidad en Internet, pionero en Europa, inscrito en el Registro de la Agencia de Protección de Datos. Las reglas éticas recogidas en los Códigos de Conducta están dotadas de un prestigio indudable al contener, partiendo del marco legal vigente, la valoración ética del mundo de la empresa. Las formas y técnicas publicitarias como ensayos comparativos y comparaciones, testimonios, explotación del prestigio ajeno, la imitación y la denigración se contemplan y se ordenan en la subsección cuarta del Código de Conducta Publicitaria de 14 de abril de 1.999.

A continuación reproducimos, por su importancia el capítulo II del Código de Ética⁵¹⁷: De la Publicidad Comparativa

Artículo 11. "La publicidad comparativa, como manifestación de la libre competencia deberá ser objetiva y su finalidad debe ser la información al consumidor sobre las ventajas comprobadas del producto y frente a la competencia, respetando siempre las disposiciones contenidas en este Código".

Artículo 12. "Se entiende por publicidad comparativa: a) La que específicamente menciona el nombre de la competencia. b) La que sugiere el nombre, envase, presentación, atributo o cualquier otro hecho o detalle que pueda relacionarse claramente con la competencia. Artículo 13. La publicidad comparativa no debe denigrar a ningún producto competidor, deformar la imagen de otros productos, marcas o empresas, ni atentar contra el buen nombre o el prestigio de terceros".

⁵¹⁷ Código de ética AAP [en línea] <google> [consulta 6-12-2002].

Artículo 14. La publicidad comparativa se aceptará cuando: "a) La confrontación se realice entre productos equiparables. b) En aquellos casos en que la comparación esté basada en elementos científicos o estadísticos, los cuales deben estar respaldados por pruebas elaboradas por una empresa técnica, ajena a la compañía o grupo que haga la comparación. c) Que la comparación sea presentada en forma positiva hacia las ventajas del producto anunciado y no basada en las desventajas del producto utilizado en la comparación".

3. Estadística de asuntos resueltos por JP⁵¹⁸

El Jurado de Publicidad ha tenido oportunidad de pronunciarse en numerosas ocasiones sobre la publicidad comparativa. Es de destacar los datos estadísticos con las reclamaciones y sus correspondientes resoluciones.

Entre julio de 1996 y diciembre de 2002 se vieron 920 reclamaciones, y 567 de publicidad, terminaron con 14 resoluciones por motivo de publicidad comparativa ilícita, y 19 por publicidad denigratoria. En 2002 se vieron 192 reclamaciones, y de publicidad 126, de estos 3 eran casos de publicidad comparativa ilícita, de publicidad denigratoria 1.

4. Casos resueltos por JP sobre publicidad comparativa

De los casos estudiados y resueltos por el JP que vamos a analizar a continuación vemos cómo la mitad aproximada son casos de publicidad comparativa implícita, pero con una tendencia a ir aumentando la publicidad comparativa explícita. También vemos como las reclamaciones se basan sobre todo en comparaciones de precios, en publicidad considerada desleal o engañosa. Esta realidad de un porcentaje tan alto de publicidad comparativa implícita es de esperar que se vaya reduciendo, pues en beneficio del consumidor la publicidad explícita proporciona más información.

⁵¹⁸ Asociación de Autocontrol de Publicidad, AAP [en línea] <google> [consulta 6-04-2003].

Asimismo vemos que aproximadamente, en una relación de diez a cuatro, las demandas y reclamaciones son estimadas. Lo cual presenta una relación bastante equilibrada que sitúa al JP casi en el punto medio de protección de la publicidad comparativa, aunque es de esperar que con el tiempo se vaya decantando por una protección más decidida de la publicidad comparativa por todas las razones esgrimidas en este trabajo. A continuación examinamos algunas de las resoluciones más importantes en esta materia de Ética⁵¹⁹.

A) Caso Zanussi, Balay y Fagor vs LG Frigoríficos Goldstar

La empresa coreana LG, propietaria de la marca de frigoríficos Goldstar, realizó una publicidad en la que comparaba de forma directa la garantía de su marca con la de sus competidores directos (Zanussi, Balay y Fagor), manifestando que “sólo los frigoríficos Goldstar están garantizados durante toda la vida útil del aparato”.

El Jurado de la Publicidad declaró plenamente admisible su campaña comparativa, dado que la información contenida era veraz y cumplía con los requisitos establecidos por el Código de Conducta. Éste fue el primer caso tratado por la AAP sobre comparación directa entre productos, pronunciándose a favor si es veraz y sin engaño.

B) Caso Lejía ACE vs Henkel Ibérica Lejía Neutrex con blanqueantes activos

Otro caso juzgado por la AAP, fue la reclamación de la empresa Procter Gamble SA contra Henkel Ibérica S.A. por una campaña de la marca de lejía Neutrex, en la que se decía textualmente: (Madre)” ¡Qué vergüenza! Pruebo una nueva lejía que dice que hace mucho y ¿qué hace? ¡Esto!. Y además, mira: ¡si parece amarilla! (Amiga): Pero, mujer, con la ropa tienes que utilizar la mejor lejía, la nueva Neutrex con blanqueantes activos.

⁵¹⁹ Asociación de Autocontrol de Publicidad AAP, [en línea] <google> [consulta 3-03-2003]. p. 6.

Procter Gamble dijo que la compañía trataba de desacreditar, menospreciar y denigrar de manera injustificada a la lejía ACE que ella comercializa.

El Jurado de la Publicidad declaró la suspensión cautelar de la publicidad, y Henkel Ibérica tuvo que modificar el anuncio en un plazo de veinticuatro horas. La celeridad de la medida refleja la gran ventaja del sistema AAP sobre la vía judicial.

C) Caso Henkel Ibérica vs Lejía ACE Antirradicales

La empresa Henkel Ibérica, S.A. formuló reclamación frente al Jurado de la Publicidad de AAP sobre el spot en televisión del producto Lejía ACE Antirradicales del que es responsable Procter Gamble España, S.A. Mediante el clásico esquema de presentación de un problema y su solución, se presentaban dos mujeres. Mujer 1: ¡Me encanta! Mujer 2: ¡Otro vestido blanco! Mujer 1: Me los pongo mucho, y con la lejía el blanco no dura. Mujer 2: ¡Venga, estamos casi en el siglo XXI! A continuación se mostraba una visión de un tejido al microscopio, y los efectos que sobre el mismo produce la lejía, acompañada de una voz que señalaba: "Todas las lejías normales producen radicales libres que envejecen el tejido", y se resaltaba el texto "lavado tras lavado". Luego la voz: "ACE se adelanta al futuro –en este momento se muestra un envase del producto- Su nueva fórmula combate los radicales libres, dando una vida más larga al blanco". Luego el texto: "Un año después" y de nuevo las dos protagonistas: Mujer 2: ¿Vestido nuevo? Mujer 1: Lo parece, pero lo compramos el año pasado. Mujer 2: "¡y te hablé de ACE! Mujer 1: "¡Ya no tengo excusa para ir de compras!". El spot terminaba mostrando el texto "Blanco puro por más tiempo" sobre un paño blanco, mientras la voz señala "Nueva ACE, blanco puro por más tiempo".

Henkel reclamó frente a la alegación publicitaria "Todas las lejías normales producen radicales libres que envejecen los tejidos. ACE se adelanta al futuro. Su fórmula combate los radicales libres dando vida más larga al blanco", por considerar que constituía un supuesto de publicidad ilícita

denigratoria y engañosa. Los radicales libres suponían un engaño para el consumidor ya que, aparte de desorientarlo, no se presentaban en condiciones normales de lavado con el resto de lejías y, por otra parte, no guardaban relación con la blancura de la ropa.

AAP estimó parcialmente la reclamación presentada por Henkel Ibérica, S.A. frente a la publicidad de la que era responsable Procter&Gamble, S.A. e instó al anunciante a la rectificación de la publicidad reclamada en el sentido de revitalizar el mensaje contenido en la expresión: "Todas las lejías normales producen radicales libres que envejecen el tejido. ACE se adelanta al futuro con su nueva fórmula que combate los radicales libres, dando vida más larga al producto".

D) Caso Procter Gamble Fairy Ultra vs Henkel Iberica Nuevo Mistol Ultra Plus

Un conflicto por un anuncio televisivo se originó entre las dos empresas anteriores. El anuncio de Henkel Ibérica exponía: Amigas: ¡Me llamo Leonor! Debe ser importante, estoy emocionada. ¡Hola! Leonor: ¡Gracias por venir! Mira con esa cuchara os voy a demostrar... Amigas: ¿Con una cuchara de madera? ¿Cómo? Leonor: La fuerza anti grasa del nuevo Mistol Ultra. Voz en off: el nuevo Mistol Ultra con un poder anti grasa despega la grasa más rápido que el concentrado de siempre (la imagen muestra una gota del producto con la leyenda "Mistol Ultra. Más poder anti grasa"). (Imágenes de la demostración acompañadas por una voz en off): "Pegamos estas cucharas de madera en la grasa da ayer, unas gotas del concentrado de siempre y de Mistol Ultra, remojaamos y... el nuevo Mistol despega ante la grasa y la cuchara sube a la superficie. Por eso quita mejor la grasa". Leonor: ¿Qué tal? Amigas: ¡Ideal, perfecto! Me paso a este nuevo Mistol. (Voz en off): Nuevo Mistol despega la grasa más rápido que el concentrado de siempre.

La reclamante señalaba que con la frase "el nuevo Mistol Ultra despega la grasa más rápido que el concentrado de siempre", se está aludiendo al lavavajillas Fairy. Esta alusión se realiza también gráficamente, ya que durante

la demostración aparece una botella verde con tapón rojo que, según Procter, los consumidores identifican con Fairy. La superioridad de Mistrol Ultra Plus no se adecua a la realidad técnica de los productos para Procter. Para demostrar tal circunstancia aporta un informe técnico realizado por el Departamento de Investigación de Procter. Además sostiene la reclamante que la simulación que aparece en el spot controvertido resulta engañosa, ya que el método utilizado para su realización no tiene carácter científico. El Jurado de la Publicidad concluyó que Henkel no había acreditado la veracidad de las afirmaciones recogidas en su comparación. En particular, no había acreditado que el nuevo Mistrol despegase la grasa más rápido que Fairy Ultra, existiendo una comparación ilícita en el sentido de la norma 22 del Código de Ética de la AAP. Por tanto, instó a Henkel al cese de la publicidad reclamada.

E) Caso Leche Pascual vs Cereales Kellogg's

En este caso, se trataba la reclamación presentada por la empresa Leche Pascual contra la compañía Kellogg's España por su publicidad del producto Choco Krispis. En el anuncio concluía con el siguiente reclamo: "Kellogg's, los únicos cereales para el desayuno recomendados por el Instituto Español de la Nutrición".

El Jurado de la Publicidad admitió la reclamación de Leche Pascual, e instó a Kellogg's España al cese del anuncio, dado que el anunciante no había probado que el citado instituto hubiese realizado pruebas comparativas entre los cereales Choco Krispis y otras marcas competidoras. Con esta sentencia el Jurado deja claro que, de acuerdo con el Artículo 22 del Código de Conducta Publicitaria, cualquier reclamo comparativo debe ser objetivamente demostrable, y la carga de la prueba recae sobre el anunciante que realice tales reclamos.

F) Caso Telefónica Móviles vs Airtel Móvil

Reclamación presentada por Telefónica Servicios Móviles contra una campaña publicitaria de Airtel Móvil. En el anuncio aparecía un mostrador de

una tienda de antigüedades donde se exponía un teléfono móvil. Un cliente solicita al encargado hacer una llamada con el mismo, a lo que éste le contesta que es mejor que la haga con un teléfono Airtel, dado que el teléfono analógico del mostrador era lo último en antigüedades". Claramente, el anuncio estaba comparando el sistema digital GSM con el sistema analógico de Moviline.

Según el Jurado de la Publicidad, la campaña se consideró desleal puesto que la comparación entre los sistemas no era objetiva, recomendando el cese de tal publicidad. Tiempo después, el Juzgado de Primera Instancia calificó esta comparación como ilícita dado que la información contenida en los anuncios no se ajustaba a la verdad, coincidiendo de esta manera con la resolución presentada por el Jurado de la AAP.

G) Caso Telefónica vs RSL Communications Spain (Aló)

El siguiente caso, hace referencia a la reclamación que formuló Telefónica de España, S.A. frente a dos anuncios en televisión y prensa de los que es responsable la empresa RSL Communications Spain, S.A.

El anuncio emitido en televisión mostraba a un grupo de personas que paseaban por la calle alzando telas de diferente colorido (blanco y rojo) y gran tamaño para luego formar una gran pancarta con el siguiente mensaje: "Llamadas locales gratis. Aló USA Solutions". Esas imágenes iban acompañadas del siguiente mensaje: "Más de medio millón de usuarios celebran pagar la mitad de las tarifas oficiales de Telefónica en sus llamadas a distancia. Llama siempre con Aló y consigues llamadas locales gratis. Aló USA Solutions". Como sonido de fondo sonaba la música corporativa de la empresa. Por último, se escuchaba una voz en off: "Infórmate en el 1428", mientras aparecía en pantalla el número de teléfono de atención al cliente y una dirección de Internet.

En el anuncio publicado en diferentes medios de prensa, se observaban dos partes diferenciadas de similar tamaño. La primera parte estaba representada por un dibujo de una gran ciudad con rascacielos, y la segunda

estaba formada por un texto. Debajo del dibujo se insertaba la rúbrica: "Como en EE.UU". En la segunda parte y a continuación de la imagen se editaba un texto con las siguientes alegaciones: "Ya son más de medio millón de usuarios los que sólo pagan la mitad de las tarifas oficiales de Telefónica en sus llamadas provinciales, interprovinciales, a la UE. Llama siempre con Aló y tendrás además LLAMADAS LOCALES GRATIS. Y PRONTO INTERNET EN BANDA ANCHA PARA TODOS. Para hacer que, en tus conexiones desde tu hogar o tu empresa, vuelves con una velocidad 50 veces superior a la actual RDSI. En Aló trabajamos para ofrecerte soluciones más sencillas, más económicas y más avanzadas". En la parte inferior derecha se publicaba el mensaje: "Infórmate 1428, www.lamistad.com. El anuncio se cerraba con el logotipo de Aló, y la siguiente indicación: "Una empresa del grupo, RSL.COM". Telefónica alegó que el anuncio controvertido era un claro ejemplo de publicidad comparativa no veraz, al no ser cierto que los precios de las llamadas con ALÓ fuesen la mitad de los precios con las llamadas con Telefónica. Además, la reclamante afirmó que la publicidad comparativa era engañosa al omitir el anuncio información esencial que luego a través del teléfono de información de ALÓ se proporcionaba. Por último, Telefónica señalaba que la reclamada debería acreditar sus afirmaciones con relación a los servicios que ofrecía de Internet en banda ancha, al no ser cierto que se pudiera contratar pronto desde cualquier punto de la geografía española.

El Jurado de la Publicidad estimó parcialmente la reclamación frente al spot y al anuncio en prensa, e instó al anunciante al cese de los mismos por considerarlos engañosos y no demostrables.

H) Caso Schweppes vs Refrescos Don Simón

La Compañía de Servicios de Bebidas Refrescantes SL, titular de la marca Fruitopía, y la empresa Schweppes SA, titular de la marca Trinaranjus, presentaron sendas reclamaciones ante el Jurado de la Publicidad contra la campaña publicitaria de la marca Don Simón zumo de naranja de propiedad de la empresa J. García Carrión. El anuncio reclamado se iniciaba con una voz en off que decía: "Información al consumidor de los refrescos de naranja sin gas",

mostrando a continuación una lata de Fruitopía naranja sobre la que se sobreimpresionaba el texto "8% de zumo". Tras ello, se mostraba la imagen de un refresco Trinaranjus de naranja con la frase "14% de zumo". Seguidamente, aparecía la imagen de un refresco Don Simón del que se afirmaba "Refresco don Simón, 25% de zumo y el único sin colorantes". Por último, el spot finalizaba con una imagen de todos los refrescos de la marca don Simón, en los diferentes envases que se comercializaba, acompañada de una frase en off que decía "Don Simón te cuida".

Los demandantes consideraron que dicha publicidad era desleal porque aunque "don Simón" no contiene colorantes sí contiene otro tipo de aditivos y aromas naturales, y que, por tanto, la frase podría llevar a pensar al consumidor que dicha marca es la única que no posee aditivos.

El Jurado de la Publicidad estimó las reclamaciones de las demandantes, ya que si bien consideró que dicha publicidad comparativa se apoyaba en características esenciales, afines y objetivamente demostrables, sin embargo, tenía un carácter engañoso al incluir al final del spot un bodegón con diversas variedades de refrescos, lo cual podía dar lugar a confusión. La empresa J. García Carrión, S.A. se vio obligada a retirar su spot en tanto mantuviese esos mismos elementos engañosos.

1) Caso GLP vs Nueva botella de butano Cepsa

Se analiza la reclamación presentada por la Asociación Española de Empresas Distribuidoras de Gases Licuados de Petróleo (GLP) frente al spot publicitario en televisión de la nueva bombona de butano Cepsa.

Se mostraba en este anuncio, en tono humorístico, un supuesto recorrido por la evolución del hombre.

El mensaje tenía el siguiente contenido: "Hace 14 millones de años apareció el Ramapithecus. 10 millones de años después un Australopithecus empezó a andar. Le siguió el Homo Erectus capaz de mantenerse erguido y

caminar. Y vino el Homo Sapiens. Y por fin apareció el hombre moderno. Pero llegó el siglo XX y sucedió algo que ni Darwin podría haber previsto: la bombona de butano. Pesa la mitad. De venta en estaciones de servicio”.

Estas dos últimas frases también se sobreimpresionaban en la pantalla. El spot finalizaba con una imagen del logotipo de la empresa y un teléfono de información.

Según GLP, la referencia que se realizaba en el spot al hecho de que el nuevo envase de CEPSA pesaba la mitad era engañosa porque no se correspondía con la realidad. Según la reclamación, el nuevo envase de CEPSA pesaba sólo 5'5 Kg. menos del otro envase.

Según el Jurado de la Publicidad, este era un caso de mensaje publicitario ciertamente ambiguo, que podía ser interpretado por sus destinatarios de dos formas bien diversas: que la comparación se refería al peso de las bombonas llenas o que la comparación se refería al peso de las bombonas vacías. Para el Jurado “la comparación ambigua de un mensaje publicitario puede ser suficiente para calificarlo como engañoso si es apto, en alguno de sus posibles significados, para inducir a error a los consumidores o para generar falsas expectativas en los destinatarios”. Así, el anunciante debería haber diseñado su anuncio de forma tal que permitiese a los destinatarios entender de forme suficientemente inequívoca, que la comparación se refería únicamente al peso de los respectivos envases vacíos. Ante esto, el Jurado estimó parcialmente la reclamación presentada por la Asociación Española de Empresas Distribuidoras de GLP e instó a CEPSA ELF GAS, S.A. a rectificar la publicidad reclamada en el sentido de aclarar que los pesos se referían a envases vacíos.

J) Caso Telefónica vs Jazztel

La Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial ha declarado ilícita la publicidad comparativa realizada por la operadora de

telecomunicaciones Jazztel en la promoción de sus bonos de llamadas locales, quien denunció esta campaña por considerarla engañosa⁵²⁰.

Jazztel comenzó a promocionar en noviembre del año 1999 sus bonos de llamadas locales, a los que denomina 'bono ciudad', comparándolos con el 'bono ciudad' y el 'bono ciudad plus' de Telefónica de España.

Posteriormente, Telefónica de España denunció ante la AAP esta campaña por estimar que se trataba de un supuesto de publicidad comparativa ilícita. Telefónica consideraba que Jazztel "se estaba apropiando ilícitamente" de unas marcas cuya titularidad le corresponde y que, además, la comparación entre su 'bono ciudad plus' y el bono de Jazztel resultaba "inexacta e inducía a engaño", ya que ambos tienen un precio de 1.400 pesetas, por lo que el de Jazztel no es un 10% más barato como afirmaba la publicidad.

Ante la decisión de la Sección Cuarta del Jurado de la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial, que daba la razón a Telefónica de España, Jazztel recurrió en alzada ante el pleno del jurado de la asociación, que desestimó el recurso el día 3 de enero 2.001. Es la segunda victoria de Telefónica frente a sus competidores, después de la denuncia contra la publicidad comparativa de Tele2.

K) Caso Damm SA y Plataforma Continental SL vs Heineken España

Mediante Resolución de fecha 25 de junio de 2002, la Sección Segunda del Jurado de Publicidad acordó estimar parcialmente la reclamación presentada, declarando que la publicidad reclamada por denigración infringe la norma 22 del Código de Conducta Publicitaria (relativa a la publicidad comparativa), instando al anunciante a la rectificación de la campaña en los términos de la resolución. Por parte reclamada se alega que su publicidad es de corte comparativo y por tanto lícita, alegando que el lugar de fabricación de la cerveza representa un dato relevante para el consumidor.

⁵²⁰ Telefónica de España SA, resolución AAP [en línea] <google> [consulta 6-9-2002].

En la presente Resolución, el JP resuelve los recursos de alzada interpuestos por las partes reclamantes Damm SA, Plataforma Continental SL, vs. Heineken España SA. En primer lugar estima el recurso de alzada interpuesto por las entidades Dammy SA y Plataforma Continental SL frente a la resolución de la Sección Segunda del Jurado de 25 de junio de 2002, instando al anunciante el cese de la publicidad reclamada.

Por otro lado, desestima el recurso de alzada interpuesto por la entidad Heineken España, S.A. frente a la resolución de la Sección Segunda del Jurado de 25 de junio de 2002.

A continuación reproducimos la resolución del Jurado de Publicidad por su interés:

<<Recursos de alzada Damm SA, Plataforma continental SL y Heineken España SA. vs Resolución Sección Segunda de 25 de junio de 2002 [Asunto: Damm SA y Plataforma continental SL vs. Heineken España SA ("Cruz del Sur")]

En Madrid, a 30 de julio de 2002, reunido el Pleno del Jurado de la Publicidad de la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial, presidido por D. Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano, por incompatibilidad de D. Carlos Fernández- Novoa, para el análisis y resolución de los recursos de alzada presentados por Damm SA, Plataforma Continental, SL y Heineken España SA frente a la resolución de la Sección Segunda del Jurado de 25 de junio de 2002, emite la siguiente Resolución

I Antecedentes de hecho

1. El pasado día 11 de junio de 2002, las compañías SA, Damm y Plataforma Continental SL (en lo sucesivo, Plataforma) presentaron una reclamación conjunta contra una campaña publicitaria en radio y televisión de la que es responsable la empresa Heineken España, SA (en lo sucesivo, Heineken). Según alega Plataforma la campaña llevada a cabo constituye un

supuesto de publicidad ilícita y desleal al aludir de forma injustificada a un signo distintivo ajeno con el único propósito de menoscabar su crédito ante el consumidor, contraviniendo los principios de legalidad y respeto a la buena fe de los consumidores, así como de prohibición de la denigración que se disponen en el Código de Conducta Publicitaria de Autocontrol.

2. Se dan por reproducidos el esquema del vídeo reclamado, las cuñas radiofónicas emitidas y los argumentos esgrimidos por ambas partes, tal y como se recogen en la Resolución de la Sección Segunda del Jurado, del pasado 25 de junio de 2002.

3. Mediante resolución de fecha 25 de junio de 2002, la Sección Segunda del Jurado de Publicidad acordó estimar parcialmente la reclamación presentada, declarando que la publicidad reclamada infringe la norma 22 del Código de Conducta Publicitaria (relativa a la publicidad comparativa), instando al anunciante a la rectificación de la campaña en los términos de la resolución.

4. Que el pasado día 8 de julio de 2002, Plataforma SA presentó recurso de alzada frente a la mencionada resolución de la Sección Segunda. En dicho escrito la recurrente alega que no se puede considerar la campaña reclamada como un supuesto de publicidad comparativa, por cuanto que no se puede apreciar en la misma una verdadera comparación o confrontación entre prestaciones de la que resulte el realce de lo propio, sino únicamente la destrucción del crédito ajeno con un mensaje que no aporta al consumidor ningún dato objetivo de relevancia del que este carezca. Por el contrario, la reclamante entiende que nos encontramos ante un supuesto de publicidad desleal en tanto que se da en el mismo una indebida alusión a signos distintivos ajenos, a la par que un supuesto de publicidad agresiva y obstruccionista. La recurrente pide que, de forma subsidiaria y en el caso de que no fuera atendido su recurso en los términos antedichos, se estime entonces que, pese a encontrarnos ante una comparación de prestaciones, esta únicamente alude a una característica extrínseca a los productos en sí (la procedencia geográfica), quedando basada por tanto en una característica irrelevante, por lo que la campaña devendría ilícita. Entiende en este sentido

Plataforma que el lugar de producción, cuando no afecta a las características intrínsecas del producto o no supone una garantía respecto de su proceso productivo, no puede ser considerado como un dato relevante en la comparación de productos, pues nada añade en cuanto a su calidad o prestaciones. Continúa argumentando la recurrente que en caso de que se estimase por el Jurado que los datos en torno a los cuales gira la comparación fuesen entendidos como relevantes, se declare la publicidad entredicha denigratoria, ergo desleal, por el menosprecio implícito que contiene hacia el competidor, al que se desacredita de modo innecesario.

En atención a lo expuesto, Plataforma solicita del Jurado la estimación del recurso en el sentido de lo expuesto.

5. Trasladado el recurso de alzada a Heineken, ésta presenta escrito de impugnación al mismo el 15 de julio de 2002, en el cual se reitera en los argumentos realizados en la instancia anterior. La recurrida, antes de fundamentar la corrección de la resolución objeto de recurso, manifiesta que en el recurso de Plataforma se desvela parcialmente el contenido de un contrato suscrito entre las partes y sobre el que pesa una obligación de confidencialidad. Ello se hace, según Heineken, de forma incompleta y descontextualizada. Señala a su vez la situación de inferioridad que genera tal circunstancia, puesto que el cumplimiento de la obligación de confidencialidad que vincula a las partes en virtud del susodicho contrato limita sus posibilidades de defensa al respecto. Por todo ello se solicita al Jurado que prescinda de atribuir cualquier valor a la cláusula del contrato confidencial empleada por Plataforma en su argumentación. En segundo término, se manifiesta por Heineken que en casos como el que nos ocupa no prevé la ley figura alguna que se asemeje al recurso en interés de ley, por lo que la apariencia de imparcialidad con la que Plataforma articula su recurso no debe ser tenida en cuenta por el Jurado, al tratarse de un escrito basado en un interés particular, careciendo la cuestión de interés doctrinal o teórico. Finalmente, y antes de entrar en el fondo de la cuestión, afirma Heineken la defectuosa articulación del Recurso de Alzada deducido de adverso, en tanto que éste no se dirigiría contra la resolución a impugnar, sino que con el mismo se reitera lo dicho

contra la campaña de publicidad entredicha. Esto contravendría, a juicio de esta compañía, lo dispuesto en el artículo 24.1 del Reglamento del Jurado. La recurrida, a continuación, centra sus esfuerzos en hacer valer las razones por las que su campaña debe encuadrarse en la categoría de publicidad comparativa, sin que en ella deban apreciarse elementos denigratorios o menospreciativos que excedan de la legítima crítica que acompaña a este tipo de publicidad, así como en la demostración de que el lugar de fabricación de la cerveza representa un dato relevante para el consumidor, tanto a su propio juicio como al de la recurrente. De un lado señala que su campaña cumple los requisitos que se exigen para ser calificada como publicidad comparativa, a saber: hacer referencia a los productos propios así como a los ajenos con la finalidad de presentar las ventajas que ofrecen los primeros respecto a los segundos, versando la contratación realizada sobre una característica análoga (su origen geográfico). Siendo así, Heineken entiende que no resulta posible afirmar que nos encontremos ante un caso de la denominada publicidad obstruccionista, caracterizada por la emisión de juicios críticos sobre el competidor sin mención a las propias prestaciones. Manifiesta también la recurrida que es lícita la referencia a la marca ajena en el marco de la publicidad comparativa.

Finalmente arguye Heineken en su escrito de impugnación, que la referencia en su publicidad al origen geográfico de la cerveza propia y de la competidora presenta en este caso carácter relevante, lo cual se inferiría atendiendo al etiquetado de Estrella del Sur, en el que se hace gala de su fundación en Sevilla. Se trataría para Heineken, por tanto, de un dato que Plataforma estima relevante para el consumidor, que lo tendría en cuenta a la hora de su decisión de compra. En cuanto a la concurrencia de elementos denigratorios en su campaña, manifiesta la recurrida que no pueden darse tales cuando la publicidad es veraz, indicando al respecto que la suya lo es.

Es por todo ello que Heineken solicita del Jurado que sean desestimadas todas y cada una de las pretensiones de las entidades recurrentes, declarándose, consecuentemente, la plena licitud y lealtad de la campaña cuestionada.

6. El pasado día 8 de julio de 2002, Heineken presentó Recurso de Alzada frente a la mencionada resolución de la Sección Segunda. En dicho escrito la recurrente alega como motivo único que la alusión a la "casta" de la cerveza del anunciante no constituye una opinión puramente subjetiva, y como tal inadmisibles, sino un recurso retórico mediante el cual Heineken quiso poner de manifiesto en su publicidad, por un lado, la estrecha vinculación entre su producto y Andalucía y Sevilla y, por otro, el hecho de que la cerveza promocionada se encuentra conectada en su procedimiento de elaboración con el resto de las cervezas de la saga Cruzcampo. Se trataría por tanto, según Heineken, no de verter una opinión subjetiva sino de expresar de forma literaria y gráfica un hecho objetivo y comprobable: el origen geográfico y empresarial del producto anunciado.

Por ello Heineken solicita del Jurado que se dicte nueva resolución por la que se desestime en su totalidad la reclamación de Plataforma y que se declare la plena licitud de la publicidad enjuiciada.

7. Trasladado el recurso de alzada a Plataforma ésta presenta escrito de impugnación al mismo con fecha de 16 de julio de 2002, en el cual se reitera en los argumentos esgrimidos en la instancia anterior. Alega la recurrida que el término "casta", empleado del modo en que lo hace Heineken en su campaña, implica la atribución al producto de Plataforma de la condición de descastado, lo que supone presentarlo al público como carente de nobleza, calidad y vinculación a Andalucía, lo cual lejos de constituir un legítimo recurso literario, es una forma de publicidad agresiva.

Entiende la recurrida que esta forma de alusión al competidor es innecesaria, en la medida en que la confrontación no tiene por objeto destacar las ventajas inherentes a la propia oferta. Termina afirmando Plataforma que la calificación de las cervezas confrontadas como privadas o dotadas de casta constituye un mero juicio de valor, no susceptible de demostración y ajeno al proceso de elaboración del producto.

Por todo ello se solicita al Jurado que dicte nueva Resolución por la que se declare la plena ilicitud de la publicidad enjuiciada. II. Fundamento deontológico

1. Tal y como se desprende de los antecedentes de hecho hasta aquí expuestos, la resolución de la Sección Segunda de 25 de junio de 2002 ha sido objeto de dos recursos de alzada. Y aunque ambos han sido acumulados para ser resueltos en esta misma resolución, ello no es óbice para que sean objeto de un análisis separado. De suerte que la primera tarea a la que ha de enfrentarse este Pleno al comenzar analizando el recurso interpuesto por Damm y Plataforma Continental- ha de ser la relativa a la calificación del mensaje publicitario objeto de controversia. La parte recurrente ha hecho grandes y meritorios esfuerzos para convencer a este Jurado de que no estamos en presencia de una hipótesis de publicidad comparativa.

2. Sin embargo, la Sección ha delimitado con sumo acierto la figura de la publicidad comparativa, al afirmar que deben recibir esta calificación todos aquellos mensajes publicitarios en los que el anunciante compara su oferta con la de uno o varios competidores, identificados o inequívocamente identificables, con el resultado de destacar las ventajas o la superioridad de la propia oferta frente a la ajena. De donde se sigue en consonancia con lo afirmado por la Sección- que existe publicidad comparativa desde el momento en que concurren en un mensaje publicitario dos elementos diversos: la referencia inequívoca a uno o varios competidores determinados; y, en segundo lugar, la comparación entre la oferta o los productos del anunciante y los del competidor, para así destacar las ventajas de la primera.

3. La recurrente, como decíamos, ha desarrollado un meritorio esfuerzo dialéctico para sostener que, en el caso que nos ocupa, no existe publicidad comparativa. Afirma, de este modo, que no hay en realidad una verdadera confrontación, ya que el núcleo del mensaje no consiste en destacar las ventajas o superioridad de lo propio sobre lo ajeno, "sino en la emisión de una simple opinión singularmente apta para provocar el descrédito ajeno, de un juicio de valor artero y malevolente". Y añade también que "la alusión realizada

en la campaña a la cerveza Estrella del Sur no satisface, de entrada, la exigencia legal de que la comparación se proyecte en datos de hecho aptos para expresar o comunicar la mayor conveniencia o superiores ventajas de la oferta del anunciante. O si se prefiere dice- la Campaña no aporta al consumidor una información útil de la que éste pueda extraer la inferioridad de la cerveza "Estrella del Sur" respecto de la cerveza "Cruz del Sur". Así las cosas concluye- la supuesta confrontación pública de productos se convierte, en atención a su finalidad, en un supuesto de publicidad obstruccionista e innecesariamente agresiva".

4. Pese a estas alegaciones de la parte recurrente, entiende el Pleno que en el caso que nos ocupa concurren los elementos o rasgos característicos de la publicidad comparativa, y que ya han sido transcritos.

Así, es claro que en el anuncio se realiza una referencia inequívoca a un producto competidor. Y es asimismo evidente que en el anuncio se recoge una comparación entre el origen geográfica de este producto y del producto del anunciante. Existe, así pues, un supuesto de publicidad comparativa. Y ello con independencia de que en la comparación se recojan juicios de valor o se utilice un tono innecesariamente agresivo. A juicio de este Jurado, debe trazarse una clara línea divisoria entre los rasgos característicos de la publicidad comparativa y sus requisitos de licitud. Los rasgos característicos de esta modalidad publicitaria ya han sido anunciados; de suerte que debe afirmarse la existencia de un supuesto de publicidad comparativa cuando concurren. Una vez comprobada la existencia de un supuesto de publicidad comparativa, deberá pasar a analizarse si ésta cumple los requisitos de licitud aplicables a esta modalidad publicitaria, y relativos entre otras circunstancias- a la veracidad, la inexistencia de juicios de valor o a la ausencia de elementos denigratorios. Si se incumple alguno de estos requisitos, seguirá existiendo una hipótesis de publicidad comparativa, pero ésta resultará ilícita al incumplirse todos o algunos de los requisitos de licitud de esta modalidad publicitaria. Así pues, las circunstancias alegadas por la recurrente (y relativas a la existencia de juicios de valor o de elementos innecesariamente agresivos en la publicidad

reclamada) no son aptas para negar la calificación del anuncio analizado como una hipótesis de publicidad comparativa.

Aquellas circunstancias, en todo caso, deberán ser tomadas en consideración al analizar la licitud de este mensaje desde la perspectiva de los requisitos de licitud aplicables a la publicidad comparativa.

5. En este sentido, Damm y Plataforma Continental sostienen que la supuesta confrontación entre los productos comparados no se refiere a extremos o características relevantes. Esta comparación, como queda expuesto, se refiere al lugar de producción de las cervezas objeto de la comparación. Y entiende la recurrente que el lugar de producción de un producto, cuando tal ubicación no afecta a las características intrínsecas del producto o no supone una garantía respecto de su proceso productivo no constituye una característica esencial. Este Jurado, sin embargo, ya ha tenido otras ocasiones para afirmar que este requisito de licitud de la publicidad comparativa (que exige la relevancia de las características objeto de comparación) debe ser objeto de una interpretación flexible. De modo que no deben considerarse esenciales únicamente las características relativas a la calidad o al precio del producto. Antes al contrario, pueden considerarse relevantes (y pueden entonces ser objeto de la comparación) todas aquellas características que, aunque no constituyan el elemento determinante o decisivo de una decisión de compra, sí que puedan llegar a influir en ella. Bajo esta perspectiva, podemos coincidir con la recurrente cuando afirma que las circunstancias que no afectan a las características intrínsecas del producto raras veces podrán ser consideradas esenciales, pues raras veces podrán influir en la decisión de compra de los consumidores. Existen ocasiones excepcionales, en cambio, en los que una circunstancia de este tipo puede ser considerada relevante. Y el Pleno, por lo demás, coincide con la Sección Segunda cuando afirma que en el caso que nos ocupa concurren circunstancias especiales que provocan que el origen geográfico de la cerveza pueda ser considerado una característica relevante de los correspondientes productos o servicios. Así, no cabe olvidar que estamos en presencia de mensajes publicitarios que se difunden en la Comunidad Autónoma andaluza.

Y, por otra parte, estamos en presencia de dos productos enfocados claramente al mercado andaluz. En estas circunstancias, no puede descartarse que el lugar de fabricación de la cerveza sea uno de los elementos que, aunque no resulten del todo decisivos, sí puedan llegar a influir en la decisión de compra de un consumidor andaluz. Las propias partes, por lo demás, confirman esta impresión, al realzar en el envase y en la denominación de sus productos su conexión con un determinado territorio; lo que induce a este Jurado a pensar que las propias partes son conscientes de que el lugar de fabricación de la cerveza puede ser un elemento que influya en la decisión de compra del consumidor.

6. Para finalizar, Damm y Plataforma Continental argumentan en su recurso de alzada que la comparación publicitaria analizada incurre en una denigración innecesaria del producto competidor aludido. Así las cosas, la publicidad objeto de este procedimiento debe ser analizada a la luz de la norma 21 del Código de Conducta Publicitaria, que dispone lo siguiente: "La publicidad no deberá denigrar ni menospreciar, implícita o explícitamente, a otras empresas, actividades, productos o servicios. No se considerarán denigración las manifestaciones recogidas en el mensaje publicitario que sean exactas, verdaderas y pertinentes. En particular, no se estimarán pertinentes las alusiones a las circunstancias personales del empresario o de su empresa".

7. Al analizar la publicidad controvertida a la luz de la norma 21 del Código, por lo demás, este Pleno ha llegado a conclusiones distintas de las que en su día alcanzó la Sección Segunda, y entiende que en el presente caso la alusión al lugar de producción de los productos confrontados encierra una denigración impertinente de los productos enfrentados. En este sentido, el Pleno comparte plenamente las palabras de la Sección Segunda cuando afirma que "las alegaciones al origen geográfico de una empresa o de sus productos pueden ser consideradas impertinentes en no pocos casos, como sucede en particular cuando constituyan supuestos de publicidad de tono personal, de boicot o de aprovechamiento de sentimientos irracionales, del modo en que podría suceder con la publicidad que hiciera un llamamiento directo o indirecto a no adquirir productos que no tengan su origen en una determinada zona".

Comprende también este Pleno que en el presente caso concurren ciertas circunstancias excepcionales; de suerte que la previa alusión (en el etiquetado y en la denominación de los productos) por parte de las empresas implicadas al origen de sus productos puede suscitar dudas acerca de la pertinencia de las alegaciones relativas al lugar de producción en una comparación publicitaria. Mas aún desde esta posición de duda, este Pleno cree que este tipo de alegaciones en torno al origen geográfico de los productos (cuando éste no incide en las características de los productos) encierran por regla general (con mayor o menor intensidad) un cierto aprovechamiento de sentimientos irracionales; a través de ellas se pretende (repetimos, con mayor o menor intensidad) que el origen geográfico de los productos constituya un factor importante en la decisión de compra del consumidor al elegir y, eventualmente, rechazar productos por esta razón. Circunstancia ésta que debe ser evitada, en la medida de lo posible, cuando el origen geográfico del producto no influye en modo alguno en sus características, pues así lo exige un modelo de competencia basado en las propias prestaciones. Por esta razón, este Pleno prefiere concluir que la alegación al lugar de producción de la cerveza, en el marco de la comparación publicitaria que examinamos, constituye una denigración impertinente del producto competidor afectado.

8. Las razones hasta aquí expuestas deben llevar a este Pleno a estimar el recurso de alzada interpuesto por Damm y Plataforma Continental en contra de la resolución de la Sección Segunda del Jurado de 25 de junio de 2002. Distinta suerte ha de correr el recurso interpuesto por Heineken frente a la misma resolución. En este recurso, la parte recurrente combate el análisis que el Jurado hizo de la alusión a la casta de las cervezas. Entendió la Sección Segunda que esta alusión encerraba una simple opinión, por lo que infringía la norma 22 del Código de Conducta. Según la Sección, la alusión a la casta de los productos confrontados constituye una mera valoración subjetiva que, aunque sin duda podría ser lícita en otro tipo de publicidad, no resulta admisible en el ámbito de la publicidad comparativa.

9. Frente a este pronunciamiento de la Sección Segunda alega ahora la recurrente que la alusión a la casta de la cerveza del anunciante no constituye

en rigor una opinión puramente subjetiva, y como tal inadmisibles, sino un recurso retórico mediante el cual se quiso poner de manifiesto la estrecha vinculación entre el producto y Andalucía y Sevilla. Añade también la parte recurrente que lo que se pretendió en la publicidad discutida fue, de un modo metafórico, hacer hincapié en la procedencia andaluza y, más concretamente, sevillana, de la cerveza Cruz del Sur. "En efecto añade-, a través de una imagen literaria se quiso evocar el origen del producto".

10. Este Pleno, por lo demás, no duda del carácter metafórico y literario del término "casta". Pero la metáfora es precisamente una figura literaria que se utiliza para evocar ciertas ideas sugeridas o figuradas. Y es precisamente en este punto donde el Pleno del Jurado disiente de la parte recurrente. No cabe entender, en efecto, que el término "casta" se limite a evocar, en la mente del consumidor, el origen geográfico del producto al que se aplica. Antes al contrario, parece que con la alusión a la casta, además de sugerir el origen geográfico del producto promocionado, también se anudan a éste una serie de valores diversos (la autenticidad, el poderío, la fuerza, etc.) que, en el contexto mencionado, son negados al producto comparado. Muchos de estos valores, aplicados al producto promocionado, encierran una simple valoración subjetiva. Tiene razón la Sección Segunda, así pues, al concluir que la alusión a la casta encierra una simple opinión que no resulta admisible en el marco de las comparaciones publicitarias. Por las razones expuestas, el Pleno del Jurado de Autocontrol. Acuerda

1º- Estimar el recurso de alzada interpuesto por las entidades SA Dammy Plataforma Continental, SL frente a la resolución de la Sección Segunda del Jurado de 25 de junio de 2002.

2º.- Instar al anunciante el cese de la publicidad reclamada.

3º.- Desestimar el recurso de alzada interpuesto por la entidad Heineken España SA frente a la resolución de la Sección Segunda del Jurado de 25 de junio de 2002>>

Esta Resolución nos merece un comentario en cuanto nos encontramos ante un caso práctico poco frecuente, y es que la comparación se base en un solo elemento. Lo frecuente es que la comparación entre marcas o productos se haga sobre la base de varios elementos o cualidades de los mismos (calidad, garantía, tecnología, precio, etc.), en el caso de comparar una sola característica de los productos, ésta se refería habitualmente al precio. Esta comparación si se considera admisible y lícita tanto por el legislador como por los juzgadores (Tribunales o Jurados), en los casos en que se han pronunciado. Parece razonable que para el consumidor medio la diferencia de precio de los productos sí es un dato relevante. Pero en el caso discutido en esta Resolución, la comparación por el lugar de fabricación no se considera relevante y por tanto se declara contra las normas dicha publicidad. Esta decisión no nos parece acertada pues hay una tendencia creciente por los agentes económicos y de la Administración para destacar la calidad de los productos también por el lugar de fabricación⁵²¹. El lugar de fabricación de un producto puede ser considerado un dato relevante para el consumidor medio y por tanto sustentar una publicidad comparativa.

L) Caso Terra vs Ya.com

En este caso, la empresa Terra SA denunció el día 22 de noviembre de 2.001 ante el Jurado de Publicidad contra la empresa Ya.com por la publicidad que estaba realizando en su contra. Se trataba de un 'spot' publicitario de Ya.com, denominado «Tú eliges», donde aparecían dos chicas casi idénticas, faltándole un diente a una de ellas, la cual pretendía representar a Terra y otra empresa competidora, comparando los servicios de ADSL⁵²².

La Sección Cuarta del Jurado de la Publicidad de la AAP resolvió la reclamación de Terra, el día 11 de febrero de 2.002, a su favor. La resolución

⁵²¹ La proliferación de denominaciones de origen lo demuestra, como garantía del consumidor y elemento a tomar en cuenta por el consumidor responsable. El indicar que un producto es de una región o país, como la denominación de origen, etc., esta perfectamente regulado en las leyes y forma parte de las políticas de las Administraciones para el desarrollo local. También esta tendencia es una reacción y frena esa tendencia a la globalización y de reivindicación de lo tradicional que se produce entre el movimiento de los ciudadanos.

⁵²² Terra vs Ya.com, resolución AAP [en línea] <google> [consulta 6-01-2003].

estimaba que se infringía la norma 22 del Código de Conducta Publicitaria relativa a la publicidad comparativa, e instó al portal de Ya.com a rectificar su publicidad al considerarla denigratoria.

Posteriormente, la filial de Deutsche Telekom retiró la campaña, aunque lanzó otra similar a la anterior, en la que aparecían dos jóvenes de apariencia casi idéntica, aunque uno de ellos sufría estrabismo. En la parte inferior aparecía de nuevo la frase <<tu eliges>>, y un cuadro comparativo entre los servicios de ADSL de Ya.com y dos empresas de la competencia, una de ellas Terra.

Terra presentó entonces una segunda reclamación, alegando que la nueva publicidad de Ya.com sobrepasaba lo permitido en la publicidad comparativa, y se apropiaba de cualidades comunes a todos los servicios ADSL del mercado, haciéndolas pasar por exclusivas de su producto.

De nuevo el Jurado de Autocontrol estimó la denuncia y declaró la publicidad de Ya.com ilícita, vulnerando el principio de comparaciones (norma 22), y denigratoria. También la calificó de engañosa, vulneración del principio de veracidad (norma 14), en tanto en cuanto un consumidor que la viera podría verse alentado a contratar sus servicios pensando que el resto de compañías no ofrecen las citadas prestaciones. Esta situación ha provocado que Terra medite emprender acciones legales contra Ya.com por su publicidad desleal reiterada.

En este caso, entendemos, contra el parecer del JP, que si estamos ante publicidad comparativa pues, aparte del detalle de la comparación entre las chicas con diente y sin el, y los dos chicos con el ojo sano y el ojo con estrabismo, se comparaban los servicios de ADSL entre las compañías competidoras. Esta comparación supone ofrecer información que puede ser útil al consumidor y por tanto es válido.

LL) Caso Don Simón vs Pepsi

La empresa murciana de vinos Don Simón J. García Carrión es pionera en la utilización de esta forma de publicidad. En 1995 presentó la primera publicidad comparativa contra la empresa Pepsi, dueña del producto Radical. Don Simón había lanzado un refresco en 1992, con un 25% de zumo, y en 1995 Pepsi, también sacó el suyo con un 25% de zumo. Don Simón defendió en aquel momento que había sido el primero en sacar un producto de esas condiciones al mercado.

M) Caso Danone Coca Cola vs Don Simón⁵²³

La segunda batalla se produjo en 1998. En este caso, la comparación se hizo con el grupo Danone y Coca Cola y su producto Minute Maid.

Don Simón obtenía su zumo obtenido directamente de la naranja exprimida. También tomando como referencia las leyendas que figuran en cada uno de los envases, la empresa murciana realizó un anuncio como información al consumidor, señalando que el Minute Maid era un producto obtenido a partir de zumo de naranja concentrado, aunque se vendiera en lineales refrigerados, mientras el zumo Don Simón se obtenía directamente la naranja fresca. La empresa murciana mantuvo su spot. Hoy, Coca-Cola sigue vendiendo su zumo a base de concentrado en los lineales refrigerados. En el envase figura la leyenda, señalando que se trata de zumo concentrado, pero en tipos de letra menos destacados. Antes del anuncio Minute Maid tiene el 70% del mercado y el zumo de Don Simón el 10%, después del anuncio don Simón es la empresa líder en el sector⁵²⁴.

El Jurado de Autocontrol resolvió declarando legal la publicidad comparativa pero reconociendo que el anuncio controvertido confunde a los consumidores: <<... Don Simón zumo directo de las naranjas confunde a los consumidores ya que ha quedado probado que la mayoría de los zumos no son directos, sino elaborados a partir de concentrados>>. Por su parte las

⁵²³ Fuente: Ensonews, nº 3/2000, Henso & CO, nco.com noviembre 2000, [en línea], <web Internet: <http://www.henso.com>>>, [consulta: 13-5-2002], p. 4.

⁵²⁴ Fuente: Ensonews, nº3/2000, Henso & CO, nco.com noviembre 2000, [en línea], <web Internet: <http://www.henso.com>>>, [consulta: 13-5-2002], p. 4.

asociaciones de consumidores se han pronunciado a favor de la campaña de Don Simón⁵²⁵.

N) Caso Procter Gamble vs Don Simón⁵²⁶

En otro anuncio compara su zumo con el de la multinacional Procter Gamble. Este es uno de los anuncios comparativos más conocidos en España y también fue visto por el organismo de autorregulación publicitaria español⁵²⁷.

La empresa murciana J. García Carrión, fabricante del refresco de fruta Simón Life y la multinacional Procter & Gamble, elaboradora de Sunny Delight, mantienen una batalla por la imagen de sus respectivos productos. El origen del enfrentamiento es la publicidad comparativa que ha realizado "García Carrión". Sigue la línea que ya emprendió esta empresa con otros productos, como el Minute Maid de Danone-Coca Cola, y el Radical de Pepsi. La empresa anunciante compara en un anuncio televisivo el porcentaje de zumo de su producto frente al de la competencia, resaltando que contiene más zumo. Un producto como "Sunny Delight", elaborado por Procter & Gamble contiene un 5% de zumo, el suyo "Simón Life", tiene el 10% de zumo.

La emisión de este anuncio provocó la denuncia inmediata de la empresa Procter & Gamble ante la Comisión de Autocontrol de la Publicidad, organismo privado creado por la Asociación de Autocontrol de España (AAP), de la que forman parte las empresas anunciantes, por considerar que era ilícito⁵²⁸.

La empresa denunciante Procter & Gamble es una empresa estadounidense que lleva ya más de dos décadas instalada en España, con una facturación cercana a los 80.000 millones de pesetas, y cuya principal fuente de ingresos es la droguería y perfumería. Su entrada en el mundo de los

⁵²⁵ Fuente periódico Cinco Días de 21 agosto de 1998 así como OCU y PANIS entre otras.

⁵²⁶ Fuente: Ensonews, nº3/2000, Henso & CO, nco.com noviembre 2000, [en línea], <web internet: <http://www.henso.com>>, [consulta: 13-5-2002], p. 4.

⁵²⁷ Fuente datos de empresa Don Simón, [en línea], <google>, [consulta: 3-5-2002].

zumos es reciente, tras la construcción de una fábrica en Mataró, y ocupa el quinto puesto, con una cuota del 3,2%.

Procter & Gamble, reconoce la legalidad de la publicidad comparativa y asume que es correcto señalar, como dice el anuncio televisivo, que un producto contiene una cantidad determinada de zumo. Sin embargo, las mismas fuentes rechazaron desde el primer momento que la empresa murciana hiciera referencia a otras cuestiones diferenciales como el uso o no de conservantes, algo que finalmente fue eliminado del anuncio. La razón fue que Don Simón decía que su zumo no contenía conservantes, pero la parte contraria alegó que si tenía aditivos, como acidulantes, emulgentes y espesantes, lo cual podría llevar a entender al consumidor que el producto no contiene ingredientes adicionales.

Don Simón retiró del anuncio la referencia a los conservantes y mantuvo solo la referencia a la cantidad de zumo.

Para la empresa anunciante y denunciada el anuncio es publicidad comparativa legal entre dos productos para que el consumidor tenga más información a la hora de elegir, y utilizando para ello sólo las leyendas que figuran en los propios envases. Por otro lado, alegaba la defensa de un producto como la naranja española. La campaña fue un éxito pues su cuota de mercado aumentó al 10'1%, frente al 1'8% de Minute Maid.

Ñ) Caso Coca Cola vs Pepsi⁵²⁹

Otro caso reciente es el pleito Coca Cola versus Pepsi por el anuncio de los repartidores.

⁵²⁸ Este organismo lo crearon las empresas para tratar de solventar las diferencias que surgen entre ellas en casa, antes de acudir a la vía judicial.

⁵²⁹ Periódico El Mundo, Edición de Madrid noticias 7-2-2001, [En línea] <<google>>, [consulta: 9-6-2002].

El jurado de la Asociación de Autocontrol de la Publicidad (AAP) ha dictado una resolución que declara que un anuncio reciente de Pepsi infringe las normas del Código de Conducta Publicitaria.

La resolución se produce tras una reclamación presentada por Coca Cola, informó AAP.

Según recoge Efe, las imágenes del anuncio publicitario mencionado mostraban cómo un repartidor de Coca-Cola y un repartidor de Pepsi intercambiaban sus respectivas bebidas en un bar durante el periodo navideño, resultando una pelea final entre los dos a causa de que el repartidor de Coca-Cola se negaba a devolver el refresco de Pepsi al repartidor de esta compañía, ya que parece preferir su sabor.

Los fundamentos deontológicos de la resolución señalan que «uno de los requisitos que debe cumplir una comparación publicitaria para ser lícita es el de referirse a características objetivamente demostrables de los productos o servicios confrontados», y considera que el sabor no es una característica susceptible de valoración objetiva.

O) Coca Cola vs Pepsico ("Mundial 2002: España 3 - Paraguay 1)

Reproducimos por su importancia el texto de la Resolución del JP en el asunto Coca Cola vs Pepsi Cola⁵³⁰.

“En Madrid, a 30 de julio de 2002, reunida la Sección Cuarta del Jurado de Autocontrol, Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial, presidida por D. Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano, para el estudio y resolución de la reclamación presentada por Refrescos Envasados y Compañía de Servicios de Bebidas Refrescantes SL (Coca-Cola), contra un anuncio difundido en prensa del que es responsable la Compañía de Bebidas Pepsico SA, emite la siguiente Resolución:

⁵³⁰ AAP [En línea] <google>, [consulta: 2-02-2003].

Antecedentes de hecho

1.- Con fecha 15 de julio de 2002, la empresa Refrescos Envasados y Compañía de Servicios de Bebidas Refrescantes, SL (en adelante, Coca-Cola) presentó reclamación contra una publicidad difundida en prensa deportiva por la empresa Compañía de Bebidas Pepsico, S.A. (en adelante, Pepsico).

2.- El anuncio controvertido, que ocupa toda una página, muestra el siguiente mensaje en caracteres muy destacados: "¿Cuántos goles dijo el portero que nos iba a meter? España 3 - Paraguay 1". La palabra "España" está escrita con los caracteres propios de la marca Pepsi, mientras que "Paraguay" aparece impresa con la tipografía típica de la marca Coca-Cola. Justo debajo de estos mensajes, aparece la siguiente leyenda: "Pepsi Refresco Oficial de la Selección Española de fútbol", "Coca-Cola Refresco Oficial de la Selección de Paraguay". En la parte inferior de la página, la frase "Enhorabuena a nuestra selección. ¡A por el mundial!" cierra el anuncio.

3.-Coca Cola alega en su escrito de reclamación que el anuncio controvertido constituye un supuesto de publicidad desleal por utilizar injustificadamente una marca ajena (Coca-Cola) lo que comporta el aprovechamiento indebido de la reputación ajena e incurre en denigración. La reclamante informa de la difusión mediática que, en los días previos al encuentro España-Paraguay, habían tenido las declaraciones del portero de la selección paraguaya (Chilavert), en las que había criticado abiertamente a la selección española y asegurado que le marcaría más de un gol. El anuncio reclamado se publicó en el diario deportivo nacional (AS) el día siguiente al del partido España-Paraguay, por lo que, a juicio de la reclamante, en este contexto la publicidad de Pepsico tuvo una muy considerable repercusión, hasta el punto de que el anuncio se convirtió en noticia por sí mismo. Asimismo, la reclamante informa de que antes de presentar su reclamación ante Autocontrol, había dirigido un requerimiento a la compañía Pepsico instándole al cese de su anuncio; requerimiento éste que no ha recibido respuesta alguna por parte del anunciante.

4.- A juicio de Coca-Cola, la publicidad controvertida infringe el principio de legalidad recogido en la norma 2 del Código de Conducta Publicitaria de Autocontrol, al vulnerar diversos preceptos.

Asimismo considera la reclamante que el anuncio de Pepsico contraviene lo dispuesto en las normas 20 (explotación del prestigio ajeno e imitación) y 21 (denigración) del Código de Conducta Publicitaria. En opinión de Coca Cola, la infracción de la norma 20 del Código resulta de la utilización de la marca "Coca-Cola" en el anuncio reclamado sin que exista una norma legal o convencional que lo ampare y sin que se efectúe en el marco de un supuesto de publicidad comparativa y, en general, sin que exista ninguna justificación legítima que pueda amparar objetivamente el uso de esa marca en el anuncio de PEPSICO. Por último, sostiene la reclamante el carácter denigratorio (contrario a la norma 21 del Código) de la publicidad controvertida: para Coca-Cola resulta evidente que en el anuncio reclamado la marca "Coca-Cola" es objeto de burla y chanza, al transmitir la impresión de que la marca "Coca-Cola" es la de los "perdedores", lo que comporta un innegable menosprecio y minusvaloración de esta marca y, por extensión, de la compañía y de sus productos. Según la reclamante, no cabe aceptar el uso de alusiones ridiculizantes y arbitrarias a una marca ajena simplemente porque al anunciante se le haya ocurrido hacer un chiste o una mofa (carente de toda relación con las características de sus productos o de su oferta) para llamar la atención del público sobre sus propios productos u ofertas.

5.-La reclamante sostiene que no se trata de un supuesto de publicidad comparativa, por cuanto la alusión a la marca "Coca-Cola" se realiza sin proporcionar ninguna clase de información ni sobre las características del producto Pepsi frente a las de producto Coca-Cola, ni sobre las condiciones bajo las que Pepsi se ofrece en el mercado, por contraste con las de la oferta del producto Coca-Cola. No obstante, y en el supuesto de que el Jurado considerase que el anuncio reclamado es publicidad comparativa, Coca-Cola alega que tal comparación es ilícita, por no versar sobre características o extremos esenciales ni objetivamente demostrables.

Según la reclamante, los equipos nacionales patrocinados por una y otra marca y el resultado de su enfrentamiento carecen de toda relación racional con la calidad, características, propiedades o naturaleza de las bebidas comercializadas bajo las marcas entre las que se establece la comparación. Asimismo, resulta claro para Coca-Cola que no puede demostrarse en absoluto que el patrocinio de una u otra marca haya influido en el resultado ni, a la inversa, que el resultado pueda trasladarse a las características o propiedades de los productos comercializados bajo las marcas confrontadas. Además, en cualquier caso, la reclamante considera que se aprecia una denigración innecesaria que va más allá de la implícita en toda comparación, al resultar completamente desproporcionada y agresiva la utilización de la grafía de Coca-Cola para escribir el nombre "Paraguay" y la burla del anuncio contra la marca "Coca-Cola" por el simple hecho de que esta marca haya patrocinado el equipo nacional de Paraguay.

6.- Por todo ello Coca-Cola solicita que el Jurado declare ilícita la publicidad reclamada e inste a Pepsico a no repetir en la difusión del anuncio.

7.- Habiéndose dado traslado de la reclamación a Pepsico, hasta la fecha no se ha recibido contestación alguna por su parte. II. Fundamentos deontológicos.

1.- Así establecidos los términos de la controversia, esta Sección deberá ahora analizar la publicidad reclamada con el fin de determinar si constituye o no un supuesto de publicidad desleal en infracción de las normas y principios del Código de Conducta Publicitaria.

2.-Teniendo en cuenta que la presente controversia gira en torno a la utilización de la marca "Coca-Cola" en el anuncio de Pepsi, esta Sección entiende necesario y oportuno recordar que el derecho de marca es un derecho de exclusiva que, como tal, confiere a su titular la exclusividad del uso de la misma y de la eventual autorización de su uso a terceros. De hecho, sólo se admite el uso de las marcas de empresas o productos competidores en la

publicidad propia en supuestos excepcionales aparte de los casos de publicidad comparativa lícita. De no existir ninguna justificación legal al empleo de marca ajena en la publicidad propia, ésta constituye un supuesto de competencia desleal por uso indebido de un signo distintivo ajeno.

3.-Aplicando estas consideraciones al presente caso, entiende este Jurado que para resaltar e informar a los consumidores del patrocinio de Pepsi de la selección española, no resulta en absoluto necesario referirse expresamente a una marca ajena de reconocido renombre y directa competidora del anunciante (Coca-Cola). De hecho, el anunciante emplea la marca ajena simplemente para contraponerla a la propia y resaltar que aquélla es patrocinadora de la selección paraguaya, que acaba de perder el partido contra España el día anterior. En tales circunstancias, no le cabe duda a este Jurado de que el anuncio de Pepsico usa indebidamente un signo distintivo ajeno (la marca "Coca-Cola"), en infracción de la norma 20 del Código de Conducta: "la publicidad no deberá contener ni explícita ni implícitamente referencias a los signos distintivos de otro anunciante, fuera de los casos legal o convencionalmente admitidos o de publicidad comparativa aceptable".

4.- Por otro lado, resulta también claro para este Jurado que el anuncio reclamado constituye un supuesto de publicidad denigratoria, que vulnera la norma 21 del Código: "la publicidad no deberá denigrar ni menospreciar, implícita o explícitamente, a otras empresas, actividades, productos o servicios. No se considerarán denigración las manifestaciones recogidas en el mensaje publicitario que sean exactas, verdaderas y pertinentes. En particular, no se estimarán pertinentes las alusiones a las circunstancias personales del empresario o de su empresa".

5.- A juicio de esta Sección, es innegable que el anuncio reclamado transmite un mensaje despectivo o denigratorio de la marca y la empresa Coca-Cola, por contraste con la propia marca. Aun cuando los mensajes impresos en la publicidad reclamada ("España3 - Paraguay 1, Pepsi Refresco Oficial de la Selección Española de Fútbol, Coca-Cola Refresco Oficial de la Selección de Paraguay") sean exactos y veraces en su literalidad, resultan del

todo impertinentes: a diferencia de Pepsi, que se presenta como patrocinadora del equipo español al que felicita y da ánimos ("Enhorabuena a nuestra selección. ¡A por el mundial!"), el anuncio reclamado presenta la marca Coca-Cola como patrocinadora de la selección que ha perdido frente a España y cuyo portero ha hecho unas polémicas declaraciones sobre la calidad del equipo español que han tenido una notable repercusión en los medios de comunicación en nuestro país. Mensaje éste que, en última instancia, atribuye a Pepsi los colores del equipo español y su alegría por la victoria obtenida frente a Paraguay, mientras que asocia la marca Coca-Cola a la selección rival y perdedora. Efecto o mensaje que se ve reforzado, además, por el hecho de que el anuncio haya sido difundido justo después del encuentro España-Paraguay (en el que la selección española ganó a la paraguaya con un resultado 3-1), y que alude indirecta pero inequívocamente ("¿Cuántos goles dijo el portero que nos iba a meter?") a las controvertidas declaraciones de su portero. Todo ello, en opinión de este Jurado, incurre en una denigración gratuita de la marca competidora, lo que constituye un supuesto de publicidad desleal. Por las razones expuestas, la Sección Cuarta del Jurado de la Publicidad de la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial

Acuerda: 1º.- Estimar la reclamación presentada por Coca Cola SA frente al anuncio en prensa de la Compañía de Bebidas Pepsico SA.

2º.-Declarar que el anuncio reclamado infringe la norma 20 (uso indebido de signo distintivo ajeno) y 21 (denigración) del Código de Conducta.

3º.- Instar al anunciante el cese definitivo del anuncio reclamado y a su no repetición en el futuro".

Esta resolución se mantiene fiel al principio de que la publicidad debe basarse en hechos comprobables y verdaderos, y respetar los signos distintivos de la competencia.

V ANALISIS DE LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA SOBRE PUBLICIDAD COMPARATIVA

1. Casuística española

Los Tribunales de Justicia españoles también han tenido oportunidad de pronunciarse sobre casos de publicidad comparativa en sus sentencias. A continuación comentamos algunas de las más significativas.

2. Caso Telefónica vs Tele 2

Este caso se refiere a la publicidad comparativa que devino litigiosa y fue la emitida por la empresa de telefonía Tele2⁵³¹.

En su anuncio televisivo, desde el 27 de agosto del año 2001, la empresa Tele 2, operadora de telecomunicaciones panaeuropea, compara el precio de sus llamadas telefónicas con el precio de la empresa Telefónica SA.

La empresa Telefónica SA demandó judicialmente a Tele 2 ejercitando acciones de cesación por publicidad ilícita, rectificación e indemnización y solicitó una medida cautelar de cesación por considerar su anuncio competencia desleal, ya que sólo comparaba la llamada interprovincial de 6 minutos, pero no advertía que sólo era una de sus tarifas, sin incluir al menos la mención de que existen otras más ventajosas. Este hecho inducía a error a los consumidores.

La sentencia entra en el concepto de acto de competencia desleal y aborda la publicidad comparativa conflictiva. El Juzgador estima que "(...) De la prueba practicada ha quedado acreditado que mientras Tele 2 tiene una tarifa única, Telefónica de España, S.A, no tiene una única tarifa sino que junto a una tarifa básica existen otras tarifas, de donde resulta que la publicidad al no ser completa no es veraz ni está anunciando productos análogos pues ni siquiera

⁵³¹ ANDRES J. M, josepmaria@noticias.com, publicado el día 8-10-2001, [en línea], <google>, [consulta: 2-2-2002].

en un principio se hacía referencia a que la tarifa de Telefónica que se anunciaba era básica.⁵³²

Concluyendo con la desestimación parcial de la petición de daños y perjuicios y la estimación parcial de la demanda. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 11 de Madrid resolvió el caso declarando que Tele2 está ocultando en su anuncio, por vía de una comparación desleal, un hecho esencial como es la falta de adecuada identificación de la tarifa de Telefónica, provocando que el mensaje que se transmite al consumidor no sea completo ni veraz, y generando confusión. La sentencia ordena que cese la emisión del anunciante.

3. Telefónica SA vs Aló SA⁵³³

La demanda ejercitando una acción de competencia desleal de 7 de abril de 2000 presentada Telefónica SA contra la empresa Aló SA se interpuso como consecuencia de la campaña publicitaria de ésta, en que bajo el slogan "Llamadas Locales Gratis", invitaba a los usuarios a informarse de su servicio a través del teléfono 1428; además presentó alegaciones contra el concepto de "La Mitad" y contra la contratación de algunos de los actores que habían protagonizado antes sus propios anuncios.

La sentencia del tribunal de Primera Instancia nº 14 de Madrid resolvió desestimando la demanda, en base a que el ordenamiento jurídico español no prohíbe la publicidad comparativa, siempre que no incurra en una práctica ilícita de "competencia desleal". Respecto a la contratación de los actores que habían protagonizado los spots de la parte actora por parte de Aló, y para su propia campaña publicitaria, se estimó que no suponía un acto de aprovechamiento de la reputación o del esfuerzo ajeno, porque los anuncios son diferenciables para el público y no producen confusión entre los operadores. Tampoco estimó

⁵³² SJPI 30-07-2002 nº 11 de Madrid, Publicidad comparativa [en línea] <google> [consulta 2-04-2003].

⁵³³ Nota de prensa de Aló, 17-4-2000, [en línea] <<google>> [consulta: 2-4-2002].

la petición de medidas cautelares sobre el concepto "La Mitad", pues existía desde el inicio de la actividad operativa de Aló, en septiembre de 1999, y nunca durante ese período el actor se había opuesto o presentado demanda alguna, por lo que ahora no se advierte urgencia y no procede.

Por último, en lo que se refiere al mensaje de las "Llamadas Locales Gratis", no consta que el servicio no se pudiera ofrecer y, además, la campaña publicitaria realizada bajo ese eslogan se invita al usuario a informarse sobre dicho servicio a través del 1428.

4. Lois Caster vs Levi's

La empresa de Luis Merino, propietaria de la marca de pantalones vaqueros Lois, utiliza una publicidad indirecta para promocionar la venta de sus pantalones vaqueros de marca Caster. Para ello imita en su publicidad un anuncio famoso de la multinacional Levi's en el que varios jóvenes se retuercen de forma inverosímil. Levi's no ha planteado ninguna reclamación por el anuncio, de momento.

5. Telefónica SA vs Guiaraba SL

A) Introducción

La AP de Álava en la sentencia de 22 de febrero de 2000⁵³⁴ se pronunció sobre un caso de publicidad comparativa, abordando los elementos que deben configurar la publicidad comparativa. Dicha sentencia decía:

II HECHOS: Con fecha 21 y 27 de enero de 1999, un grupo de trabajadores de <<Telefónica>> comunicó a la entidad su intención de solicitar una excedencia voluntaria por cinco años. Poco tiempo después fundaron, junto con otras personas, la entidad << Guiaraba SL>>, de objeto muy similar al de aquella, llevando a cabo diversas actividades publicitarias por medio de folletos y buzoneo, con el fin de captar clientela para el año 2000, año en que

aparecería la guía <<Guiaraba>>, y que fue publicitada bajo el slogan <<si no quieres ver las paginas siempre del mismo color (...) pásate a Guiaraba>>.

Telefónica demandó a sus antiguos trabajadores, alegando que el abandono de la entidad en la que habían trabajado para constituir una nueva con objeto muy similar era una actuación que infringía la buena fe ex artículo 5 LCD, así como que el slogan que promocionaba la guía por ellos confeccionada infringía el artículo 10 de la citada norma, al ser un supuesto de publicidad comparativa de carácter denigratorio.

Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial de Alaba consideraron que no existía en los hechos descritos deslealtad, ajustándose tales comportamientos a derecho, con apoyo en los siguientes fundamentos de derecho, que reproducimos literalmente.

<<III Fundamentos de derecho. Primero. La sentencia de instancia, tras un exhaustivo y detallado análisis de las cuestiones planteadas, desestima la demanda, alzándose contra ella el demandante, que mantiene criterio distinto al contenido en aquella.

El suplico de la demanda, amplio, insta una sentencia en la que se declare: la deslealtad de los actos cometidos, la cesación de los mismos o su prohibición, la restitución, en la forma en que se acuerde de los efectos producidos a la actora, rectificación de las información engañosas, incorrectas o falsas, el resarcimiento de los daños y perjuicios y la publicación de la sentencia por cuenta de los apelados.

Centra el apelante su petición de sentencia de condena casi en exclusiva en el documento número 7 unido a los autos (folio 90) y reitera en esta apelación el comportamiento contrario a la buena fe de los apelados.

Segundo. En síntesis, los hechos de que hay que partir como sustrato de la demanda son los siguientes: los apelados trabajaban en la empresa de la

⁵³⁴ *Aranzadi civil I*, 2000, p. 498.

actora desde abril de 1994, contratos de relación laboral especial para técnicos de venta, conforme al RD 1438/1985, de 1 de agosto, que tenía una duración indefinida; con fecha 21 y 27 de enero de 1999 remiten carta a la empresa notificando la intención de solicitar una excedencia voluntaria de 5 años. Los apelados, junto a otras personas, constituyeron la empresa Guiraba, cuyo objeto era similar al de la actora, llevando a cabo actividad de publicidad por medio de folletos y buzoneo, con el fin de captar clientela para el año 2000, en que aparecía la nueva guía.

La Ley de Competencia Desleal tiene por finalidad, según dice su artículo 1, la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado y a tal fin establece la prohibición de los actos de competencia desleal, siempre que se realicen en el mercado y con fines concurrenciales (art. 2). El artículo 5 declara como cláusula general que se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe; La Sentencia del TS de 17 de julio de 1999 define que <<se reputa desleal todo comportamiento que resulte contrario a las exigencias de la buena fe>>; en artículo 7 en cuanto a los actos de engaño, que dice así: <<se considera desleal la utilización o difusión de indicaciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de prácticas que por las circunstancias en que tenga lugar, sea susceptible de inducir a error a las personas a las que se dirige o alcanza, sobre la naturaleza, modo o cantidad de los productos y, en general, sobre las ventajas realmente ofrecidas>>, añadiendo que se reputa desleal todo comportamiento idóneo para crear confusión.

Dice la apelante que el folleto, a que antes se ha hecho referencia, contiene una clara alusión a la demandante, y ello por la mención al color amarillo de las publicaciones de la actora; siendo cierto que se contiene una clara e inequívoca referencia a las que cabe presumir <<paginas amarillas>>, no puede ocultarse tampoco que son conocidas por el gran publico las dichas paginas, por ser las únicas autorizadas hasta época reciente, pero desde luego no se contienen conceptos desmerecedores de las mismas más allá de pregonar, como acto propio de cualquier publicidad, la bondad del producto que

se anuncia. Decir que si no quiero ver las páginas siempre del mismo color... pásate a Guiraba no contiene conceptos que desmerezcan de aquellas.

Tercero. Establecido en el artículo 2 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, en el ámbito objetivo de su aplicación, el Preámbulo de la propia Ley dice que para que exista acto de competencia desleal basta, en efecto, con que se cumplan las dos condiciones previstas en el párrafo primero del artículo 2, <<que el acto se realice en el mercado>> (es decir, que se trate de un acto de trascendencia externa) y que se lleve a cabo <<con fines concurrenciales>> (es decir, que el acto, según se desprende del párrafo segundo del citado artículo, tenga por finalidad <<promover o asegurar la difusión de las prestaciones propias o de un tercero>>). Caracterizada así la finalidad concurrencial del acto de competencia desleal de <<promover o asegurar la difusión de sus prestaciones propias o de un tercero>> accediendo con ello a un mayor número de consumidores o usuarios de los que integran un determinado mercado, debiendo examinarse si la actuación de los apelados es o no desleal a los efectos dichos.

B) Existencia de publicidad comparativa implícita

Conviene ahora analizar, sobre la base de los argumentos del apelante y siendo punto de partida las consideraciones que recoge la sentencia de instancia, aceptadas, cuales pudieran ser los actos de los apelados generadores de competencia desleal y contrarios a la buena fe que ha de regir las relaciones, conforme a los principios generales a lo pactado.

La parte centra en el documento unido al número 7 la conculcación de dicha buena fe, y para ello analiza el color de la guía editada por los apelados y la referencia al color amarillo, propio de la demandante. Resulta superflua dicha referencia y desde luego carente de deslealtad el contenido de la misma, y ello porque, como es notorio, en el sentir popular resulta, o lo era hasta tiempo muy reciente, que las únicas guías que con esa finalidad se editaban eran las conocidas páginas amarillas de modo que aun careciendo la publicidad de toda referencia, la comparación siempre iba a ser entendida claramente como relacionada con aquellas, sin necesidad de otras

concreciones. De otra parte, los términos empleados no encierran ofensa ni descrédito hacia la competencia, limitándose a intentar abrirse al mercado con una mejor oferta –a su criterio– que la hasta entonces existente, finalidad propia de todo acto de publicidad entendida como conjunto de medios que se emplean para divulgar o extender la noticia de las cosas o de los hechos (Diccionario de RAE). Esa necesidad de publicidad explica y comprende el buzoneo y desde luego la referencia a posibles clientes de una edición gratuita con un gran número de ejemplares, pues ello constituye precisamente el objeto de dichas guías y orienta al cliente sobre la elección de ésta u otras guías, entre otras cosas, de esa extensión que la hará llegar a potenciales clientes de la guía.

La lectura atenta de la hoja unida como documento 7 de la demandante descarta cualquier interpretación de engaño en la misma o contraria a las elementales normas sobre publicidad; naturalmente la exposición sobre las bondades del producto que se ofrece resulta inherente a la misma, pero no se hace sobre la base de desacreditar al contrario, sino sobre la legítima contraposición de uno y otro producto, divulgando las bondades del propio.

Cuarto. Respecto a la actividad desplegada por los apelados, se dice que conocían la cartera de clientes, y lo cierto es que, con independencia de ello, resulta fácil, simplemente con la consulta de la guía, emitida precisamente con esa finalidad, manifestándose por el testigo, señor Salvado, que los apelados continuaron trabajando incluso aumentaron el nivel de ventas en la zona y que los datos que conocían son comunes y consecuencia de los trabajos que desempeñan, sin que se les pidiera la devolución de los mismos.

Respecto de otras alegaciones, no resulta acreditada la realización de actos contrarios a la empresa de su procedencia, pues resulta muy limitada la referencia a visitas hechas a los clientes con el fin de que cambiaran de empresa, no siendo bastante la manifestación del señor P, empleado de la actora. Ni existen actos de confusión, ni de denigración, pues la publicidad es clara, va dirigida a un concreto mercado, en el que resulta conocida la guía que edita la actora, que no precisa más referencia precisamente por su notoriedad y la comparación que se hace, no denigra a la contraria. No se dan, por lo tanto,

los requisitos que exige el artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia para que un acto pueda ser calificado de desleal, al no quedar la conducta atribuida a la demandada incluida en el ámbito objetivo de aplicación de ese texto legal; en consecuencia, el motivo ha de ser acogido.

Del análisis de esta sentencia destaca la falta de referencia del Tribunal juzgador al término publicidad comparativa, que no se comprende pues la figura esta consolidada y el término está recogido tanto en la LGP (redacción antes de la reforma del 2002, art. 6.c LGP) como de LCD (artículo 10). Se alude de manera vaga en el Fundamento 2º <<clara e inequívoca referencia>> y <<comparación>>, en el fundamento 3º⁵³⁵.

La sentencia considera que se está ante una clara referencia al producto de Telefónica, aunque no se la menciona, y ello por la mención del color amarillo de las publicaciones (<<páginas>>) de la competencia. La frase del anuncio de la empresa demandada <<paginas siempre del mismo color>> es una referencia clara para el consumidor de que se refiere a la empresa competidora Telefónica, y ello por:

1) La propia estructura monopolística del mercado, ya que hasta entonces sólo existían en el mercado las páginas amarillas de Telefónica, Por esta razón cualquier consumidor considera que la comparación lo es con las páginas amarillas de Telefónica (Fundamento II). Este argumento se pone de relieve por la propia Sentencia, cuando dice <<por ser las únicas autorizadas en el mercado>>.

Se ha considerado que el detentar una cuota de mercado casi total, como en el caso de grandes empresas es una señal de que los consumidores van a entender que las comparaciones que se hagan será con productos de estas empresas⁵³⁶.

⁵³⁵ DOMÍNGUEZ PEREZ E, "De nuevo sobre la publicidad comparativa (comentario a la Sentencia de Audiencia Provincial de Álava de 22 de febrero de 2000, caso <<Guiaraba>>), ADI Tomo XI 2001, pp. 547 ss

⁵³⁶ Como señala TATO PLAZA (La publicidad comparativa, oc. p. 30), la cuota de mercado es un indicio de que un operador es el mas conocido en el mercado.

2) Por otro lado la referencia a las páginas amarillas de la publicidad de la empresa demandada es un dato importante, y que así lo pone de relieve la Sentencia. El color amarillo de las páginas ha adquirido en el mercado carácter distintivo, aunque no sea marca⁵³⁷. El color amarillo de las páginas de Telefónica por su situación en el mercado ha adquirido en el mercado una especial singularidad competitiva (Wettbewerbliche eigenart), que indica al consumidor a que empresa se refiere, sin necesidad de que esté protegido por la Ley de Marcas⁵³⁸. En definitiva la estructura del mercado y el color amarillo permiten considerar que nos encontramos ante una publicidad comparativa implícita.

C) Existencia de comparación al realizar la alusión al competidor

Realizándose una publicidad comparativa, esta debe plantear una comparación ente la oferta del empresario anunciante y la del competidor. La comparación puede referirse al competidor o a los bienes o servicios ofrecidos por él en el caso de publicidad, o a la actividad, prestación o establecimiento de la competencia en el caso de acto de competencia realizado con publicidad⁵³⁹. La Ley exige además que la comparación cumpla una serie de requisitos para que se pueda considerar legal.

En primer lugar la publicidad comparativa debe resaltar las ventajas de la oferta del anunciante frente a la del competidor, como indica la sentencia de AP debe señalar <<pregonar la bondad del producto que se anuncia>>, para <<abrirse al mercado con una mejor oferta>> (Fundamento II y III respectivamente), finalidad que se sitúa en el marco de la competencia por las prestaciones (Leistungswerttberberbs prinzip). Diferente es si únicamente se

⁵³⁷ DOMÍNGUEZ PEREZ E, "De nuevo sobre la publicidad comparativa (comentario a la Sentencia de Audiencia Provincial de Álava de 22 de febrero de 2000, caso <<Guaraba>>), ADI Tomo XI 2001, p. 555.

⁵³⁸ Ley de Marcas, L. 17/2001, de 7 de diciembre, no menciona el color como prohibición absoluta, en contraste con la Ley de marcas de 1988, que en su artículo 11-1-g expresamente se refería al color prohibiendo su registro como marca, a no ser que estuviera determinada por una forma determinada. Con la nueva LM el color se puede utilizar si tiene eficacia distintiva (art. 5.1.b).

limitara a poner de relieve la equivalencia de las dos ofertas, entonces seria publicidad adhesiva⁵⁴⁰.

El elemento confrontación se realiza con el color amarillo de las paginas de Telefónica, no por comparación con las de diferentes colores del anunciante, sino en el sentido de indicar que los consumidores pueden consultar otras paginas no amarillas, precisamente la del anunciante, peor no por ser de diferente color sino por ofertar mejor. En definitiva se confrontan dos productos de dos empresas diferentes, con la consecuencia, según Guiaraba, de que su producto es superior.

La publicidad comparativa es admitida porque aporta mas información al consumidor, pero uno de los requisitos de la publicidad es la veracidad. En este sentido, los datos aportados deben ser comprobables. Por el contrario, las opiniones personales, por subjetivas no deben ser tenidas en cuenta en la publicidad comparativa⁵⁴¹.

Tanto la LGP como la LCD exigen que los datos fácticos aportados sean importantes, no superfluos; La LGP dice que <<los bienes o servicios comparados habrán de tener la misma finalidad o satisfacer las mismas necesidades>> y <<la comparación se realizará de modo objetivo entre una o mas características esenciales, pertinentes, verificables y representativas de los bienes o servicios>>⁵⁴²; La LCD dice que la comparación será de <<extremos relevantes>>. El objetivo es transmitir información importante, pues si fuera superflua no se podría considerar lícita.

Partiendo del primer requisito de LGP, esto es que los servicios satisfagan la misma necesidad, es obvio que no se plantea en LCD, pero debe de partirse de él, en cualquier comparación. Planteada la duda de si los datos

⁵³⁹ Artículo 6 bis LGP en la redacción actualmente en vigor de 28 de octubre de 2002 en el primer caso o artículo 10 LCD en el segundo caso.

⁵⁴⁰ FERNANDEZ NOVOA, *Estudios de derecho de la publicidad*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, 1989, p. 206.

⁵⁴¹ FERNANDEZ NOVOA, *La publicidad comparativa*, oc. p. 232 y TATO PLAZA, *La publicidad comparativa*, oc. 240.

⁵⁴² Artículo 6 Bis a y b LCP.

deben ser esenciales, (determinantes en la elección del consumidor), pertinentes (no determinante pero que le puede inducir a tomar una decisión en un sentido) o relevantes (o sea que sin ser esencial, pueda ser tenida en cuenta por este). La doctrina considera que basta con que sean relevantes, pues aunque la información no sea de características esenciales, basta con que aporten información valiosa para el consumidor⁵⁴³.

La utilidad aportada al consumidor, que se puede considerar aquí, es económica, ello entronca con la finalidad de la comparación que es satisfacer la misma necesidad. La cuestión que se plantea es la de determinar si el slogan publicitario en cuestión <<si no quieres ver siempre las páginas del mismo color pásate...>>, cumple los requisitos arriba expuesto, o sea es un dato objetivo y además aporta información valiosa al consumidor.

En el slogan se informa de otro producto que satisface la misma necesidad y además le permite intuir al consumidor que sus páginas son de colores diferentes al amarillo de la competencia.

Pero que las páginas tengan otro color, no amarillo, sí es un dato objetivo y fácilmente verificable. La cuestión es si es suficiente el mero dato de informar de que existen otras páginas que les prestan los mismos servicios. La doctrina considera que es suficiente el mostrar que hay otro producto o servicio para considerar la publicidad comparativa lícita. O sea nos encontramos con un parámetro de comparación único, lo cual está permitido en la propia LGP, además la LGP también dice que la comparación será de características pertinentes⁵⁴⁴.

Por el contrario, sólo cuando la comparación realizada o basada en un solo parámetro induzca a error al consumidor puede considerarse ilícita.

⁵⁴³ Como señala FERNANDEZ NOVOA, *La publicidad comparativa*, oc. p. 232 y TATO PLAZA, *La publicidad comparativa*, oc. 236-238. También PEINADO GARCIA, "Comparación y denigración de la imagen de empresas directamente aludidas (reflexiones con ocasión de la sentencia del TS de 24 de febrero de 1997)", RDM, 1998, pp. 1601-1652, en particular p. 1634, y ZURIMENDI, *Publicidad comparativa y denigrante*, oc. p. 2506.

Como conclusión, y teniendo en cuenta que cuando se dicta la sentencia no había sido reformada la LGP, podemos afirmar que la publicidad comentada es lícita, porque aporta información al consumidor, sobre la existencia de un producto alternativo y aporta transparencia al mercado, haciéndolo más competitivo.

6. Burger King vs McDonald's

En el campo de la competencia por el mercado de las hamburguesas en el año 2003 se empezó a utilizar la publicidad comparativa. El cartel que exhibe Burger King contra McDonald's es muestra de una tendencia en que ya no se rechazan los avisos directos contra la competencia. El cartel usa nada menos que a Ronald, la figura central de McDonald's, sólo que de espaldas.

En este anuncio, alguien propone: "Hasta la Iglesia tiene que decir Diablo para hablar de Dios". La frase funciona agitada como slogan, por una nueva tendencia de publicistas dispuestos a convertir en iconos endemoniados los productos de la competencia.

De esta apuesta hablan las gigantografías con las que Burger King ensaya ahora patadas con forma de chiste contra el imperio Mc Donald's. Esta vez la publicidad comparativa se hizo a través del chiste, disimulando el tono beligerante de la batalla entre marcas.

Los resultados de la campaña fueron pésimos según McDonald's y brillantes según la empresa anunciante, en la cual observaron como los consumidores miraban el tamaño de las hamburguesas.

La preocupación por los límites estuvo presente aún entre los ideólogos de la campaña de Burger. La vieja discusión ética sobre publicidad comparativa se superó⁵⁴⁵.

⁵⁴⁴ Requisitos no mencionados en el artículo 10 LCD.

⁵⁴⁵ Se recordó la frase de Dreyfus: <<hasta la Iglesia tiene que nombrar al Diablo para hablar de Dios>>.

En general todo el mundo coincide en un punto: las marcas líderes habitualmente no apelan a la competencia. El paradigma para los publicistas es la pelea entablada en Estados Unidos entre Coca Cola y Pepsi. Es la empresa de segundo rango la que necesita la publicidad comparativa para poder hacer la competencia a la grande.

7. Caso Modital SL vs Tinta Difusión SA

A) Introducción

La empresa Modital SL formuló demanda ejercitando una acción por competencia desleal y sobre propiedad industrial contra Tinta Difusión SA. El Juzgado de Primera Instancia núm. 50 de Madrid dictó Sentencia con fecha 10-10-1994.

En grado de apelación, la Audiencia Provincial de Madrid dictó Sentencia el 24-05-1996 confirmando la del Juzgado. Recurrída esta sentencia al TS, este declaró haber lugar al recurso de casación y desestimó la demanda.

Según el Tribunal Supremo, en este procedimiento se discuten varios asuntos desde la vulneración del principio de congruencia (considerando que sólo entra en colisión con los derechos «ex» art. 24 CE cuando puede encontrarse en el asunto, además de la incongruencia de la sentencia, la situación de indefensión que dicho artículo prohíbe), lo relativo al modelo industrial planteado y su protección, y lo relativo al supuesto de «confusión» alegado «ex» art. 6 LCD. Este artículo se refiere al supuesto en que el consumidor se confunde asignando un mismo origen empresarial a dos prestaciones diferentes. Se desestimó la demanda por considerar que las dos prendas de ropa se distinguen por la etiqueta de ambas. La etiqueta permite informar al consumidor sobre el fabricante.

Con esta sentencia del TS, la jurisprudencia va creando una jurisprudencia cada vez más correcta a la hora de interpretar el derecho de la

competencia. Aunque la sentencia no aborda directamente el tema de la publicidad comparativa si merece ser citada aquí por el acierto a la hora de manejar los signos distintivos de la empresa, de los medios de informar al consumidor, como las etiquetas, y de la apuesta que hace a favor del derecho de información del consumidor.

B) Sentencia AP estimatoria

Por el Juzgado de Primera Instancia se dictó sentencia con fecha 10 de octubre de 1994, cuya parte dispositiva es como sigue: Fallo: «Que estimando la demanda formulada por el Procurador don Francisco V. M.-C., en nombre de Modital SL contra la sociedad Tinta Difusión, SA, debo declarar y declaro que la demandada ha incurrido en competencia ilícita y desleal y en violación de los derechos de propiedad de Modital, SL, condenándola a cesar en la realización de tales actos y a indemnizar a la actora en la cantidad que se fije en ejecución de sentencia como equivalente a los beneficios ilícitamente obtenidos por la demandada por su conducta contraria a los derechos de la actora, con imposición de costas a la parte demandada por imperativo legal». Sustanciada la alzada, la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 11, dictó sentencia con fecha 24 de mayo de 1996, cuya parte dispositiva es como sigue:

Primero. Formuló demanda Modital, SL, Sociedad dedicada al diseño y confección de prendas de moda femenina, quien había solicitado el día 16 de enero de 1992 el registro como modelo industrial del diseño de varias blusas de señora. La solicitud se publicó en el Boletín Oficial del Registro de la Propiedad Industrial el día 1 de abril de 1992, con el número 126.751. La inscripción de este modelo se produjo con fecha 15 de octubre de 1992. El día 5 de mayo de 1992 representación legal de la referida sociedad adquirió, en presencia notarial, en un establecimiento de Madrid, una blusa con la etiqueta de la sociedad demandada Tinta Difusión, SA, Y al alegar la actora que esta blusa era copia de la que figura inscrita interpuso demanda contra ésta última sociedad, con fecha 18 de junio de 1992, interesando la protección correspondiente de su inscripción y aludiendo a competencia ilícita y desleal de la demandada, solicitó la cesación de los actos que la constituían y la

indemnización a fijar en ejecución de sentencia, equivalente a beneficios ilícitamente obtenidos por la demandada. En sentencia dictada en primera instancia y en virtud de recurso de apelación de la demandada en segunda instancia, se estimó íntegramente las pretensiones de la actora.

c) Sentencia desestimatoria del TS

La sociedad demandada ha formulado recurso de casación contra la sentencia estimatoria dictada por la Audiencia Provincial de Madrid.

Tercero. El motivo segundo se formula al amparo del artículo 1692.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por estimar infringidas las normas contenidas en los artículos 1216 y siguientes del Código Civil, sobre el valor de la prueba documental pública, como prueba tasada. Este motivo se relaciona con el motivo cuarto del recurso, que no ha sido impugnado en la oposición al mismo, pues en el apartado cuarto del escrito de oposición se formulan las alegaciones pertinentes de oposición al motivo que se articula en el recurso como quinto. El motivo cuarto se formula con el mismo amparo, por aplicación indebida de los artículos 35, 88 y 89 LGP, de Marcas y sus disposiciones derogatorias.

La disposición derogatoria de la Ley de Marcas dejó vigentes, de igual modo que la de Patentes) los preceptos de derecho sustantivo que rigen los modelos industriales. Y la Ley sobre Competencia Desleal derogó expresamente los artículos 87, 88 y 89 de la Ley 32/1988, de 10 de noviembre, de Marcas.

Todo ello implica que la protección pretendida en la demanda tiene que referirse exclusivamente a modelo industrial y no a marca. La regulación aplicable es la no derogada del Estatuto de la Propiedad Industrial aprobado por RO DE 30-4-1930.

El artículo 165 del referido Estatuto dispone: «el registro de modelos y dibujos confiere el derecho exclusivo de ejecutar, fabricar, producir, vender, utilizar y explotar el objeto sobre el que recaiga; y se adquiere obteniendo un

certificado del Registro de la Propiedad Industrial, que lo otorgará sin perjuicio de terceros». Y el artículo 167 establece que: «todo aquél que, con arreglo a este Estatuto, obtenga un certificado de registro de un modelo o dibujo, se halla autorizado:

1º Para ejercitar cualquier acción de las indicadas en el título IX del presente Estatuto.

2º Para oponerse ante el Registro de la Propiedad Industrial, con sujeción a las disposiciones que se establecen en este Estatuto, a la concesión del certificado del registro de modelos que considere lesivo para sus derechos».

El artículo 182 del Estatuto establece que se entenderá por modelo industrial todo objeto que pueda servir de tipo para la fabricación de un producto y que pueda definirse por su estructura, configuración, ornamentación o representación y el artículo 183 declara que el registro de un modelo o dibujo industrial se conocerá sin examen previo de novedad y utilidad, pero con llamamiento a las oposiciones, que deberán presentarse suscritas, debidamente documentadas y con copia, en el término de dos meses, a contar de la publicación de la demanda en el Boletín Oficial de la Propiedad Industrial. En relación a lo anterior, la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (24-12-1983), tiene que la regla general aplicable al efecto de apreciar la existencia de la novedad requerida a una modalidad de la propiedad industrial es, como igualmente hubo de puntualizar la sentencia de 16-04-1966, la denominada «novedad absoluta», no circunscrita a un ámbito territorial determinado y, la excepción, por el contrario, la que sólo exige para el acceso al registro la «novedad relativa» que significa que lo «creado» no haya sido conocido ni practicado en España, todo lo que hace que la prescripción del artículo 49 del Estatuto, como tal regla general, haya de aplicarse cuando no existe con respecto a una modalidad de la Propiedad industrial una excepción expresa consignada en el mismo capítulo que la regule, por lo que ha de concluirse que la «novedad relativa», que para los modelos de utilidad regulados en el capítulo II, título IV del Estatuto de la Propiedad Industrial,

predican sus artículos 174, 178 y 180, no es aplicable a los modelos industriales a que se contrae el capítulo III del referido título, que en su artículo 188, 3º se refiere, como exigible para el acceso al Registro de dichos modelos, de la condición de «novedad», sin ninguna condicionalidad.

Pues bien, descrito el marco referencial legal en el que opera la inscripción y protección de los modelos industriales, y considerada la certificación del Registro de la Propiedad Industrial de que el modelo en cuestión en esta causa se inscribió por la demandante con fecha 15 de octubre de 1992, procede la conclusión de que la sentencia recurrida no ha tenido en cuenta lo que se deduce de este documento público no impugnado por nadie. La conclusión forzosa es que la problemática protección del modelo frente al producto fabricado por la sociedad demandada en ningún caso podía operar, de tener que hacerlo, sino a partir de la fecha de la inscripción, por lo que al haberse formulado la demanda el referido día 18 de junio de 1992 antes de la inscripción, la protección no puede ser otorgada por el simple anuncio de la solicitud en el Boletín correspondiente, pues tal interpretación choca frontalmente con lo dispuesto en los artículos 165 y 167 del Estatuto y desconoce como se opera normalmente en el tráfico comercial, en relación a los efectos de reducida publicidad material que tal anuncio produce.

De lo expuesto procede la estimación de los motivos de casación alegados, sin perjuicio de que sea aconsejable el examen de los restantes para la mejor comprensión de los problemas surgidos en esta cuestión litigiosa.

Cuarto El motivo tercero se articula al amparo del artículo 1692. 4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por aplicación indebida del artículo 6 sobre competencia desleal. Este motivo se relaciona con el motivo quinto que se articula igualmente, por inaplicación del artículo 11 de la Ley sobre Competencia Desleal, en relación con los artículos 14, 165 y 167 del Estatuto de la Propiedad Industrial. Como se ha aclarado en el escrito de oposición, si bien se alega lo que estima procedente contra el motivo tercero esgrimido, las alegaciones contra el motivo quinto se hacen en su apartado cuarto, pues el referido motivo cuarto no ha sido objeto de impugnación.

Puede estimarse que la demanda y la sentencia recurrida entienden subsumida la actuación de la sociedad demandada en un acto de confusión, tipificado en el artículo 6 de la Ley sobre Competencia Desleal que le permite el ejercicio de cesación.

La confusión a que se refiere el artículo 6º consiste en la actuación dirigida a hacer creer al comprador que el producto ofrecido tiene un origen o composición distinto al real, origen que, por su reconocimiento o prestigio del fabricante, lo haría más apetecible para el consumidor. Es decir, no se trata de la hipótesis en la que el consumidor confunde una prestación con otra, se trata del supuesto de que el consumidor se confunde asignando a un mismo origen empresarial a dos prestaciones procedentes de diferentes objetos.

En el caso que nos ocupa este tipo de confusión no puede darse, ya que la blusa fabricada por la demandada se identifica con etiqueta de la misma, lo que determina que el comprador sabe quien es el fabricante y sabe, muy especialmente, que el fabricante no es la sociedad demandante.

En la exposición de motivos de la Ley de Competencia Desleal se dice que la finalidad de la Ley ha estado presidida por la permanente preocupación de evitar que prácticas concurrentes incómodas para los competidores puedan ser calificadas simplemente por ello de desleales. En este sentido se ha tratado de hacer tipificaciones muy restrictivas. Significativos a este respecto son los artículos 10 y 11, relativos a la publicidad y a los actos de imitación.

La sentencia impugnada mantiene que no se está en presencia de una falsificación ni de una correspondencia a una marca notoria si no de una mera imitación del modelo. Con esta simple y única apreciación la demanda de cesación por competencia desleal no puede prosperar, pues razonablemente tiene que estimarse que la fabricación de la blusa en cuestión tuvo que hacerse antes de la temporada su venta, es decir, incluso antes del inicio del procedimiento de inscripción en el Registro de la Propiedad Industrial.

No existe, por otra parte, prueba alguna sobre relaciones entre la sociedad demandante y demandada que favorecieran el aprovechamiento del esfuerzo de diseño de la primera y no se da, en realidad imitación idónea para generar asociación por parte de los consumidores respecto a la prestación. Esta última conclusión se obtiene si se hace una lectura razonable y lógica del informe pericial practicado en el recurso de apelación que textualmente dice lo siguiente: <<que se observa que la blusa beige clara (fabricada por la demandada) es una copia de la blusa azul, aunque dicha copia no sale perfectamente igual al original, al entender, que la blusa beige está hecha «a ojo» e intentando copiar la blusa copia, no estando igual los hombros, puesto que no tienen la misma distancia, la largura de las mangas, el centro de la espalda, el tamaño de los escalones del cuello, aunque éstos son prácticamente iguales, existiendo las dos blusas rectas, ligeramente entalladas>>. Con estas manifestaciones del perito se hace de todo punto incomprensible la conclusión que extrae: <<existiendo una sustancial semejanza, y entendiendo que la blusa beige claro es una copia de la azul, siendo el escote de la blusa clara más pequeño del de la azul, aunque ésta sea una talla mayor, pero en conclusión, quiere manifestar, que resumiendo entiende que como toda copia, nunca sale igual que el original>>.

Para la estimación de los motivos alegados y consecuente casación de la sentencia recurrida, los razonamientos expuestos tienen en cuenta los contenidos en la Sentencia 5 junio 1997 (RJ 1997 4608), de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo que declara que al plantear el debate la demandante, hoy recurrida, desplaza el enfoque del «thema decidendi» desde la imitación a la confusión con mezcla de elementos fácticos con otros jurídicos, lo que obliga a esta Sala de casación a llevar a cabo un nuevo análisis comparativo, ya que si la identidad constituye cuestión puramente de hecho, la similitud o semejanza comporta conceptos jurídicos indeterminados que tienen que buscar su subsunción en las normas del derecho positivo. Para conseguir la máxima coherencia hermenéutica en el extenso casuismo inherente a la materia, pueden y deben de examinarse los elementos coincidentes y los discrepantes, pero sobre todos y cada uno de ellos ha de otorgarse lugar preferente al criterio que propugna una visión de conjunto, sintética, desde la totalidad de los

productos o prestaciones confrontados, sin descomponer su unidad final, prevaleciendo la estructura sobre los componentes parciales, sean éstos visuales o auditivos, gráficos o fonológicos. Pues bien, junto a tales pautas, ha de tenerse en cuenta que nuestro sistema económico parte del principio de libertad de empresa, libertad de competencia y funcionamiento concurrencial en el mercado, para que el consumidor pueda elegir el producto que más le interese, confrontando calidades y precios. Este principio se sedimenta en el artículo 11.1 de la Ley 3/1991, al permitir la imitación de prestaciones e iniciativas empresariales ajenas, para lo que atribuye libertad, salvo que tales prestaciones o iniciativas estén amparadas por un derecho de exclusiva reconocido por la Ley. Primero Se casa la sentencia dictada por la Sección 11 de la Audiencia Provincial de Madrid, de fecha 24 de mayo de 1996.>>

8. Caso Distribuidora Internacional de Alimentación DIA SA vs Bon Preu SA

A) Introducción

El asunto litigioso es la acusación de publicidad desleal de la empresa demandante DIA SA contra la demandada Bon Preu SA por un anuncio de esta que supuestamente realiza comparación denigratoria entre los servicios prestados por las entidades litigantes: imputación de falta de higiene en las instalaciones, deficiente estado de conservación y limpieza de las mismas: difusión manipulada para engañar al consumidor. El anuncio de la entidad demandada dice en catalan "amb la salut no s'hi val jugar"

El asunto llegó por la vía de los recursos al Tribunal Supremo (Recurso de Casación núm. 3794/1996), que en sentencia declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la entidad demandada frente a la Sentencia, de fecha 3-09-1996, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona. Dicha sentencia resolvió el recurso de apelación de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Vic.

En el este caso el Juzgador tiene oportunidad de pronunciarse sobre un caso de publicidad comparativa, habiendo coincidencia en todos los casos de considerar que esta publicidad comparativa era denigratoria. Es coincidencia en todos los ámbitos judiciales en que se ha visto esta demanda el reconocimiento de la publicidad comparativa como legal, en sintonía con el derecho positivo. Pero si no se reconoce como lícita es porque los Juzgadores estiman que el demandado y condenado no ha demostrado la verdad de sus afirmaciones. Como sabemos el requisito de la veracidad es común a todo tipo de publicidad y más en el caso de la publicidad comparativa. Por otro lado el Tribunal también entra a analizar la <<exceptio veritatis>> del art. 10 LCD, pero no la aplica porque considera que las afirmaciones sobre los supuestos hechos comparados faltan a la verdad, al no acreditar el demandado la falta de limpieza de las instalaciones del actor. El Juzgador estima que hay una manipulación de la noticia y una extemporaneidad.

B) Sentencia estimatoria de la demanda de AP

Reproducimos la sentencia referida: <<Los antecedentes de hecho son los siguientes: Primero: Ante el Juzgado de Primera Instancia número dos de Vic, fueron vistos los autos, juicio de menor cuantía, promovidos a instancia de la entidad Distribuidora Internacional de Alimentación, SA contra la entidad Bon Preu, SA, sobre indemnización por daños y perjuicios.

Por la parte actora se formuló demanda arreglada a las prescripciones legales, en la cual solicitaba, previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho, que se dictara sentencia por la que se declarase que la demandada había realizado publicidad ilícita, concretamente publicidad denigratoria y que, como consecuencia de ello, se condenase a Bon Preu, SA: 1º) A estar y pasar por la anterior declaración; 2º) A abstenerse en el futuro de difundir el anuncio, objeto del presente juicio; 3º) A retirar de sus establecimientos el mencionado anuncio; 4º) A publicar a su costa, totalmente, la sentencia que fuere dictada en el presente procedimiento, mediante un anuncio difundido en un periódico con difusión a nivel nacional y en otro con difusión en la Comunidad Autónoma de Cataluña; 5º) A indemnizar a DIA los daños y perjuicios ocasionados, a

determinar en ejecución de sentencia, incluyendo los daños morales; 6º) A satisfacer las costas en el presente procedimiento.

Por el Juzgado se dictó sentencia con fecha 22 de mayo de 1995, cuya parte dispositiva es como sigue: «Que estimando la demanda interpuesta por el Procurador don Mariano C. C. en nombre y representación de Distribuidora Internacional de Alimentación, SA, contra Bon Preu, SA, debo declarar y declaro que la demandada Bon Preu, SA, ha realizado actos de publicidad denigratoria y debo condenar y condeno a la referida demandada: 1º) A estar y pasar por la anterior declaración; 2º) A abstenerse en lo sucesivo de difundir el anuncio, recogido en el segundo fundamento de la presente resolución; 3º) A retirar del establecimiento sito en Calella, Calle Brugera núm. ..., el anuncio referido en el segundo fundamento de la presente resolución; 4º) A publicar a su costa la sentencia mediante un anuncio difundido en un periódico de difusión en España y en otro con difusión en Cataluña; 5º) A indemnizar a la actora de los daños y perjuicios causados, incluyendo los daños morales, a determinar en ejecución de sentencia. Todo ello con imposición de la costas procesales a la demandada».

Segundo: Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación que fue admitido y, sustanciada la alzada, la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimoquinta, dictó sentencia con fecha 3 de septiembre de 1996, cuyo fallo es como sigue: «Que, con desestimación del recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Bon Preu, SA, contra la sentencia de fecha 22 de mayo de 1995, dictada por el señor Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Vic en autos de menor cuantía núm. 416/1994, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, haciendo expresa condena de las costas de esta alzada al apelante».

Fundamentos de derecho: Primero: El denominado «único» motivo del recurso, denuncia, sin designación del cauce impugnatorio, la infracción, por la sentencia recurrida, del artículo 9 LCD o del art. 6º apartados a) o c) LGP. Por vulneración de su conducta comercial, originada por el anuncio que mandó insertar en el bisemanario comarcal «El 9 nou», publicado el 8 de julio de 1994,

en relación con el «establecimiento» de la empresa demandante, en las previsiones del apartado a) del artículo 6 de la Ley de Publicidad y, que tras el reclamo «amb la salut no s'hi val a jugar», en el mensaje publicitario Bon Preu SA, compara su propia actuación con la demandada, en términos que constituyen «paradigma de publicidad comparativa, denigratoria». A este resultado llega el Juzgador, después, de haber analizado las características del anuncio, su formato, con referencia al tamaño de las letras y, por tanto, al resultado de lo que estimaban pautas importantes del mensaje y sus contrastes, y finalmente, sus contenidos que remarcan las diferencias entre unos servicios, los de la demandada, modelos de controles de identidad y, otros, los de la demandante que coinciden en la falta de higiene de las instalaciones que lo prestan, y deficiente estado de conservación y limpieza de las mismas. Asimismo, la sentencia recurrida que se hace eco de la cuestión que se plantea, respecto de la «exceptio veritatis», admitida expresamente como enervatoria de la acción respecto de los actos de competencia desleal denigratoria, y silenciada, no obstante, por el precepto que aplica, rechaza el supuesto problema, ya que: a) falta a la veracidad la reproducción de datos o hechos aún ciertos cuando es parcial o sesgada; b) la ambigüedad del anuncio induce fácilmente al consumidor a creer en la permanencia del cierre el día de difusión del mismo -en el único lugar en que se refleja la reapertura es al final de la tercera columna de la noticia reproducida en diminuta grafía en la mitad izquierda de la parte cuarta del anuncio-; c) la difusión de la noticia devino extemporánea -el anuncio se inserta en la edición de 8 de julio de 1994 cuando el cierre tuvo lugar el 24 de mayo-; y d) a la pertinencia del tratamiento de la noticia no es indiferente la descontextualización geográfica. Repárese, por ello, en que la indicada discrepancia de la parte con la calificación pedida no puede combatirse de modo meramente voluntarista, pues tanto los datos que se fijan como probados como los juicios sobre los hechos, apoyados en máximas de experiencia que, en definitiva componen unos criterios globales que forman la convicción judicial son inmunes a la casación al no incidir en ninguna violación normativa. Ni siquiera la recurrente impugna, con razonamientos, el concepto jurídico referente a la subespecie -así catalogada por la Sala «a quo»- de publicidad comparativa denigratoria, que, en verdad, es publicidad desleal conforme a la letra a) del artículo sexto, productora por su contenido de

denigración, aunque a ella se llegue por comparaciones no necesariamente comprendidas en la publicidad comparativa de la letra e) del citado precepto.

Segundo: Del mismo modo, tampoco puede considerarse inadecuada la calificación del segundo de los hechos probados, esto es, la colocación el 25 de julio del cartel a que se refiere el fundamento jurídico séptimo de la sentencia recurrida. La publicación de la noticia, según consta en el cartel, constituye un supuesto de difusión de manifestaciones sobre la actividad de un tercero aptas para menoscabar su crédito en el mercado, prevista en el artículo 9 de la Ley 3/1991, que, caracterizada por el sujeto y finalidad, debe situarla, en el artículo 6.a de la Ley de 11 de noviembre de 1988. La manipulación que deriva tanto de la falta de veracidad fruto de la utilización sin matices del presente de indicativo y sin indicación de la fecha del cierre, la extemporaneidad de la noticia y la omisión de los datos posteriores complementarios -no secundarios- de la noticia -en concreto de la reapertura de las instalaciones-, implícitamente reconocida por la propia recurrente al pretender fue subsanada no puede entenderse neutralizada por la difusión de la integridad de la noticia -a la que la recurrente pretende atribuir unos efectos similares a la publicidad correctora-, ya que: a) si por un lado resulta indiferente a su extemporaneidad; b) por otro deviene insuficiente para destruir los efectos nocivos del mensaje publicitario denigrante, que tan sólo cabe concluir, lógicamente, que se difundió manipulado precisamente para engañar al consumidor. Por todas las razones que se explicitan, procede la desestimación del único motivo.

Fallamos. Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la entidad Bon Preu, SA, contra la sentencia de fecha tres de septiembre de mil novecientos noventa y seis dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimoquinta, en autos, juicio de menor cuantía número 416/1994 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número dos de Vic por la entidad Distribuidora Internacional de Alimentación, SA contra la entidad recurrente...>>.

9. Colegio de Gestores Administrativos de Valencia vs Banco Herrero SA

A) Introducción

En este caso se vuelve a plantear el tema del alcance de la publicidad comparativa y su confusión con la denigración. El Tribunal con acierto reconoce la importancia de la publicidad comparativa y su función de cara a proporcionar información a los consumidores, no declarando que signifique desprestigio para la parte comparada, teniendo en cuenta la percepción del consumidor medio, la publicidad comparativa realizada por la parte demandada. Es la comparación hecha en términos objetivos y sin carácter denigratorio, puesto que en ningún momento alega que la competencia gestione mal, lo que inclina al Tribunal a rechazar la petición de la actora y reafirma la desestimación de la demanda.

La AP de Asturias resolvió por Sentencia de fecha 18-02-1998 la apelación de la sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Oviedo de 29 de julio de 1997, el cual estimó la demanda del Colegio de Gestores Administrativos de Valencia contra la entidad Banco Herrero SA.

El motivo de la demanda era considerar como denigratoria la publicidad comparativa de la empresa demandada. Se trataba de una campaña emprendida por la entidad bancaria demandada para promocionar planes de pensiones. La sentencia en 1ª y 2ª Instancia desestimó la demanda en cuanto no estimaba que hubiera publicidad denigratoria ni desprestigio de los gestores administrativos y sus colegios profesionales.

B) Sentencia AP desestimatoria de la demanda

Veamos el texto de la sentencia de AP más significativo, a través de los Fundamentos de Derecho: <<Primero. Se ejercita en la demanda rectora de este procedimiento acción tendente a obtener la declaración de ser «... ilícita la publicidad contenida en los folletos relativos a la promoción de los planes de pensiones del "Banco Herrero" ... por ser de naturaleza engañosa y desleal,

dado que provoca el descrédito o menosprecio injustificado de la profesión de los Gestores Administrativos, condenando a la demandada a estar y pasar por tal declaración, y a rectificar el contenido de dicha publicidad mediante la publicación, total o parcial, a su costa de la sentencia estimatoria de la demanda...», pretensión a la que se opuso la entidad demandada negando la concurrencia del requisito de procedibilidad del previo requerimiento extrajudicial de rectificación exigido en el art. 27 de la Ley General de Publicidad (RCL 1988\2279), a la vez que invocaba las excepciones formales de falta de personalidad en el actor por no acreditar el carácter con que reclama y correlativa falta de personalidad en su Procurador, y, en cuanto al fondo, niega a la actora legitimación «ad causa» por ser ajeno a la actividad de los Gestores Administrativos, en cuyo nombre y representación actúa, la función de intermediación en la suscripción de planes privados de pensiones, así como, en todo caso, el carácter ilícito o desleal de la campaña publicitaria denunciada.

La sentencia de primera instancia tras rechazar las excepciones formales igualmente desestimó la acción deducida en la demanda por reputar que no concurría en la campaña de publicidad denunciada los presupuestos de engaño, ilicitud o menosprecio en que se basa la misma; pronunciamiento desestimatorio éste de fondo frente al que se alza exclusivamente el recurso de la actora al que no se adhirió la entidad demandada lo que provoca que hayan devenido firmes, por consentidos, los pronunciamientos rechazando las excepciones formales opuestas por la misma que además, en otro caso, habrían de ser confirmados por los propios y acertados razonamientos consignados en la recurrida que esta Sala comparte en su integridad.

Segundo. La denuncia de publicidad ilícita, con apoyo en los arts. 3, 5 y 6, apartados a) y c) de la Ley General de Publicidad, la basa el Colegio Profesional actor, en el hecho de que la campaña de publicidad, de ámbito nacional, emprendida por el «Banco Herrero» en el mes de diciembre de 1996 para promocionar sus planes de pensiones, induce a su juicio en error a los destinatarios del mensaje sobre la calificación de un competidor y provoca el descrédito, denigración o menosprecio de la actividad profesional de los

Gestores Administrativos y de los Colegios Profesionales que les representan, y ello por estimar que en el folleto publicitario de tal campaña se hace un paralelismo comparativo entre dos cartas enviadas, una por un Gestor Administrativo, y otra por el Banco demandado, claramente desfavorable y tendente a desprestigiar la intervención de los primeros en este ámbito de la suscripción de planes privados de pensiones.

En este punto, no existe discrepancia entre las partes respecto de la real existencia y contenido de la campaña de publicidad de ámbito nacional y, por ello, abarcando la zona de influencia del Colegio actor según la certificación obrante al folio 136 de las actuaciones. Tampoco puede existir duda alguna en orden a la legitimación activa *ad causam* del Colegio actor dado que está debidamente acreditado en autos el acuerdo de colaboración suscrito por el mismo con el Grupo Financiero del Banco de la Pequeña y Mediana Empresa en el año 1992, aún en vigor (cfr. certificación obrante al folio 143) cuya finalidad era, entre otras, la promoción y distribución por estos profesionales de los productos financieros de tal entidad (cfr. Pactos 3.º y 4.º folio 31), colaboración de la que deriva, al margen y con independencia de su posible ilicitud administrativa, la existencia en el citado de un derecho subjetivo o interés legítimo que es la cualidad exigida por el art. 25 de la Ley General de Publicidad para otorgarle legitimación para instar la presente acción.

Siendo ello así, la cuestión litigiosa a resolver por la Sala queda limitada a la de determinar si el contenido de la campaña publicitaria denunciada, vulneró o no lo establecido en los arts. 3 a 6 LGP, invocados como infringidos, pudiendo por ello ser calificada de ilícita, en cuanto resulta denigrante la comparación de los productos financieros anunciados con los ofertados por los Gestores Administrativos como se sostiene por la parte actora recurrente, y la conclusión a la que llega este Tribunal, compartiendo el criterio de la Magistrado de primera instancia es negativa.

En efecto, sabido es que la publicidad es el principal vehículo del que disponen las empresas para hacer llegar a los consumidores los caracteres

esenciales de sus productos o prestaciones a efectos de que los elijan entre otros existentes en el mercado de libre competencia.

Por ello, lo normal es que en todo mensaje publicitario exista, de manera más o menos explícita, dos puntos de referencia, la propia prestación o producto que se ofrece, que es la que debe ser elegida, y las demás con las que se pone en relación más o menos genérica, que debe ser rechazada.

De ello resulta, como viene significando la mayoría de la doctrina científica, que la publicidad comparativa, en el sentido de poner una cosa o producto frente a otra u otros, está presente en gran medida en los mensajes publicitarios. Práctica esta que «per se» no puede reputarse ilícita en nuestro derecho, bien que tanto la Ley de Competencia Desleal (RCL 1991\71) (arts. 6 y 10) como la Ley General de Publicidad [art. 6, c) invocado], por lo que aquí interesa, sometan su licitud a la concurrencia de determinados requisitos objetivos, aquí no discutidos, así como, en todo caso, prohíban las campañas de publicidad que, entre otros, por su contenido «provoquen descrédito, denigración o menosprecio directo o indirecto de una persona, empresa o de sus productos, servicios o actividades» [apartado a) art. 6 LGP] prohibición o límite este que es esencialmente el que se denuncia como infringido en este caso.

Ahora bien, una atenta lectura del folleto de publicidad denunciado, en la totalidad de su contexto, no permite concluir el carácter ilícito del mismo al no poder ser reputado como vejatorio o denigrante para la actividad de un Gestor Administrativo.

Tercero. En efecto, aun siendo cierto que en el mismo se contempla la intervención de un Gestor Administrativo, ello lo es, no como un competidor en cuanto intermediario en el mercado financiero, más concretamente en la oferta de planes de pensiones privados (actividad esta que no consta conociera la entidad demandada al no estar acreditado fuera de general conocimiento el convenio privado de colaboración en virtud del cual la desarrollaban los colegiados de Valencia), sino en su actuación más típica, que según el art. 1

del Decreto 424/1963, de 1 marzo (RCL 1963\503 y NDL 14969) por el que se promulgó su Estatuto Orgánico, posteriormente modificado por RD 606/1977, de 24 marzo (RCL 1977\747 y ApNDL 6846) no es otra que realizar ante la Administración toda clase de trámites que no requieren la aplicación de la técnica jurídica, más concretamente por lo que aquí interesa, la gestión de las pensiones del sistema de Seguridad Social, que es una de sus funciones más notorias y generalizadas.

De ello deriva que el móvil determinante a resaltar en la publicidad no sea la propia actividad de tales profesionales sino la diferencia de rentas que llegado el monto de la jubilación se obtiene, caso de suscribir el plan ofertado, como complemento de las pensiones públicas, con relación a estas últimas, empleando para resaltar gráficamente la mejor situación en que se encontraran los suscriptores del producto anunciado la figura del «as de oros» de la baraja española, frente al «as de bastos», que corresponde, no a quienes contraten el mismo producto financiero por intermediación de los actores, sino al potencial cliente que nos suscriba el plan ofertado en el sentido de verse en el futuro limitado a percibir la cuantía de la pensión pública.

En definitiva, y como conclusión, en el folleto publicitario denunciado, el paralelismo o análisis comparativo no se plantea en términos denigrantes o vejatorios para los Gestores Administrativos, por la sencilla razón de que en sí mismo considerado, desde la perspectiva de la percepción de un consumidor medio al que va dirigida la publicidad, no puede reputarse vaya encaminado a destacar vicios o defectos de la posible intervención de tales profesionales en una actividad concurrencial a la anunciada, sino por contra a contemplar la actividad de tales profesionales en cuanto encargados de realizar las gestiones ante la Administración para el pago de las pensiones públicas, de ahí que no pueda reputarse propiamente exista comparación o confrontación denigrante para los mismos pues, por cuanto, se lleva razonado, el sentido figurado del as de bastos, «ir las cosas mal» se refiere, no a la elección en la intermediación el plan de pensiones de un Gestor Administrativo, sino al potencial cliente que llegada la edad de jubilación se conforma con percibir exclusivamente las pensiones del sistema público de Seguridad Social lo que lleva a rechazar que

tal folleto contenga actos de degradación de competidores que es, en definitiva, lo prohibido por la ley>>.

10. Cía. de Servicios de bebidas refrescantes SA y Coca-Cola de España SA vs Pepsi-Cola de España SA⁵⁴⁶

A) Introducción

En este caso se asiste a muestra más del conflicto entre dos grandes empresas de refrescos, con el resultado contradictorio de estimación de la demanda en primera instancia y desestimación en segunda instancia. Destaca la reafirmación del Tribunal en la validez de la publicidad comparativa y testimonial, descartándose la existencia de publicidad engañosa.

La parte demandante Coca-Cola SA interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 44 de Madrid por publicidad ilícita y desleal contra la empresa Pepsi Cola España SA.

En 1ª instancia la demanda fue estimada. Apelada, la AP de Madrid declara haber lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte demandada.

El objeto de la demanda era un anuncio de la demandada emitido en distintas cadenas de televisión. Por la parte demandada se alegaron las excepciones de falta de legitimación activa y falta y de litis consorcio pasivo necesario; y en cuanto al anuncio publicitario en sí, se negó su carácter ilícito y desleal. Ante la sentencia estimatoria de la demanda planteada se alza en apelación la entidad demandada manteniendo en esta segunda instancia únicamente la última de sus alegaciones.

La STS de 24 de febrero de 1997 resuelve en sentido negativa el recurso de casación, estimando que no se ha producido denigración.

B) Sentencia de AP de Madrid

Reproducimos los Fundamentos de Derecho de dicha sentencia.

<<Tercero. La acción que ejercita la parte demandante y en base a la cual se atribuye a la demandada la realización de un acto de competencia desleal y de publicidad ilícita, tiene su apoyo tanto en la Ley 34/1988, de 11 noviembre (RCL 1988\2279), General de Publicidad, como en la Ley 3/1991, de 10 enero (RCL 1991\71), de Competencia Desleal, y todo ello en relación al anuncio publicitario de la bebida refrescante Pepsi-Cola emitido por cuenta de la demandada en las cadenas de televisión públicas y privadas españolas. No existe discrepancia entre las partes respecto del hecho de la emisión del anuncio y su identificación, surgiendo la controversia sobre el alcance de su contenido en orden a la vulneración o no de lo establecido en la reseñada legislación, y de manera concreta sobre la concurrencia o no de un supuesto de publicidad ilícita por su carácter comparativo, denigrante y engañoso respecto de la bebida refrescante elaborada por la actora. El anuncio en cuestión, que consta grabado en las cintas de vídeo aportadas a los autos, y del mismo modo obra en autos el denominado «Story board» o guión del mismo según su emisión, consiste en la actuación de un cantante de música moderna, denominada «rap», llamado M. C. Hammer, que consume durante un concierto o festival ante numeroso público la bebida refrescante Pepsi-Cola; en un instante determinado una voz en off anuncia el cambio de la bebida que consume por «otro refresco de cola»; en el momento en que el cantante protagonista del anuncio bebe de un vaso color blanco sin ningún tipo de distintivo o referencia, cambia de manera brusca el ritmo de su actuación abandonando la trepidante música rap, comenzando a entonar una canción melódica ante el desconcierto del auditorio, hasta que uno de los espectadores le lanza un bote de Pepsi, probando su contenido M. C. Hammer y volviendo de nuevo a la interpretación del rap, finalizando el anuncio con la frase «Pepsi es lo de hoy». La parte actora sostiene que ese anuncio televisivo contiene una referencia expresa a la bebida Coca-Cola desde el instante en que dadas las cuotas de mercado en la distribución de refrescos de cola similares, esta marca abarca aproximadamente el 80% del mismo; existiendo además otra referencia

⁵⁴⁶ SAP de Madrid de 8 de marzo de 1993. Aranzadi. www.westlaw.es, [consulta 6-5-2003].

implícita en la canción melódica que el cantante interpreta después de beber «el otro refresco de cola», empleando la palabra inglesa «feeling», que la demandante traduce por «sensación», precisamente la empleada por esta marca en sus anuncios publicitarios como slogan. Tales contenidos configuran a juicio de la entidad actora supuestos de publicidad comparativa denigrante y engañosa para su marca, y entran dentro del concepto general de ilicitud que recogen los arts. 3 y 6 de la Ley General de Publicidad, y a su vez determinan la calificación de desleal en la competencia con dicha marca de su oponente en virtud de lo establecido en los arts. 9 y 10 de la Ley de Competencia Desleal.

Cuarto. La cuestión litigiosa queda por tanto en el presente caso reducida a la determinación de si concurren o no tales supuestos en el anuncio emitido por cuenta de la demandada, y al respecto, y en el punto de la publicidad comparativa, el art. 6-C de la Ley General de Publicidad determina que es publicidad desleal y por tanto ilícita (art. 3), la publicidad comparativa cuando no se apoye en características esenciales, afines y objetivamente demostrables de los productos o servicios, o cuando se contrapongan bienes o servicios con otros no similares o desconocidos, o de limitada participación en el mercado. La publicidad comparativa es aquella mediante la cual el anunciante contrapone la propia oferta a la del competidor con la finalidad de demostrar la inferioridad de los productos ajenos frente a los propios. Tal género de publicidad no está en principio prohibida en nuestro derecho, salvo en los supuestos que recoge el citado art. 6.c) de la Ley General de Publicidad. Tampoco la Directiva 84/450/CEE (LCEur 1984\540), contiene referencia alguna a la ilicitud de la publicidad comparativa regulando sólo aquella que se conceptúa como engañosa. Por otro lado doctrinalmente la modalidad de publicidad comparativa se configura como un mecanismo válido para que nuevas marcas, o marcas con cuotas de mercado inferiores se abran paso frente a las que están más consolidadas y acaparan cuotas de mercado muy superiores, planteándose un conflicto en último término entre el interés del anunciante, el del competidor que es aludido, y el del consumidor. Desde este punto de vista la publicidad comparativa en realidad generaría una mayor transparencia en el mercado y una mayor información sobre los productos, con mejores facultades y garantías de elección para el consumidor. En el presente

caso, no existe en el anuncio examinado referencia expresa alguna del anunciante Pepsi-Cola a su competidora Coca-Cola, y sí una mención a «otro refresco de cola», que la actora identifica consigo misma dada su amplia cuota de mercado, pero de ello no puede inferirse que exista una comparación entre ambas marcas, si no es desde la propia posición subjetiva de la demandante. Pero es que además la comparación resultaría absolutamente ingenua e inocua, enmarcada como está en el contexto de un anuncio dirigido eminentemente al público juvenil en el ámbito de un concierto musical, en el que el cambio de bebida comportaría a su vez el increíble cambio de estilo musical. Tal comparación, si es que realmente puede llegar a ser considerada como tal, no tendría entidad suficiente para destacar vicios o defectos de la marca comparada respecto de la anunciada, configurando más bien una exageración publicitaria mediante la amplificación casi absurda de los efectos de un cambio de bebida refrescante. El anuncio en cuestión constituye lo que la doctrina denomina un caso de publicidad testimonial, en el que un famoso cantante manifiesta su preferencia por una marca concreta frente al resto de los existentes en el mercado, pero sin realizar una comparación, confrontación o equiparación real y efectiva con ninguna otra marca.

Quinto. Sostiene por otro lado la actora que el anuncio emitido por la firma Pepsi-Cola es denigrante para su marca y además es engañoso, incidiendo por tanto por partida doble en la prohibición genérica de la publicidad ilícita de la Ley General de Publicidad y constituyendo competencia desleal a tenor igualmente de lo establecido en la correspondiente legislación especial, es decir se trata de una publicidad que por su contenido, forma de presentación o difusión provoca el descrédito, denigración o menosprecio directo o indirecto de una persona, empresa o sus productos, servicios o actividades. Del mismo modo induciría a error o engaño a sus destinatarios, siendo en este caso capaz de perjudicar a un competidor. Al respecto debe considerarse que el contenido del anuncio se desarrolla en un concierto de música moderna, donde lo que más se destaca, amén de la actuación del cantante-protagonista M. C. Hammer, es una situación juvenil, alegre y desenfadada, en la que se opera una transformación del citado cantante al consumir otro refresco de cola en lugar del de Pepsi-Cola que estaba tomando, comenzando a cantar una

antigua y conocida canción melódica que si bien es cierto que provoca el desconcierto de sus seguidores, simplemente lo es por el cambio de modalidad musical, absolutamente fuera de lugar, pero sin que se contenga remisión alguna denigrante o perjudicial para los otros refrescos de cola, ni tampoco elemento de engaño alguno, dado precisamente lo exagerado del resultado que lo que viene a significar es que la bebida anunciada es una bebida moderna y juvenil sobre la base de los gustos personales de un cantante famoso, ídolo de esa misma juventud. No existe engaño desde el instante en que el cambio operado en la personalidad del cantante no puede realmente obedecer al cambio de bebida, reflejando todo el anuncio una historia absolutamente inverosímil que precisamente por lo desorbitado del resultado no resulta creíble y no tiene entidad alguna para llevar a engaño o confusión al público receptor de la misma. Mantiene la actora que la expresión de la palabra inglesa «feeling», que el cantante utiliza al operarse el cambio de ritmo musical, contiene una referencia implícita a la marca rival desde el momento en que esa misma palabra forma parte del slogan utilizado comercial y publicitaria mente por esa marca. Tal alegación debe ser rechazada partiendo de la consideración de que la palabra inglesa «feeling» se traduce al castellano más correctamente por «sentimiento» y no por «sensación», y además y en segundo lugar, dado que el público al que se dirige el anuncio no es un público de habla inglesa, por lo que difícilmente puede producir el efecto que el demandante pretende»>».

C) Publicidad comparativa publicidad testimonial

El Fundamento Cuarto de la sentencia considera que mas que publicidad comparativa estriamos ante un caso de publicidad testimonial y una exageración publicitaria, sin embrago creemos que este es un caso de publicidad comparativa implícita y ello es así por la cuota de mercado de Coca Cola, que al mantener una posición dominante, cualquier referencia que se haga a una bebida de cola se entiende hecha a ella. No obstante creemos validez la publicidad comparativa realizada porque el que un cantante famoso realice el anuncio puede ser tenido como relevante para los consumidores y por tanto cumplir uno de los requisitos de publicidad comparativa.

También destaca la sentencia la licitud de esta modalidad de publicidad en nuestro derecho y las ventajas para permitir la entrada en el mercado de nuevos competidores, lo cual beneficia al consumidor. Como definición, el Tribunal dice: <<La publicidad comparativa es aquella mediante la cual el anunciante contrapone la propia oferta a la del competidor con la finalidad de demostrar la inferioridad de los productos ajenos frente a los propios>>. Donde falta la referencia a las dos clases de publicidad –la explícita y la implícita- que no debería de faltar en esta definición, pero resalta que la comparación es para demostrar la inferioridad de los productos ajenos frente a los propios, lo cual es un elemento totalmente necesario en una definición de esta publicidad.

Asimismo se destaca que no se produce falta de engaño y denigración en cuanto al cambio de aptitud del cantante lo es por el cambio de melodía. Además como ha señalado la doctrina toda publicidad comparativa conlleva necesariamente una denigración, lo que se prohíbe es que dicha denigración sea innecesaria.

11. Arrakis Servicios y Comunicaciones SL vs Centre Telematic Valencia SL (C.V.T.)

La presente sentencia resuelve un caso de supuesta publicidad desleal, estimando parcialmente la demanda interpuesta por Arrakis Servicios y Comunicaciones SL contra Centre Telematic Valencia SL (C.V.T.).

La AP de Alicante dictan sentencia en apelación contra la sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 5 de Benidorm de 24 de marzo de 1.999; sentencia, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que debo estimar y estimo parcialmente la demanda interpuesta por Arrakis Servicios y Comunicaciones, SL contra Centre Telematic Valencia, SL (C.V.T.):

1.- Se declara que la demandada Centre Telematic Valencia, SL. ha incurrido en publicada ilícita con la inserción publicitaria en la revista Netmania del mes de junio de 1.997, y en la página Web de Internet desde Abril de 1.997 al 23 de junio de 1.997, y el día 8 de Septiembre de 1.997.

2.- Se declara la deslealtad del acto realizado por Centro Telematic Valencia SL consistente en la publicación o inserción publicitaria del texto relativo a la calidad de los proveedores de Internet.

3.- Se condena a Centre Telematic Valencia, SL. a) A estar y pasar por las anteriores declaraciones. b) A cesar, en su caso, la publicidad ilícita en cualquier medio que se haya podido insertar. c) A que sea publicada a costa de la demandada, total o parcialmente, la presente sentencia, mediante anuncios en la prensa escrita y en la página Web de Internet. d) Al pago de la indemnización de daños y perjuicios sufridos por la actora, que se liquidará en ejecución de sentencia. Fundamentos de derecho

Primero.- Para la resolución del presente recurso puede y debe tenerse aquí por incorporada, para no incurrir en inútiles repeticiones, la fundamentación jurídica de la sentencia apelada en lo que no se oponga a la que se pasa a exponer para contestar a las concretas cuestiones que han sido planteadas en esta alzada. En particular y por lo que se refiere a la apelación principal deducida por la parte demandada, CTV, SL, el debate se centra en determinar si por la parte actora, Arrakis SL se ha demostrado que los actos de publicidad realizados a instancias de la hoy apelante en su página Web de Internet entre los meses de abril a septiembre de 1997 y en la revista Netmania del mes de junio del mismo año deben ser reputados publicidad comparativa ilícita, como concluye la resolución dictada en primera instancia o, por el contrario y como sostiene la parte recurrente, cumplen los presupuestos legales que legitiman la referencia al resultado de la confrontación de los productos o servicios propios con los de un competidor. Se insiste al efecto y con apoyo en el informe pericial que obra en el rollo de apelación, en la veracidad de los mensajes publicitados y se llama la atención sobre las especiales características de los soportes que han servido a su difusión así como del sector de consumidores o usuarios a que van dirigidos.

Segundo. La Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad en su artículo 3 establece que es ilícita la publicidad engañosa (apartado b) y la

publicidad desleal (apartado c). El artículo 4 define la publicidad engañosa como aquella que de cualquier manera, incluida su presentación, induce o puede inducir a error a sus destinatarios, pudiendo afectar a su comportamiento económico, o perjudicar o ser capaz de perjudicar a un competidor. El artículo 6 dice que es publicidad desleal la que por su contenido, forma de presentación o difusión provoca el descrédito, denigración o menosprecio directo o indirecto de una persona, empresa o de sus productos, servicios o actividades (apartado a) y la publicidad comparativa cuando no se apoye en características esenciales, afines y objetivamente demostrables de los productos o servicios, o cuando se contrapongan bienes o servicios con otros no similares o desconocidos, o de limitada participación en el mercado (apartado c).

Debe partirse, en efecto, a tenor del artículo 6 c) y cual se alegaba también por la parte apelante, de un principio general de licitud de la publicidad comparativa por constituir la misma una fuente de información útil a los consumidores para la formación de sus preferencias y adopción de decisiones, aportando competitividad, transparencia y libertad en el tráfico mercantil. Partiendo de este principio inspirador y de la interpretación sistemática de la regulación en nuestro Derecho de las prácticas de publicidad, y en particular de los presupuestos de objetividad o neutralidad que contempla de modo específico el precitado artículo 6 c) y de la definición de publicidad engañosa que, hemos visto, contiene el artículo 4 como una manifestación de publicidad ilícita prohibida, puede afirmarse como sostiene autorizada doctrina, que el fin de todas las prohibiciones en esta materia es el mismo y se basan en idéntico requisito genérico de verdad de los datos y juicios de valor emitidos, en sus manifestaciones concretas de prohibición de inducción a error, omisión engañosa o que induce a error de datos, confusión engañosa o inductora de errores de los consumidores, referencia engañosa o que induce a error y comparación subjetiva o engañosa.

Ciertamente y como se expresa en la sentencia de fecha 22 de marzo de 2000 dictada por la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, para decidir sobre la legalidad de un mensaje publicitario es necesario, previamente,

identificar al tipo o categoría de destinatario a que alcanza. Se ha dicho, con razón, que no puede afirmarse el carácter engañoso de un anuncio de un modo abstracto o genérico, sin tener muy presente a que tipo de personas se dirige, a fin de conocer la interpretación que las mismas den al mensaje. Sólo si se ha delimitado el círculo de destinatarios se puede precisar de manera adecuada la interpretación que éstos dan al mensaje en cuestión. Los mensajes han de ser calificados como desleales no por la intención de quienes los difunden, sino por la impresión que causan en los destinatarios en su conjunto. Por lo tanto, esa calificación se ha de efectuar sin descomponer o separar las distintas partes del mismo, para dotarles de una autonomía de la que carezcan. Y en la valoración se han de rechazar criterios estrictamente literales o gramaticales, para atender, como se ha dicho, al significado que el público destinatario le atribuya.

Tercero. Pues bien, partiendo de las expuestas directrices y ponderando cuantos elementos de juicio resultan de lo actuado en el proceso y han de tenerse presentes para dilucidar si la publicidad realizada por CTV, SL. era engañosa en su función informativa a los consumidores y desleal para con su competidora, Arrakis SL o por el contrario debe ser conceptuada como una práctica confrontativa lícita, la conclusión que se obtiene es que, efectivamente, los mensajes publicitarios denunciados inducen a equivoco sobre la cualidad del servicio comparada y ofertada y provocan con ello un desprestigio injusto de la actividad empresarial de la demandante. Y así debe afirmarse a la vista del contenido de la publicación insertada en la página Web en Internet que tras encabezar el comunicado haciendo referencia a los resultados de un "informe de calidad de proveedores" y con la excusa de su inserción de forma extractada se omiten o se ocultan datos tan relevantes como que:

a) en el texto no publicado del informe aludido se hace expresa advertencia sobre la relatividad y variabilidad de los resultados obtenidos, de cuya circunstancia se tiene también constancia a partir de las conclusiones, bien distintas, obtenidas de otros estudios comparativos unidos a las actuaciones y aportados tanto por la parte actora (documento 9 de la demanda), como por la propia demandada (documento 1 traído en periodo

probatorio), y de la que se deduce, a priori, la inidoneidad de la fuente de referencia empleada para sentar conclusiones objetivas y definitivas sobre la calidad de los proveedores contrastados.

b) la velocidad de conexión con Internet es el único parámetro analizado en dicho estudio y que no han sido evaluadas ni consideradas otras varias prestaciones o cualidades propias de un proveedor de Internet, tales como la capacidad del correo electrónico, los servicios de juegos o de videoconferencia, las condiciones de la atención al público, etc. cuya valoración y junto al de la velocidad de transmisión de páginas Web, pueden ser de interés para los usuarios de la red y que en todo caso y por razones semánticas, válidas y operantes incluso en el espacialísimo lenguaje informático, se podía entender comprendidas en el objeto de un estudio de "calidad"; lo que se afirma tras el examen del dictamen pericial unido a las actuaciones en esta segunda instancia y tras considerar que no obstante la importancia que en el mismo se da al valor de la velocidad en el servicio prestado por un proveedor de Internet, la equiparación que en los comunicados de CTV, SL. se hace entre "calidad" y "velocidad" es incorrecta y engañosa y al ser otros varios los servicios y las prestaciones que se ofertan y demandan de este tipo de empresas, como así informó el perito judicial que intervino en la primera instancia y como así se desprende de la observación directa de las diversas revistas que han sido aportadas a los presentes autos y del contenido de los mensajes publicitarios usualmente emitidos por aquéllas para anunciarse. c) los calificativos de "el mejor" y el peor" que, respectivamente, se atribuyen a las entidades CTV, SL y Arrakis SL y con los que se informa del resultado de dicho limitado informe, deben ser interpretados, en realidad, como "el más rápido" y "el más lento", dejando imprejuizado cualquier otro módulo de calidad no sometido a examen.

Las anteriores imprecisiones, de efecto más acentuado aún en la categórica frase con que se compendia el informe en la publicidad aparecida en la revista Netmania, se estima, no se salvan por la mera referencia y mediante el empleo de abreviaturas (ms) a la velocidad arrojada por los proveedores aludidos, dada la expresa titulación del estudio como "informe de calidad" y el claro y genérico significado cualitativo de los adverbios que se predicán de las

dos empresas contrastadas y en tanto en cuanto, como se ha apuntado, la palabra " velocidad " no aparecen ningún pasaje del texto publicado en Internet menos aún en el escueto mensaje de la revista) y porque, en todo caso, y aún para los ya "expertos" en los tecnicismos y específicos valores de la informática, la simbólica alusión a la cifra de la velocidad, entre paréntesis y detrás de los superlativos " el mejor " y el peor ", de semántica más amplia, se entiende, puede ser confusa y plantear dudas en cuanto a si la cita de la medida es a título ejemplificativo de la calidad anunciada o, por el contrario, tiene carácter especificativo y la función de concretar " la calidad" comparada, impidiendo, en definitiva, alcanzar un conocimiento cierto y claro de cuál es el verdadero criterio atendido para la emisión de dicho informe.

Cuarto. La anterior conclusión, en todo caso, se sienta valorando el impacto que en un público ya "iniciado" en el complejo mundo de Internet y de la informática haya podido producir el acceso y lectura tanto de la página web como de la revista que sirvieron de soporte a la polémica publicidad, a quienes, prima facie, ciertamente, pudiera circunscribirse la condición de destinatarios de las publicaciones en cuestión. Sin embargo debe tenerse en cuenta que la esfera de servicios en que se publicita la demandada está teniendo una progresiva implantación y demanda entre en el gran público que, bien por necesidades reales (y en la medida en que el uso de) servicio se generalice serán ya entonces las que lo motiven), bien por necesidades inducidas o creadas por intereses ajenos, ya están sintiendo que dicha nueva vía de comunicación debe formar parte de su vida cotidiana. Y no cabe duda que este nuevo sector de consumidores o usuarios de la red, y dada precisamente la alta especialización de la técnica informática, también necesita, busca y se procura información, bien de forma directa de medios de publicación como los que son objeto de litis, bien recabando la opinión de quienes son consumidores más habituales de los mismos, siendo así entre aquéllos, además, es más acentuado el riesgo de obtener una información equivocada de los servicios publicitados, como para la actora lo ha sido el de ser etiquetada, como la " peor oferta " en el mercado, conclusión que, según se ha visto no se habría obtenido de una confrontación verídica, objetiva y completa de los productos o servicios comparadas en los mensajes publicitarios, sino sesgada, engañosa y de

efectos denigratorios para la competidora, cuya demanda, por ello, debe concluirse, justo era estimarla en los términos que recoge la sentencia apelada.

Fallamos: Con desestimación del recurso de apelación interpuesto por "Centre Telematic Valencia SL" frente a la sentencia dictada en fecha 24 de marzo de 1999 por el Juzgado de Primera Instancia Número Cinco de Benidorm dictada en los presentes autos y desestimando asimismo la adhesión a dicho recurso deducida por "Arrakis Servicios y Comunicaciones SL." debemos confirmar y confirmamos en todos sus pronunciamientos la resolución apelada".

12. Fundació Familiar Catalana vs Moar Associats SL

A) Introducció

En este caso la sentencia de AP de Barcelona de 27 de julio de 2000 resuelve desestimando la demanda y estimando la licitud de la publicidad comparativa dirigida a captar clientes de la actora Fundació Familiar Catalana y declara la ausencia de menoscabo al crédito del actor. El razonamiento del Tribunal para desestimar la demanda es que la actora no ha probado que lo afirmado por la parte demandada relativo a precios más bajos sea falso. También es cierto que el Tribunal tenía la potestad de exigir a la demandada, por inversión de la carga de la prueba, que probara el contenido veraz de su publicidad, pero aunque el Tribunal no lo hizo, tampoco lo solicitó la actora.

La Audiencia declara haber lugar a los recursos de apelación interpuestos por la entidad demandada «Moar Associats, SL» contra la Sentencia de fecha 30-3-1998, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 13 de Barcelona, revocándola en el sentido expuesto en los fundamentos jurídicos de la presente Resolución.

Vistos, en grado de apelación, ante la Sección Quince de esta Audiencia Provincial de Barcelona, los presentes autos de juicio de menor cuantía núm. 1006/1996, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 13 de

Barcelona, promovidos por la fundación privada Fundación Familiar Catalana, representada por el Procurador D. Ricard S. P., contra D. Lino M. M. y la mercantil Moar Associats SL, representados por la Procuradora Nieves H. U., los cuales penden ante esta Audiencia en virtud de los recursos de apelación interpuesto por Fundación Familiar Catalana y por D. Lino M. M., habiéndose adherido la mercantil Moar Associats SL contra la sentencia de fecha 30 de marzo de 1998, dictada en los expresados autos.

B) Sentencia desestimatoria de la AP de Barcelona

Reproducimos la parte mas importante de la sentencia para su estudio. <<Antecedentes de hecho. Primero. La parte dispositiva de la Sentencia apelada es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que desestimo la demanda formulada por el Procurador Sr. S. P., en nombre y representación de Fundación Familiar Catalana, contra Don Lino Antonio M. M. y la mercantil Moar & Associats SL, declarando no haber lugar a la misma, procediendo absolver como absuelvo a los demandados, sin hacer expresa condena en costas".

Fundamentos de derecho. Primero. Contra la sentencia que desestima sin imposición de las costas de la primera instancia, la demanda interpuesta por la actora al amparo de la Ley de Competencia Desleal, recurren todas las partes litigantes: la demandante para interesar una sentencia condenatoria; las codemandadas para obtener la condena de la contraria en las costas de la primera instancia.

Razones sistemáticas son determinantes de que examinemos en primer término el recurso de la actora ya que, de ser estimada la demanda, los recursos de las demandadas estarían abocados al fracaso.

Antes de entrar en el análisis de los diferentes motivos de apelación, conviene significar que la controversia quedó correctamente planteada en la primera instancia: la cuestión a decidir es si D. Lino Antonio M. M., Profesor de la Academia Cots y Director del departamento de Ciencias Económicas y Empresariales, incurrió en competencia desleal al fundar una academia propia

que explota bajo la forma mercantil de la sociedad codemandada Moar y Associats SL.

Segundo. No es cuestionable la licitud en abstracto de la actuación descrita, ya que, como expresa la Exposición de Motivos de LCD, la finalidad de la norma, el mantenimiento de mercados altamente transparentes y competitivos, no tolera que las prácticas concurrenciales incómodas para los competidores puedan ser calificadas, simplemente por ello, de desleales, lo que ha de conducir, en aras a los principios constitucionales de libertad de empresa y de competencia (art. 38 CE), en relación con el derecho a la libre elección de profesión u oficio y a la promoción a través del trabajo (art. 35.1 CE), a que la sociedad demandante no pueda impedir que un empleado suyo deje su trabajo y desarrolle una actividad semejante, para la que precisamente estaba profesionalmente preparado (en este sentido, STS 11-10-1999).

Lo discutible es si para la puesta en marcha de la academia se ha valido de medios de captación de profesorado y clientela susceptibles de ser calificados de desleales.

En la vista de la apelación la recurrente ha centrado la impugnación de la sentencia en la deslealtad de tres concretos comportamientos consistentes en:

1) ponerse en contacto con antiguos alumnos con infracción de lo dispuesto en el artículo 5 LCD.

2) en la inducción a los docentes para la ruptura de sus contratos con la demandante violando lo previsto en el artículo 14.2 LCD.

3) en la comparación de precios con trasgresión de lo previsto en el artículo 10 LCD.

Tercero. El mercado es una institución viva, en constante evolución y sujeta a constantes cambios, por lo que resulta imposibles de prever todos los

futuros comportamientos de los agentes económicos en escenarios desconocidos, lo que impide definir con carácter cerrado todas las posibles conductas contrarias a la buena fe concurrencial. Por ello el artículo 5 de la Ley de 10 de enero de 1991, de Competencia Desleal, como cláusula e cierre del sistema, preceptúa que se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe, en forma similar a otros ordenamientos próximos -así el artículo 2598.3 del Código Civil italiano dispone la deslealtad de quien "si vale direttamente o indirettamente di ogni altro mezzo non conforme ai principoi della correttezza professionale e idoneo a danneggiare l'altrui azienda", y el 2 de la Ley suiza de 19 de diciembre de 1986 "est déloyal et illicite tout comportement ou pratique commerciale qui est trompeur ou qui contrevient de tout autre manière aux règles de la bonne foi et qui influe sur les rapports entre concurrents ou entre fournisseurs et clients".

Pues bien, en contra de lo sostenido por la demandante, en aquellas actividades en las que a las relaciones contractuales de los terceros con el empresario titular de la actividad, se superponen vínculos "intuitu personae" entre aquellos y las concretas personas que ejecutan las prestaciones en que la actividad consiste, la comunicación por éstos a la clientela del próximo cese o del que ya ha tenido lugar, debe entenderse amparada por el deber del empresario y el derecho de información de los consumidores, por lo que objetivamente no contraría las exigencias de la buena fe. Máxime en aquellas actividades como las de formación, en las que la relación profesor-alumno se erige con frecuencia en la de mayor importancia, pudiendo afirmarse que la fidelización en que consiste el clientelismo se establece entre aquél y éstos, al margen de la concreta estructura empresarial en que la enseñanza se desenvuelva; y 2) no se ha acreditado que la forma de la noticia fuese apta para menoscabar el crédito de la demandante en el mercado más allá de lo que el propio hecho del cese pudiera suponer, por lo que, aunque fuesen aptas para provocar tal indeseable efecto, la exactitud, verdad y pertinencia de la noticia, configurarían la "exceptio veritatis" que, como excepción a la regla general de deslealtad de la denigración, previene el último inciso del párrafo primero del artículo 9 de la Ley reguladora de la leal concurrencia.

Cuarto. La misma suerte ha de correr el segundo de los motivos de apelación toda vez que:

1) articuladas las relaciones de la demandante con los profesores del centro que posteriormente desarrollaron sus tareas docentes en la Academia de la demandada, como contratos de arrendamientos de servicios que quedaban extinguidos al finalizar cada curso, difícilmente puede afirmarse la inducción a la terminación regular de contratos, ya que no puede equipararse tal comportamiento con la oferta para contratar dirigida a quienes, por haberse extinguido el que les vinculaba con el competidor, carecen de vínculo jurídico que resolver; y

2) la oferta para captar clientes, proveedores, trabajadores, etc. en condiciones aptas. para inducir a la ruptura contractual, no constituye en sí misma una conducta desleal cuando no está cualificada por la irregularidad de los medios utilizados o la reprochabilidad del fin pretendido (art. 14.2 LCD).

Quinto. Previsto en el artículo 10 de la Ley de Competencia Desleal que se considera desleal la comparación pública de la actividad, las prestaciones o el establecimiento propios o ajenos con los de un tercero cuando aquélla se refiera a extremos que no sean análogos, relevantes ni comprobables -en fórmula que ofrece ciertas divergencias, el artículo 6 LGP, dispone la ilicitud de "la publicidad comparativa cuando no se apoye en características esenciales, afines y objetivamente demostrables de los productos o servicios con otros no similares o desconocidos, o de limitada participación en el mercado"-, para que la comparación entre prestaciones o contraposición de la propia oferta del bien o servicio de que se trate con la del bien o servicio de otro competidor, a fin de ganar cuota de mercado, exige: a) desde la perspectiva positiva que la comparación de las prestaciones se refiera a extremos análogos, relevantes y comprobables; y b) desde la negativa que no sea engañosa ni denigratoria.

Pues bien, la afirmación de que el nuevo centro es más económico, cumple holgadamente con la totalidad de los requisitos indicados, por lo que, al no haberse demostrado por la actora la inexactitud de lo afirmado, también

procede desestimar el tercero de los motivos de apelación -si bien el artículo 26 permite que el Juez requiera al demandado para que aporte las pruebas relativas a la exactitud y veracidad de las indicaciones o manifestaciones realizadas, en cuyo caso, de no ser aportada dicha prueba, el Juez podrá estimar que las indicaciones o manifestaciones son inexactas o falsas, no se opera una alteración general de la carga de la prueba; y en el presente caso no se ejercitó dicha facultad.

Séptimo. Consecuentemente con lo expuesto, procede desestimar el recurso interpuesto por la actora. >>

13. Caso Chicco Española SA vs Boehringer Mannheim SA

A) Introducción

En este caso el Tribunal sigue coherentemente la legalidad y la jurisprudencia asentada relativa a la licitud de la publicidad comparativa.

El Tribunal afirma que la publicidad comparativa no puede reputarse «per se» ilícita en nuestro derecho, pero se estima la demanda por estimar publicidad engañosa la utilización de imágenes y textos por la empresa demandada, distribuidora de otro tipo de chupete, que relacionan el uso de chupetes semejantes a los comercializados por la actora y sus efectos con la succión del dedo y sus efectos. El Tribunal relaciona la publicidad comparativa con las ventajas que proporciona a los consumidores y declara también compatibles y aplicables las dos leyes que regulan los actos de comparación (LGP y LCD).

La Audiencia Provincial de Barcelona desestima el recurso de apelación planteado por la entidad demandada «Boehringer Mannheim, SA», contra la Sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 30 de Barcelona, en autos de juicio de menor cuantía, confirmando dicha Resolución

b) Sentencia de AP de Barcelona

Reproducimos la parte de la sentencia referida a la publicidad comparativa. << Antecedentes de hecho. Primero. La parte dispositiva de la sentencia apelada es del tenor siguiente: «Fallo: Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por el Procurador señor G. M., en nombre y representación de Chicco Española, SA y desestimando la reconvención formulada por el Procurador señor R. C., en nombre y representación de Boehringer Mannheim, SA, debo declarar y declaro que la utilización de imágenes y/o textos que de cualquier manera relacione el uso de chupetes semejantes a los comercializados por Chicco Española, SA, bajo la denominación Cereza y Gota y sus efectos con la succión del dedo y sus efectos, constituye publicidad ilícita por engañosa y desleal y, en consecuencia, debo condenar y condeno a Boehringer Mannheim, SA a cesar definitivamente y abstenerse en el futuro de difundir publicidad en la que se relacionen los referidos chupetes y sus efectos con el dedo y sus efectos y asimismo a publicar la presente sentencia mediante anuncios en todos y cada uno de los soportes en los que se ha difundido su campaña publicitaria considerada ilícita por esta resolución, en los siguientes términos: el Juzgado de Primera Instancia número 30 de Barcelona, estimando parcialmente la demanda interpuesta por Chicco Española, SA ha condenado por Sentencia del día 27 de noviembre de 1997 a la entidad Boehringer Mannheim, SA, por publicidad engañosa y desleal de su producto chupete nukete, por no ser cierto que el uso de chupetes semejantes a los comercializados por Chicco Española, SA, bajo la denominación cereza y gota y sus efectos sean igual que la succión del dedo y sus efectos; absolviendo a Chicco Española, SA de los pedimentos contra ella deducidos en la demanda reconvencional. Fundamentos de derecho:

Primero. La demandante, Chicco Española, SA, fábrica y vende chupetes para niños. En particular, los conocidos con las denominaciones cereza, anatómico y gota.

La demandada, Boehringer Mannheim, SA, a su vez, distribuye en exclusiva, en España, los productos nuk, que son fabricados en Alemania por Mapa GmbH. Entre ellos un chupete para niños con la denominación nukete.

En la demanda rectora del proceso, Chicco Española, SA, alegó que, en septiembre de mil novecientos noventa y cinco, los números... y... de dos revistas, a las que atribuye una gran influencia en la orientación del consumo de productos del mismo tipo, respectivamente, denominadas Ser padres hoy y Crecer, contenían publicidad del chupete nukete, distribuido por Boehringer Mannheim, SA, la anunciante, que, en su opinión era ilícita, por comparativa, engañosa y denigratoria para ella.

También alegó que, habiendo requerido a Boehringer Mannheim, SA, para que cesara en esa publicidad, la misma persistió en su conducta; y, así, en octubre y noviembre del mismo año, en los números... y..., respectivamente, de las revistas Mi bebé y yo y Crecer, anunció de nuevo sus productos, con unos ligeros cambios respecto de la anterior, pero con el mismo contenido ilícito.

Por ello, con invocación de los artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 25, 28, 29, 31 y 33.1 de LGP pretendió la declaración de que (a) la utilización de imágenes o textos que de cualquier manera relacione el uso del chupete y sus efectos con la succión del dedo, constituye publicidad ilícita por engañosa y denigratoria, así como (b) que la expresión «sólo nukete imita a la perfección tu pecho» es un supuesto de publicidad de tono excluyente engañosa.

Al contestar, Boehringer Mannheim, SA, negó el efecto engañoso y denigratorio atribuido en la demanda a su publicidad y, por medio de reconvencción, con invocación de los artículos 1, 3, 25 y 26 de la citada Ley 34/1988, pretendió la condena de la demandante a abstenerse de obstaculizar o impedir (a) la utilización de imágenes o textos con información que no sea engañosa ni desleal sobre el uso de chupetes y su relación con la acción de chupar los dedos y (b) la utilización de imágenes o textos con información que no sea engañosa ni desleal sobre el uso y efectos de las tetinas y chupetes nuk que Boehringer Mannheim, SA ofrece al mercado.

Segundo. Como se alega en la demanda, en cada uno de los números... de la revista Ser Padres hoy y... de la revista Crecer, ambos correspondientes al mes de septiembre de mil novecientos noventa y cinco -folios números 35 y 36-, aparece una página íntegramente ocupada por el siguiente mensaje publicitario, con la demandada como anunciante:

(a) El dibujo de tres chupetes, dos arriba y uno en el centro de la página, más grande y en colores;

(b) Junto al primero, las palabras como el pulgar y debajo no teta; junto al segundo las palabras como el meñique y debajo no teta; junto al tercero las palabras como tu pecho y debajo ¡¡teta!!

(c) En la parte inferior de la página el mensaje continúa con la indicación de que sólo nukete imita a la perfección tu pecho, seguida de una afirmación sobre los efectos beneficiosos para el niño del pecho de la madre.

Por medio de carta, remitida el mismo mes y año, la demandante hizo saber a la demandada su opinión de que la publicidad referida era desleal, por engañosa y denigratoria, y le requirió para que cesara en la campaña emprendida -documentos, folios números 50 a 53-.

El señor Letrado de la demandada respondió a esa carta, por otra del propio mes, en la que indicó que estaba a la espera de que la misma hiciera entrega de muestras reales de las diversas marcas que compiten en el mercado, así como otra información actualizada -folio número 57-.

El día cuatro del mes siguiente, Boehringer Mannheim, SA remitió una segunda carta a la demandante negando que la publicidad referida fuera ilícita.

Por último, en los números... de la revista Mi bebé y yo y... de la revista Crecer, correspondientes, respectivamente, a los meses de octubre y noviembre de mil novecientos noventa y cinco, Boehringer Mannheim, SA reprodujo el mensaje publicitario antes descrito -folios números 61 y 62-, con dos variantes:

(a) Por un lado, las frases como el pulgar y como el meñique aparecen, no al lado de los dos chupetes de la parte superior de la página, sino conformándolos, haciendo las veces de la goma de los mismos.

(b) Por otro lado, las palabras nukete sólo imita la perfección de tu pecho, sustituyen a las palabras sólo nukete imita a la perfección tu pecho.

Tercero. El señor Juez de la primera instancia estimó en parte la demanda y, por otro lado, desestimó íntegramente la reconvención. Así, calificó como engañosos los anuncios de la entidad demandada en el extremo relativo a la equiparación de los chupetes semejantes a cereza y gota con los dedos pulgar e índice -fundamento de derecho quinto-; y como lícita la expresión «sólo nukete imita a la perfección tu pecho» -fundamento de derecho sexto-.

En el fallo de la Sentencia declaró que la utilización de imágenes o textos con información que de cualquier manera relacione el uso de chupetes semejantes a los comercializados por Chicco Española, SA bajo la denominación «cereza» y «gota» y sus efectos con la succión del dedo y sus efectos, constituye publicidad ilícita, por engañosa y desleal y condenó a la demandada a cesar definitivamente y abstenerse en el futuro de difundir publicidad en la que se relacionen los referidos chupetes y sus efectos con el dedo y sus efectos, así como a publicar la Sentencia mediante anuncios en todos y cada uno de los soportes en los que se ha difundido su campaña publicitaria considerada ilícita.

La Sentencia de primera instancia ha sido recurrida exclusivamente por la demandada, con la pretensión de que sea desestimada la demanda y estimada la reconvención.

Cuarto. La demandada y apelante ha basado su recurso, contra la Sentencia que estimó en parte la demanda, en un motivo procesal (la incongruencia de la misma, por no respetar los términos del suplico de aquélla) y en dos motivos sustantivos de distinto orden (la falta de justificación de la

acción de cesación, al haber cesado la actividad publicitaria denunciada, dadas las modificaciones introducidas en el segundo mensaje; y la licitud de éste, por no ser apto para producir engaño y no contener referencia, explícita o implícita, a los chupetes de la demandante).

La decisión del señor Juez de referir la calificación de la ilicitud de la publicidad a los mensajes atribuidos en la demanda a la demandada y, por ello, a los chupetes vendidos por la demandante con las denominaciones cereza y gota, es correcta desde el prisma de la congruencia, pese a que esa concreción no se hubiera expresado en el suplico de la demanda.

Reafirma la congruencia de tal pronunciamiento complementario no sólo un argumento «pro actione», puesto que los términos del suplico de la demanda, por su abstracción, entendidos literalmente y desconectados del resto de la demanda, podrían entenderse en el sentido de que reclaman un dictamen, y ello no es prestación que deban los Tribunales de justicia; sino, especialmente, el que dicho suplico, interpretado con el resto de la demanda, conforme al canon hermenéutico de la totalidad o sistema, no exterioriza otro sentido que el más concreto que le da la Sentencia apelada.

Sexto. Para resolver el conflicto planteado (en los términos objetivos que resultan de la congruencia en la segunda instancia) se hace conveniente partir de las siguientes afirmaciones:

A. Para decidir sobre la legalidad de un mensaje publicitario es necesario, previamente, identificar al tipo o categoría de destinatario a que alcanza.

Se ha dicho, con razón, que no puede afirmarse el carácter engañoso de un anuncio de un modo abstracto o genérico, sin tener muy presente a qué tipo de personas se dirige, a fin de conocer la interpretación que las mismas den al mensaje. Sólo si se ha delimitado el círculo de destinatarios se puede precisar de manera adecuada la interpretación que éstos dan al mensaje en cuestión.

B. Los mensajes han de ser calificados como desleales no por la intención de quienes los difunden, sino por la impresión que causan en los destinatarios en su conjunto.

Por lo tanto, esa calificación se ha de efectuar sin descomponer o separar las distintas partes del mismo, para dotarles de una autonomía de la que carezcan. Y en la valoración se han de rechazar criterios estrictamente literales o gramaticales, para atender, como se ha dicho, al significado que el público destinatario le atribuya.

Séptimo. La publicidad comparativa, que es, al fin, la que, por engañosa se denuncia en la demanda, está regulada en nuestro Ordenamiento (además de en diversas normas relativas a la publicidad de determinados productos o servicios) en el artículo 10 LCD, y en el artículo 6.c LGP.

Dichas normas son respetuosas con las exigencias armonizadoras instauradas por las dos Directivas europeas sobre publicidad.

La referida dualidad de regulación se traduce en una concurrencia de normas que, en este caso, no plantea problemas de compatibilidad, interpretadas una y otra a la luz de sus respectivos espíritus, de su significativa correlación histórica, del canon hermenéutico de la totalidad y, claro está, de las referidas Directivas.

Del conjunto normativo expuesto resulta la conclusión de que la publicidad comparativa es, en principio, lícita, además de conveniente, pues posibilita una más informada decisión de los consumidores, árbitros de la lucha por el mercado.

Octavo. De los supuestos cuya concurrencia convierte la publicidad comparativa en desleal, la discrepancia se ha referido en el proceso y en la apelación, fundamentalmente, a dos.

El primero es el relativo a la necesidad de que los mensajes publicitarios a enjuiciar contengan referencias significativas a los productos (chupetes) de la demandante, Chicco Española, SA.

Ese elemento, integrante del tipo desleal (el artículo 10.1 de la Ley de competencia desleal se refiere a la comparación pública; y el artículo 6.c de la Ley General de Publicidad utiliza los términos publicidad comparativa y se contraponen), puede aparecer de modo implícito o explícito (el artículo 2 bis de la Directiva modificada define este tipo de publicidad como aquella que aluda explícita o implícitamente a un competidor o a los bienes o servicios ofrecidos por un competidor) y ha de ser enjuiciado, en todo caso, desde el punto de vista del destinatario de la publicidad.

Noveno. El segundo de los elementos constitutivos del acto desleal a que se han referido las litigantes es el relativo a la veracidad de los extremos comparados (el artículo 10.1 de la Ley de competencia desleal exige para la licitud que los datos sean comprobables, como antesala de la exigencia de su efectiva comprobación; el artículo 6.c de la Ley General de Publicidad reclama, para que quepa hablar de publicidad comparativa lícita, que la misma se apoye en características ... objetivamente demostrables; y el artículo 3.bis.1.a de la Directiva, que la publicidad no sea engañosa según la definición del apartado 2 del artículo 2, esto es, que no induzca o pueda inducir a error a las personas a las que se dirige ... y ... afectar su comportamiento económico o ... perjudicar a un competidor).

Décimo. Aunque la prueba, al respecto, no ha sido lo plena que sería de desear, es evidente que los destinatarios de las revistas Ser Padres hoy, Crecer y Mi bebé y yo, y, por ende, de los mensajes publicitarios a que se refiere la demanda son mujeres y varones que se encuentran en la coyuntura de ser padres o que lo son ya con hijos pequeños.

Se trata, notoriamente, de personas especialmente interesadas en conocer con detalle todo lo que se refiera a la alimentación y educación de sus hijos (informaciones, consejos, ofertas de productos y servicios...).

Es, en fin, un círculo de destinatarios muy interesado y atento al mensaje. Y muy influenciado por él, si se emite con carga informativa y por medios de relativa credibilidad.

Undécimo. En los mensajes publicitarios en cuestión no se mencionan de modo expreso ninguna de las marcas con las que la demandante distingue sus productos, las cuales, como ésta admitió al confesar, son muchas -folios números 466 a 473, posiciones cuarta, quinta, sexta, séptima y décima-. Sin embargo, como se ha dicho, la identificación de los productos ajenos, al fin de calificar la publicidad como comparativa, puede producirse aunque falten las expresiones literales directamente dirigidas a designar las prestaciones de otro.

Lo determinante es que los destinatarios de la publicidad puedan entender que se efectúa la comparación con los productos ajenos, ya sean los de un empresario singular, ya los de los integrantes de un grupo o categoría aunque consistan en prestaciones de varios.

En el proceso ha sido probada esa referencia a los chupetes de la demandante, junto con los de otros industriales y comerciantes, ya que, como declaró la Federación Empresarial de Farmacéuticos Españoles -folio número 432-, a pesar de la existencia de distintos diseños, colores y materiales utilizados, los únicos tres tipos de formas de la tetina de los chupetes que se comercializan en España, se corresponden con las tres representadas en los mensajes publicitarios a que se refiere la demanda.

De tal manera que hay que entender que los destinatarios de la publicidad de que se trata, cuyas características generales han quedado apuntadas, debieron identificar las prestaciones de la demandante con los dos tipos de chupete con los que la demandada comparó el suyo.

Duodécimo. La demandada ha traído a las actuaciones diversos estudios que ponen de relieve la relación existente, en los primeros tiempos de

vida del ser humano, entre la aparición de malformaciones maxilares y la succión de los dedos -folios números 134 a 349-.

Con ese antecedente, de general conocimiento en sectores informados, resulta de las declaraciones de dos organismos especializados en el conocimiento de las reacciones de los destinatarios de la publicidad, aportadas a las actuaciones -folios números 430, 431, 434 y 435-, y de la propia lectura de los mensajes publicitarios que éstos intentan llevar al consumidor la idea de que los chupetes que no son tipo «teta» pueden llegar a deformar el desarrollo normal de los dientes, maxilares y cara, esto es, el mismo efecto ... para los niños que la succión de los dedos, de modo que son aptos para llevar a los consumidores a la identificación de aquellos modelos de chupetes con los dedos pulgar y meñique, y a entender que los chupetes reproducidos bajo la denominación «no teta» representan justo lo que ... tratan de evitar a toda costa: que su hijo se chupe el dedo, porque consideran que la succión del dedo es perjudicial ...

Ello sentado, como razona el señor Juez, en el fundamento de derecho quinto de la Sentencia apelada, no resulta probado... que los chupetes cereza y gota produzcan en el niño los mismos efectos que el dedo pulgar y meñique.

Esa valoración es conforme con lo actuado y excluye, como se afirma en la Sentencia apelada, la posibilidad de tener por lograda la necesaria prueba de una de las exigencias para que la comparación sea considerada lícita: la comprobación o demostración de su exactitud o corrección, por faltar la de la certeza de la característica esencial atribuida en la publicidad a los productos de los competidores (entre ellos los de la demandante), al resaltar las ventajas de los del mismo tipo de la anunciante (la demandada).

Decimotercero. Boehringer Mannheim, SA negó, por último, posibilidades de éxito a la acción de cesación ejercitada en la demanda y estimada en la Sentencia apelada, con el argumento de que había cambiado el mensaje publicitario en los números de las revistas Mi bebé y yo y Crecer correspondientes, respectivamente, a los meses de octubre y noviembre, y, por

lo tanto, carecía de justificación la condena cuando ya había cesado ella voluntariamente.

La demandante solicitó a la demandada cesara en la publicidad, previamente a la interposición de la demanda, con lo que cumplió la exigencia previa, no jurisdiccional, de autocomposición, que regula el artículo 26.1 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, y cuya omisión se hubiera constituido en impedimento de admisibilidad del proceso -documentos, folios números 49 a 56-.

La demandada no respondió a ese requerimiento de modo positivo - documentos, folios números 59 y 60- y lo que hizo fue publicar nuevos mensajes publicitarios, sobre el mismo tema, en las revistas Mi bebé y yo y Crecer, con ciertas variaciones, como ya se dijo.

Esas variaciones, comparados los dos tipos de mensajes, no permiten afirmar que los últimos constituyeran un «aliud» absoluto respecto de los aparecidos en las revistas Ser padres hoy y Crecer del mes de septiembre. Por ello (demostrado el cumplimiento del trámite previo), ha de concluirse afirmando el interés de Chicco Española, SA en obtener la condena al cese en la publicidad ilícita de que se ha hecho referencia.

Decimocuarto. La estimación de la demanda conlleva, en buena lógica, la desestimación de la reconvención. Fallamos:

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto, por Boehringer Mannheim, SA, contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número Treinta de Barcelona.>>

14. Instituto para la Promoción y el Empleo SL s Liceo Politécnico de Valladolid

A) Introducción

La Audiencia Provincial de Valladolid declara en su sentencia de fecha 26-12-2000, no haber lugar al recurso de apelación interpuesto por la entidad «IPE SL» contra la Sentencia de fecha 10-6-2000, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Valladolid. El fundamento es que las actividades de los demandados no inducen a confusión y no constituyen actos de engaño o denigración y además en referencia a la publicidad comparativa el Tribunal reconoce el carácter no denigratorio de ésta.

B) Sentencia de la AP de Valladolid

Reproducimos la parte sustantiva de la sentencia. <<Fundamentos de derecho. Se acepta la fundamentación jurídica de la resolución recurrida, que hacemos nuestra para evitar innecesarias repeticiones y en tanto no se contradiga por la de la presente resolución.

Segundo. Utiliza la recurrente idénticos argumentos a los expuestos con la demanda e impugna la sentencia dictada en primera instancia por entender que el Juez incurre en error en la apreciación de la prueba, que, considera, acredita las denunciadas infracciones por parte de los demandados: de los artículos 5 y 15 de LDC, por entender que PREPOL es una empresa «fantasma» por inexistente, la ausencia de alta en la Seguridad Social de los demandados, los incumplimientos en materia fiscal, laboral y administrativa que les produce ventaja por las cargas evitadas; del artículo 6 de la L.D.C. porque generan confusión en el mercado por aprovechamiento de falsa imagen; del artículo 7 de la L.D.C. porque concurren los tres elementos básicos del engaño al no ser técnicos en las materias que imparten, ni impartir materias exigidas como el idioma, la psicología o las pruebas físicas, no tener la experiencia de décadas que anuncian, incurriendo en publicidad engañosa y no superlativa e infringiendo por último el artículo 9 de la L.D.C. porque los actos de denigración pueden ser directos o indirectos, para, finalmente, argumentar que la codemandada Liceo Politécnico debe ser condenada por los actos de cooperación acreditados y conforme a lo dispuesto en el artículo 20 LDC.

El recurso planteado hace referencia genérica a la premisa de la libertad de empresa que aparece protegida tanto por la Constitución Española, en su artículo 38, como por la Ley de Defensa de la Competencia de 10 de enero de 1991, en su artículo 1º. La referida Ley, en su Preámbulo, establece que « la CE hace gravitar nuestro sistema económico sobre el principio de libertad de empresa y, consiguientemente, en el plano institucional, sobre el principio de libertad de competencia» y añade que « de ello se deriva para el Legislador ordinario, la obligación de establecer los mecanismos precisos para impedir que tal principio pueda verse falseado por prácticas desleales susceptibles, eventualmente, de perturbar el funcionamiento concurrencial del mercado»; tal principio general tiene, por tanto, una serie de excepciones que hacen necesario preservar algunas situaciones contrarias al mismo ya que, como continúa el propio Preámbulo « la apertura de nuevos mercados... han puesto de manifiesto el peligro de que la libre iniciativa empresarial sea objeto de abusos que con frecuencia se revelan gravemente nocivos para el conjunto de los intereses que confluyen en el sector». Será necesario por tanto, en cada caso concreto, analizar si unas determinadas conductas caen dentro del ámbito de lo considerado como ilícito por la Ley de Defensa de la Competencia para discernir entre las conductas concurrenciales lícitas que se desarrollan en forma correcta y aquellas conductas que se consideran ilícitas por ejercitarse a través de determinados medios prohibidos.

Pues bien, en el presente caso, analizada la prueba practicada en las actuaciones, es evidente que deben decaer cada uno de los argumentos planteados con el recurso que, siendo idénticos a los apuntados en primera instancia, en nada desvirtúan el exhaustivo análisis llevado a cabo por el Juez en la resolución recurrida y que le lleva a fundamentar con indudable acierto:

1. Que no se da el pretendido comportamiento desleal prohibido por los artículos 5 y 15 de la Ley por la ausencia de una serie de requisitos administrativos, cuya concurrencia por otra parte no se acredita con la gravedad que se pretende por la actora, que supongan una ventaja significativa en la competencia y que represente una merma en la actividad de la reclamante. A este respecto es ilustrativa la Resolución del Tribunal de

Defensa de la Competencia de 26 de junio de 1997 que, en expediente en el que el mercado de producto está constituido por los servicios de educación escolar, resuelve «...la naturaleza del servicio prestado hace muy difícil que alumnos...se planteen acudir al colegio denunciado en número suficiente como para que el efecto global sobre la competencia en la región sea significativo.

2. Que no se dan en las actividades llevadas a cabo por los demandados los elementos que puedan inducir a confusión cuando ambas se dedican a la misma actividad y en infracción de lo establecido en el artículo 6, cuando no existe similitud alguna entre las denominaciones con que actúan y cuando la indebida utilización de el símbolo policial también lo practica la actora como consta acreditado.

3. Que la conducta de los demandados no puede considerarse incardinada dentro de los actos de engaño prohibidos por el artículo 7 ya que no generan una afectación sensible de la competencia como exige el precepto y que, por referirse a servicios de enseñanza no dirigida a la obtención de un título con validez académica, cabe reputar como mucho de lo que se denomina doctrinalmente como «publicidad superlativa».

4. Tampoco entiende infringido el artículo 9 por la inexistencia de actos de denigración al no encontrarse prueba al respecto, no constituyendo la publicidad comparativa per se un acto de denigración. Al respecto debe señalarse que en las actuaciones sólo se menciona dentro del informe de detectives llevado a cabo a instancias de la actora la recomendación de que los temas no caigan en manos de la competencia, pero de una forma general y sin referirse a nadie en concreto, lo que en ningún caso puede considerarse como actos denigratorios.

En definitiva, como señala la doctrina mercantilista más autorizada, la atracción de clientela ajena no constituye en principio actividad desleal; la deslealtad sólo se producirá cuando la captación se logra mediante maniobras incorrectas, como las que se detallan en los artículos 5 y siguientes de la referida Ley de Competencia Desleal (actos de confusión, de engaño, de

denigración, imitación, explotación de reputación ajena, venta a pérdida, entre otros) que, como se ha señalado, no concurren en el presente caso, y, tampoco puede calificarse el supuesto enjuiciado como un comportamiento objetivamente contrario a la buena fe, incardinable en el artículo 5.>>

15. Atencia y Sanz, asesores de seguros, correduría de seguros SL vs Colegio de Mediadores de Seguros Titulares de Ceuta

A) Introducción

La Audiencia declara en su sentencia de 9 de enero de 2001 no haber lugar al recurso de apelación interpuesto por el Colegio de Mediadores de Seguros Titulares de Ceuta contra la Sentencia de fecha 21-6-2000, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Ceuta.

En el presente procedimiento se plantea la licitud de una publicidad comparativa que la actora considera que causa su descrédito, denigración o menosprecio. El Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Ceuta estimó la ilicitud de la publicidad en base a que no se había probado lo alegado por la actora-

B) Sentencia estimatoria de la demanda de la AP de Cádiz

Reproducimos la parte sustantiva de la demanda. <<Antecedentes de hecho. Primero. Por el Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de esta Ciudad se dictó sentencia con fecha 21-6-2000, cuyo Fallo dice así: "Que estimando parcialmente la demanda interpuesta declaro:

1.- Que el acto publicitario realizado por la demandada contra el demandado y objeto de esta litis debe ser calificado como un acto de publicidad desleal y por tanto, ilícita. Dando lugar a la acción declarativa de desleal del acto.

2.- Asimismo se estima la acción de resarcimiento por los daños y perjuicios morales, causados por el acto desleal, debiendo proceder a la

publicación de la sentencia en uno de los periódicos de la ciudad. No se estima la demanda en cuanto a la acción de rectificación y cesación, en tanto que el acto desleal ya había cesado a la fecha de interposición de la demanda, así como tampoco se estima la demanda, en cuanto a la acción de resarcimiento por daños materiales y económicos.

Fundamentos de derecho. Primero. El recurso de apelación alega como primer motivo para la revocación de la sentencia de instancia que el actor ejercitó en su demanda unas acciones con base en la LCD cuando lo procedente era haberlo hecho al amparo de la LGP.

A este respecto tiene declarado la Jurisprudencia del Tribunal Supremo que no existe incongruencia cuando los hechos y la causa de pedir son los mismos, los descritos en los escritos de alegaciones de las partes, y los consagrados en la sentencia, aunque el derecho a aplicar a ese "factum" sea distinto al invocado en la demanda, facultad de aplicar el derecho adecuado, que tienen los Juzgadores en virtud de aquel principio, "iura novit curia".

Así nos encontramos con que Atencia y Sanz Asesores de Seguros Correduría de Seguros SL ejercitó en la demanda acciones de declaración de deslealtad de los actos publicitarios contratados por el Colegio de Mediadores de Seguros y emitidos en la televisión local, acción de cesación de tales actos, de rectificación de informaciones y de resarcimiento de daños y perjuicios, con base en los arts. 5, 6, 11.2 y 18 de la Ley 3/91 de 10 de enero, de Competencia Desleal, a lo que se opuso el Colegio demandado, alegando que la legislación aplicable era la Ley General de Publicidad de 11 de noviembre de 1988 y, en consecuencia, las acciones a ejercitar sólo podían ser las previstas en el art. 25 y siguientes de dicha Ley, resolviéndose por la Juez "a quo" que en virtud del principio de especialidad, al denunciarse un acto de deslealtad cometido a través de la publicidad, la legislación aplicable era la Ley General de Publicidad, aunque, como acertadamente expone la Juzgadora, no se excluye la aplicación de la Ley de Competencia Desleal, cuya compatibilidad o concurrencia resulta del art. 32 de aquella Ley, que dispone que: "Lo dispuesto en los artículos precedentes será compatible con el ejercicio de las acciones

civiles, penales, administrativas o de otro orden que correspondan...", a lo que podríamos añadir que ya el Preámbulo de la Ley 3/91, de 10 de enero, de Competencia Desleal, en su apartado segundo, viene a consagrar la idea de integración de toda dicha normativa para el tratamiento de la competencia desleal, al expresar que "La presente Ley, completando y, en ocasiones, refundiendo los esfuerzos de racionalización sectoriales iniciados por las ya recordadas leyes de marcas y Publicidad, aspira a poner término a la tradicional situación de incertidumbre y desamparo que ha vivido el sector, creando un marco jurídico cierto y efectivo, que sea capaz de dar cauce a la cada vez más enérgica y sofisticada lucha concurrencial".

Segundo. En segundo lugar, se impugna la declaración de deslealtad del acto con condena a la publicación de la sentencia como resarcimiento de daños morales, por entender que en el anuncio publicitario controvertido no se lleva a cabo un descrédito, denigración o menosprecio de la entidad demandante, pues el vídeo sólo se recomienda al público en general la conveniencia de contratar todo tipo de seguros con personal profesional y especializado, a la vez que se presentan cuales son las Corredurías de Seguros establecidas en Ceuta que pertenecen al Colegio de Mediadores que lleva a cabo la divulgación del vídeo, sin que ello suponga que éstos sean los únicos Corredores de Seguros legalmente autorizados para contratar los mismos.

El motivo ha de ser asimismo desestimado, pues no cabe duda de que el texto del vídeo anunciado en Antena Ceuta, S.L., entre los días 15 de agosto y 15 de noviembre de 1998, contratado por el Colegio de Mediadores de Seguros demandado constituye un acto de publicidad desleal, aun cuando aduzca haber realizado tal campaña publicitaria con la finalidad de mejorar la imagen de éste y dar a conocer al público en general su existencia, objeto y finalidad, en cumplimiento del Capítulo III, art. 24, punto K de sus Estatutos, pues ello no justifica obrar de forma contraria a la ley, a cuyo cumplimiento están obligados en virtud del art. 18 a) del mismo Estatuto.

Así, La Ley 9/92, de 29 de abril, establece en su art. 31.5 que "no será requisito para el ejercicio de la actividad de corredor de seguro la incorporación a cualquiera de los Colegios de Mediadores de Seguros titulados, sea cual fuere el ámbito territorial en que se pretende ejercer la profesión", por lo que la información publicitaria controvertida, en la cual se contiene el siguiente texto: "Por eso es muy importante que a la hora de contratar sus pólizas de seguros lo haga con un auténtico profesional, no fomente el intrusismo, para ello nada mejor que los Mediadores de Seguros Colegiados, confíe en profesionales de Ceuta, para su tranquilidad, por su seguridad" tras lo cual se visualiza la lista de Corredurías y Agentes de Seguros de Ceuta, puede entenderse que encaja plenamente en la consideración de publicidad engañosa y desleal, ambas ilícitas conforme al art. 3 de la Ley General de Publicidad, considerándose como engañosa la que "de cualquier manera, incluida su presentación, induce o puede inducir a errores a sus destinatarios, pudiendo afectar a su comportamiento económico, o perjudicar o ser capaz de perjudicar a un competidor"(art. 5) y desleal en tanto "su contenido, forma de presentación o difusión provoca el descrédito, denigración o menosprecio directo o indirecto de una persona o de sus productos, servicios o actividades (art. 6 a), pues del tenor literal de aquel texto resulta claramente que se está diciendo implícitamente a la opinión pública, futuros asegurados, que no contratar sus pólizas con los Corredores de Seguros Colegiados es fomentar el intrusismo, y que sólo los incluidos en tal lista de colegiados reúnen las condiciones de profesionalidad y legalidad exigidas ("por su tranquilidad y seguridad"), lo cual además de constituir un engaño, ya que no es necesaria la colegiación para ejercer tal profesión, está suponiendo un descrédito para los profesionales que no estén en esa lista, entre los que se incluye la actora, la cual ha acreditado con la prueba testífica) cómo varios de sus clientes cuestionaron si su actuación era o no legal (f. 158 a 160).

No son aplicables al supuesto concreto las sentencias citadas por el apelante, en tanto contemplan casos de publicidad comparativa entre dos productos o servicios

Por ello ha de confirmarse plenamente la sentencia de instancia, que declara la deslealtad del acto y condena a la publicación de la sentencia en un periódico de Ceuta, como resarcimiento por el daño moral sufrido de desprestigio".

16. Caso Telefónica vs Retevisión⁵⁴⁷

En esta Sentencia el Juzgado de Primera Instancia Nº 1 de Majadahonda, Sentencia de 18 de octubre de 2000. Telefónica vs. Retevisión. ("Cabina / Los Planes Claros") Acumulación de acciones de competencia desleal y de publicidad ilícita. "Cabina": Publicidad engañosa, desleal (denigratoria y comparativa ilícita) Supuesta denigración de la compañía Telefónica por la utilización de un símil o metáfora. Desestimación de la demanda. "Los Planes Claros": reconvencción. Publicidad desleal. Prueba pericial. Resarcimiento de daños y perjuicios. Promoción de un plan de descuentos sin la preceptiva autorización administrativa. Estimación parcial de la reconvencción.

17. Caso Femsa vs Disyuntor Regulador ASD SA⁵⁴⁸

En la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 1993 se resuelve el recurso de casación originado por la demanda de ejercicio de acción de cesación de actividad publicitaria y de uso de marca ilícito, con la publicidad "Tipo Femsa" y "Tipo ASD para Femsa". Estimando el Tribunal que esta prohibido realizar publicidad de los productos propios utilizando una marca ajena, en cuanto supone aprovechamiento del esfuerzo ajeno y publicidad parasitaria y desestimando el recurso.

18. Caso Ascensores "Zardoya Otis"⁵⁴⁹

⁵⁴⁷ SJPI 18-10-2000 nº 1 de Majadahonda, Publicidad comparativa [en línea] <google> [consulta 2-04-2003].

⁵⁴⁸ STS 29-11-1993, Jurisprudencia en materia publicitaria [en línea] google [consulta 7-05-2003].

En la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 1996 se resuelve el recurso de casación sobre publicidad desleal y comparativa de la empresa de Ascensores Otis. Se desestima el recurso por considerar los actos realizados con fines concurrenciales.

19. Caso Asociación Española de Fabricantes de Juguetes vs Juguetes Feber SA⁵⁴⁹

La Asociación Española de Fabricantes de Juguetes presentó demanda en vía civil, contra la entidad «Juguetes Feber, SA», ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Ibi.

El Juzgado dictó con fecha 5-12-1992 sentencia estimando la demanda, declarando desleal la actuación de la demandada a través de su publicidad relativa a su juguete «silla complet». La sentencia de Primera Instancia declara los hechos constitutivos de publicidad ilícita.

En la sentencia de AP de Alicante de 16 de marzo de 1994 se resuelve la apelación. El Tribunal analiza el alegado propósito de excluir a los competidores, haciéndoles aparecer ante los consumidores en una posición de menor garantía en la fabricación del producto. Es importante en este caso la referencia a las normas de seguridad en la fabricación de los juguetes. La Sentencia es estimatoria de la demanda por falta de veracidad de la publicidad.

En este asunto, el Tribunal entiende acertadamente que faltan los requisitos de la publicidad comparativa lícita como el de veracidad.

20. Caso productos T vs CN

En la sentencia de 4 de septiembre de 1995, la AP de Barcelona se pronuncia sobre la demanda por acto de confusión originada por el reparto de

⁵⁴⁹ STS 20-03-1996, Jurisprudencia en materia publicitaria [en línea] google [consulta 7-05-2003].

⁵⁵⁰ SAP 16-03-1993, Jurisprudencia en materia publicitaria [en línea] google [consulta 1-05-2003].

propaganda de los productos de la parte demandada a los consumidores detenidos ante el escaparate de otro establecimiento vecino. El Tribunal considera publicidad comparativa ilícita la difusión publicitaria de datos que constituyen una comparación con los productos de otro establecimiento sin apoyarse objetivamente en características concretas, esenciales y afines, sin embargo no considera probada la difusión de manifestaciones denigratorias.

Reproducimos el Fundamento de Derecho cuarto, quinto, sexto y séptimo por su importancia: "El reparto de propaganda de idénticos productos confeccionados por un establecimiento diferente a aquel consumidor que se halla detenido ante el escaparate ajeno, cuando el anunciado está ubicado en el mismo inmueble y en el piso inmediato superior, se revela idóneo para atribuir el origen de los productos exhibidos a quien se anuncia por medio de la propaganda, lo que constituye:

a) Una actuación calificada como desleal en los artículos 6 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, y 6 b) de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre. General de Publicidad, y b) Un aprovechamiento indebido y evitable del reclamo que para los viandantes constituye el escaparate ajeno sancionado en el artículo 11.2 de la Ley de Competencia Desleal.

Quinto: Por el contrario, no cabe calificar de desleal el comportamiento consistente en abordar a quienes transitan por las inmediaciones de ambos establecimientos para inducir a visitar "CN", sin que conste ejecutada de forma coactiva o molesta para el consumidor, pues:

a) La regulación del mercado en nuestro ordenamiento se fundamenta como regla en el libre acceso al mismo y en la libre iniciativa empresarial, constituyendo una manifestación de ésta la de fijar el establecimiento al lado de su competidor, pues tal proximidad repercute en la potenciación de la libre y leal competencia, siempre que en la forma se ajuste a las normas que disciplinan la actividad empresarial en el mercado;

b) No infringe la buena fe objetiva a que se refiere el artículo 5 de la Ley de Competencia Desleal, ni ninguno de los preceptos que tipifican concretas conductas desleales, el comportamiento de quien promueve, de forma directa o indirecta, la contratación de sus servicios dirigiéndose a los consumidores a través de medios técnicos de difusión de su oferta, aunque ello repercuta en la minoración de expectativas económicas para los competidores,

La conjunción de las anteriores premisas es determinante de que la lealtad de la actividad publicitaria no se vea enervada por el dato de que se desarrolle en la intermediación del establecimiento ajeno, cuando éste se halla en las proximidades del propio.

Sexto: Finalmente, y en esto discrepamos de los presupuestos de hecho de la sentencia apelada, no procede entender acreditada la difusión de manifestaciones de menosprecio del negocio de los demandantes por el precipitado conserje.

Las testificales, en las que se fundamenta la conclusión del señor juez de primera instancia, relatan la afirmación, carente de todo apoyo, de la superior calidad de los productos de "CN", pero niegan que afirmase que la competidora constituía una mafia.

El al contestar las respectivas preguntas décimas cuando los testigos emiten el juicio de valor "menospreciaba el producto de "NC", que atribuyen a los codemandados doña V. Y don M. con base en unas inconcretas manifestaciones sobre la calidad de los productos de la actora, sin indicación de cuáles fuesen las expresiones difundidas aptas para menoscabar el crédito de la actora en el mercado

Séptimo: La mutación fáctica deviene, sin embargo, irrelevante, toda vez que el comportamiento descrito, aunque no comporta un acto de denigración - pues la atribución de una calidad superior a un determinado producto en comparación con otro ensalza la del primero sin que provoque de forma inexorable el descrédito del segundo (aunque potencialmente puede provocar

un efecto concurrencial negativo en éste)-, debe incardinarse en la previsión contenida en el artículo 6 c) de la Ley General de Publicidad, pues la protección de la libre circulación de datos entre los consumidores no tolera la difusión publicitaria de aquellos que, sin apoyo objetivo en característica concreta alguna esencial y afín del producto anunciado, constituyen una comparación con otro del que desvían el potencial interés del consumidor.”

En el presente caso el Juzgador valora los elementos alegados determinando claramente la falta de requisitos de la publicidad denigratoria y considera la publicidad comparativa ilícita por carecer de uno de sus requisitos fundamentales, que es la veracidad.

21. Caso Policlínica San Carlos SL vs Centro Clínico S. Carlos SA

La sentencia de la AP de Valencia de 19 de mayo de 1998 resuelve el recurso de apelación contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Valencia nº 22, de fecha 29 de diciembre de 1995 que se pronuncia estimando la demanda en este caso relacionado con el derecho de marcas, entendiendo que hay similitud de denominaciones, de semejanza fonética, de coincidencia en la actividad y proximidad geográfica entre la actora y la demandada Centro Clínico San Carlos SA, y que por lo tanto se genera un riesgo de confusión en los consumidores. Por lo tanto estima la demanda y la fundamenta en el derecho de utilización exclusiva de la marca por su titular y en la protección contra los actos que menoscaben este derecho.

Reproducimos por su importancia el Fundamento de Derecho cuarto: “Abordando, finalmente, la cuestión de fondo planteada por el recurrente, relativa a la indebida apreciación de las pruebas practicadas por parte del Juzgador de primera instancia, no cuestionándose que las marcas de la demandada se hallen inscritas, y, por tanto, que, dadas las características de los servicios prestados por una y otra litigantes, la similitud de denominación puede producir un riesgo de asociación ,puesto que difieren escasamente, incide la parte recurrente en que la demandada cumple con la dimensión objetiva cuanto con la subjetiva de la utilización de la marca, y la actora, aun

cumpliendo la objetiva, no utiliza tal signo distintivo sino lo que viene a relacionar, además, con la denominación de la sociedad médica que ostenta su titularidad -ASISA-; cierto es que la función identificadora de la marca ha evolucionado para integrar un signo distintivo del producto mismo, adquiriéndose tal derecho por el registro válidamente efectuado de conformidad con las disposiciones legales (art.3), que confiere a su titular el derecho exclusivo de utilizarla en el tráfico económico, pudiendo designar con la marca los correspondientes productos o servicios, introducir en el mercado, debidamente identificados con ella, los productos o servicios para los que hubiere sido concedido el registro y utilizar la marca a efectos publicitarios (art. 30 Ley de Marcas), y cierto también que como indica la Sentencia del Tribunal Supremo de 21.05.94, RJ 464/94, que invoca, a su vez las Sentencias de 4 de abril de 1991 (RJ 2638 1991)¹⁴ y 22 de octubre de 1992 (RJ 7554 y 8593 de 1992), el estudio comparativo acerca de la identidad o semejanza de los signos distintivos en pugna, es, en principio., competencia de los órganos de instancia, siempre que entre ambos signos, exclusivamente denominativos, exista una plena y total identidad fonética, indicando además que el ámbito legal de toda marca registrada, tiene ese aspecto positivo, *ius utendi* con arreglo al cual el titular de la misma se halla investido de un pleno derecho que ha de serle reconocido en todo caso, a oponerse al uso por un tercero de un signo distintivo (marca, nombre comercial o rótulo) que, por la identidad o semejanza fonética o gráfica con aquélla, suponga un evidente riesgo de confusión con los productos o servicios amparados por la marca registrada; pero no lo es menos que el artículo 77 de la vigente Ley de Marcas, aquí aplicable e invocado en la demanda, indica que el nombre comercial será protegido en las condiciones establecidas en el artículo 8 del acta vigente en España del Convenio de la Unión de París para la protección de la propiedad industrial de 20 de marzo de 1883, siempre que su titular demuestre que lo ha usado en España, y que, en tal caso, tiene acción de nulidad contra quien inscriba una marca en tal situación, que tendrá cinco años de duración desde la publicación de la concesión correspondiente, y puesto que el uso, a través de la profusa documental practicada, ha quedado probado, siendo contundente y definitiva la documental consistente tanto en certificación de Tesorería Territorial de la Seguridad Social –folio 491 y siguientes- que acredita que ya en 1973 había

trabajadores dados de alta en dicha clínica y con tal denominación ,y así lo refleja también la tarjeta de identidad fiscal, obrante como documental, con la demanda, con la misma fecha, forzoso es admitir que tal momento es anterior al inicio de la actividad de la demandada, que es titular de las marcas, siendo también claro el riesgo de asociación inadecuada de prestaciones de una y otra, por ser del mismo ámbito médico hospitalario y con proximidad geográfica (Denia y Alicante), lo que nos lleva, por todo lo expuesto, a desestimar el recurso, confirmando, en consecuencia, la resolución recurrida”.

En esta sentencia el Tribunal realiza acertadamente un análisis del asunto, entendiendo que la cuestión de fondo es un tema de derecho de marcas y no de publicidad comparativa.

CAPITULO QUINTO: ESTUDIO DEL CONCEPTO DE PUBLICIDAD COMPARATIVA

I INTRODUCCION	340
-----------------------	------------

II DEFINICION

1. Planteamiento general	349
2. Definición restrictiva	350
3. Definición amplia o genérica	352
4. Definición jurídica	
A) Definición de AIPPI	353
B) Definición doctrinal	354
5. Definición jurisprudencial y legal	355

II CARACTERÍSTICAS

1. Introducción	361
2. Referencia simultanea a la oferta del anunciante y a la oferta de la competencia	362
3. Formas de identificar a la competencia	
A) Referencias que favorecen la identificación del competidor	
a) La agresividad publicitaria	364
b) La evocación de la publicidad del competidor en la propia publicidad	366
c) La matización de la expresión publicitaria	367
d) Circunstancias derivadas de la coincidencia espacial y temporal de dos publicidades	367
e) Circunstancias derivadas de la estructura de mercado	368
f) Publicidad dirigida a un colectivo especial	371
B) Referencias que reducen las posibilidades de identificación	

del competidor	
a) La retórica publicitaria	372
b) Los versos en publicidad	372
c) La exageración publicitaria	372
d) El humor en publicidad	375

III UTILIZACION DE LA MARCA EN PUBLICIDAD COMPARATIVA

1. Introducción	376
2. AIPPI y la utilización de la marca en publicidad comparativa	378
3. Sistema en derecho español	
A) Introducción	380
B) Sistema vigente de la Ley de Marcas (Ley de Marcas de 7 diciembre 2001)	381

V DISTINCIÓN DE OTRAS CLASES DE PULICIDAD

1. Publicidad comparativa y publicidad adhesiva	384
2. Publicidad comparativa y publicidad denigratoria	387
3. Publicidad comparativa y publicidad de tono excluyente ...	394
4. Publicidad comparativa e imperativo publicitario	394
5. Publicidad comparativa y auto comparación	396
6. Publicidad comparativa y comparación de sistemas económicos	397
7. Publicidad comparativa y comparación de géneros de mercaderías	398
8. Publicidad comparativa y explotación publicitaria de los análisis comparativos	
A) Función	399
B) Análisis comparativo realizado por una empresa que lo utiliza en su publicidad	402

C) Análisis comparativo realizado y difundido por un ente neutral	
D) Análisis comparativo realizado por un ente neutral y difundido por una empresa en su publicidad	403
a) Publicidad sobre la existencia del análisis	404
b) Publicidad con extractos del análisis	405
c) Publicidad con utilización del análisis en su integridad	406
9. Publicidad comparativa y publicidad con catalogo	405
10. Publicidad comparativa de productos fitosanitarios	406

I INTRODUCCIÓN

Hemos visto en el estudio realizado en esta obra como con la publicidad comercial se quiere alcanzar un objetivo variado pero en el fondo económico⁵⁵¹. En sentido amplio, en toda publicidad comercial subyace una vocación comparativa, pues se intenta conseguir que los consumidores y usuarios prefieran el producto anunciado sobre el de sus competidores. Desde este punto de vista, cualquier anuncio publicitario sería comparativo. Por esta razón, y para delimitar conceptos, debemos distinguir entre el concepto general de publicidad y el concepto particular de publicidad comparativa. El concepto general de publicidad es abordado por diversos autores, y desde diferentes ángulos⁵⁵².

Sin entrar a abordar definiciones o conceptos no jurídicos, la publicidad es ante todo comunicación publicitaria. Para la doctrina⁵⁵³, podemos decir que la publicidad es una forma o técnica de comunicación presupuestaria cuyos objetivos consisten en llegar a una multitud de personas con informaciones sobre determinados productos o servicios para inducirlos a la compra o utilización, sin intervención directa del vendedor. Se considera que las

⁵⁵¹ La visión amplia de publicidad la podemos ver en LEDUC, *La publicidad*, Madrid, 1971, p. 10. CADET, y CHATELAR, *Publicidad*, 1971, p. 11. HOLTJE, *Publicidad*, Bogota, 1980, p. 3. MUCCHIELLI, *Psicología de la publicidad y de la propaganda*, Bilbao, 1977, p. 54; BARCELO, *Organización del departamento de publicidad*, Barcelona, 1966, p. 9.

⁵⁵² Las variadas definiciones se pueden ver, entre otros, en la obra de CUESTA RUTE y OLIVA SANTOS, en "Tratamiento jurídico en España de la publicidad ilícita", en *La Ley*, 1981, p. 893.

manifestaciones de la comunicación auténticamente publicitaria han de reunir las siguientes características, a saber: a) mensajes referidos a materias comerciales, b) incitación hacia aptitudes o conductas positivas respecto del objeto de la comunicación, c) identificación del emisor por cuenta de quien se emite, d) estructuración diferenciada del resto del contenido del medio, cuando este no es exclusivamente publicitario, e) espacio o tiempo pagado al medio⁵⁵⁴. Desde esta perspectiva, la información que no cumpla todos los requisitos anteriores no es publicidad.

Especialmente relevante para nuestro estudio es el concepto legal de publicidad. Tanto el primer concepto legal operativo en España, el del Estatuto de la Publicidad (art. 2)⁵⁵⁵, como el vigente de la Ley General de Publicidad, que reproduce casi literalmente el concepto aprobado por la Directiva de la Unión Europea sobre publicidad engañosa (art. 2.1⁵⁵⁶). Concepto criticado por la doctrina⁵⁵⁷, pues si publicidad es una forma de comunicación colectiva⁵⁵⁸, la

⁵⁵³ Vid. ACOSTA ESTEVEZ, *Perfiles de la Ley General de Publicidad*, ed. PPU, Barcelona, 1990. p. 27.

⁵⁵⁴ Vid. HERREROS ARCONADA, *Teoría...* oc. p. 81.

⁵⁵⁵ Estatuto de la Publicidad, Ley 61/1964, de 11 de junio, art. 2: "Actividad publicitaria", "a toda divulgación para dirigir la atención del público o de los medios de difusión hacia una determinada persona, producto o servicio con el fin de promover... su contratación". Para su crítica véase ACOSTA ESTÉVEZ, *Perfiles de la Ley...*, oc. p. 27.

⁵⁵⁶ Art. 2 de Directiva del Consejo 84/450/CE, de 10 de septiembre de 1984, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad engañosa: <<Publicidad: 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>>.

Art. 2 de LGP: <<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>>. Para su crítica véase SANTAELLA LOPEZ, *El nuevo derecho de la publicidad*, p. 49 ss. También ACOSTA ESTÉVEZ, *Perfiles de la Ley General de Publicidad*, ed. PPU, Barcelona, 1990. 27.

También la Ley 25/1994, de 12 de julio, que incorpora al Derecho español la Directiva 89/552/CE, relativa al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva en su artículo 3b define a la publicidad como finalidad de promover ventas a los consumidores.

⁵⁵⁷ Cfr. CUESTA RUTE, "Directiva de CCE sobre publicidad engañosa", en *Estudios sobre consumo*, 1986, nº 7, p. 86. En el mismo sentido CUESTA RUTE y OLIVA SANTOS, en "Tratamiento jurídico en España de la publicidad ilícita", en *La Ley*, 1981, p. 893. También ACOSTA ESTÉVEZ, *Perfiles...* oc. p. 28.

⁵⁵⁸ Cfr. CUESTA RUTE, "Directiva de CCE sobre publicidad engañosa", en *Estudios sobre consumo*, 1986, nº 7, p. 86. En el mismo sentido CUESTA RUTE DE LA y OLIVA SANTOS, en *Tratamiento jurídico en España de la publicidad ilícita*, en *La Ley*, 1981, p. 893. También ACOSTA ESTÉVEZ, *Perfiles...* oc. p. 28.

definición legal es limitada pues no tiene en cuenta cuestiones como el fenómeno de la comunicación.

Como se deduce de estos conceptos legales el elemento definidor de la publicidad es su finalidad: promover la contratación de bienes y servicios.

Si la publicidad comercial tiene como objetivo aumentar las ventas de la empresa anunciante, dando a conocer las ventajas de su oferta, en el marco de este concepto, la publicidad comparativa sería una clase de publicidad en que el anunciante compara su producto o servicio con otros productos o servicios de la competencia para, a través de esta comparación, mostrar las ventajas de su oferta frente a las otras ofertas y promover una mayor contratación a su favor. Por tanto, el concepto aparece claramente diferenciado, delimitando a la publicidad comparativa por su acción de comparación con la competencia.

Desde este punto de vista, la publicidad comparativa ha resultado ser, de las clases de publicidad, la más polémica. Su aparición ha dado lugar ha controversias y debates jurídicos y doctrinales entre los expertos, estando siempre detrás involucrados muchos intereses económicos y sociales.

La situación actual a la hora de abordar el estudio del concepto o definición de lo que es publicidad comparativa es muy diferente a los primeros momentos. El estado de la doctrina y de la legislación esta mucho más avanzado y esto permite llegar a un concepto más consensuado y uniforme del concepto.

Este concepto tiene que partir de que la publicidad comparativa debe beneficiar al consumidor, pero también al empresario competidor en el mercado, delimitando claramente sus limitaciones⁵⁵⁹.

⁵⁵⁹Vid. LUGO LOBATON, "La publicidad comparativa en la Republica Dominicana", [en línea], [consulta: 5-4-2002], p.4, como señala: "una publicidad comparativa que beneficie tanto al comerciante como al consumidor, y que no sea objeto de posibles demandas legales, debe de cumplir con ciertos requisitos".

La evolución de la publicidad comparativa no es lineal en el derecho comparado, con distintos enfoques desde el principio, según los intereses en juego. En un principio prima la línea prohibicionista y, según los países, unas veces se prohíbe y otras se tolera, hasta la actual situación. Países de tolerancia son Francia y Suiza, y países de tradición prohibicionista son Bélgica, Luxemburgo, Italia o Alemania.

Finalmente, la Directiva comunitaria 97/55/CE, sobre publicidad comparativa reconoce la licitud de esta publicidad, en el marco de los quince Estados miembros, uniformizando esta materia en nuestro entorno europeo, con importantes repercusiones⁵⁶⁰. En España, con anterioridad, la Ley General de Publicidad de 1988 y la Ley de Competencia Desleal de 1991, regulan esta figura publicitaria, partiendo de su licitud, como veremos⁵⁶¹.

En España se aprueba el 16 de noviembre del 2001 una proposición no de ley en el Congreso de los Diputados de España para reformar la LGP, lo que culminará con la aprobación de la Ley de 28 de octubre de 2002⁵⁶².

II DEFINICION

1. Planteamiento general

A la hora de abordar un concepto o definición de publicidad comparativa los autores han mostrado sus discrepancias sobre cual debe ser el contenido. Para un sector de la doctrina se ha abogado por un concepto estricto, sin embargo, por otro sector se ha defendido una definición amplia⁵⁶³. Además el estudio de un concepto de esta importante figura se puede hacer desde una perspectiva más económica o desde una visión jurídica.

⁵⁶⁰ Directiva 97/55/CE, que entró en vigor con fecha 12/11/1997, obliga a los Estados miembros a aprobar la ley interna que la desarrolle en un plazo de 30 meses.

⁵⁶¹ Aunque generando graves problemas de interpretación, difíciles de resolver.

⁵⁶² Que será analizada mas adelante.

⁵⁶³ BARRIO GARCIA. *La publicidad comparativa, situación actual y análisis*, oc. p. 14.

Según el diccionario de la Real Academia Española, comparar significa <<fijar la atención en dos o más objetos para descubrir sus relaciones o estimar sus diferencias o semejanzas>>. Según esta definición es posible que la comparación se haga para establecer semejanzas pero en la práctica publicitaria lo más normal es que el anunciante intente resaltar las diferencias⁵⁶⁴.

Se ha considerado en común que toda publicidad comparativa debe de hacer una referencia conjunta a la oferta propia y a la de la competencia, pero se ha cuestionado si esta referencia debe ser explícita o implícita, mostrando las marcas competidoras o no⁵⁶⁵.

También se cuestiona si la referencia debe ser a algún atributo específico del producto comparado o a referencias generales de la marca competidora, o incluso a la posición del mercado o a la imagen del competidor.

También se ha sostenido que lo importante que hay que resaltar en la definición es la situación de superioridad o ventaja que tiene la marca del anunciante. Pero insistiendo que esta comparación es de superioridad no tanto de paridad entre ambos productos.

Teniendo en cuenta lo anterior, la doctrina ha dividido las definiciones en dos grandes grupos. En primer lugar están las que tienen un enfoque limitado o restrictivo y en segundo lugar las que hacen un enfoque más amplio o genérico de esta. A continuación hacemos referencia a estas dos definiciones posibles tanto desde una perspectiva económica⁵⁶⁶ así como desde una perspectiva jurídica⁵⁶⁷.

⁵⁶⁴ LEMA DEVESA, "La mención de la marca ajena en la publicidad" en *La Ley*, 1993-A, 917, y "Regulación contra la competencia desleal en la Ley 10 enero 91" Jornadas Cámara de Comercio, Madrid.

⁵⁶⁵ No es lo mismo comparar con la "marca X" que decir que mi marca es mejor que "otras marcas"

⁵⁶⁶ BARRIO GARCIA DEL, *La publicidad comparativa, situación actual y análisis*, oc. p.14.

⁵⁶⁷ Entre otros JAECKEL KOVACS, "La publicidad comparativa", en *Revista teleley* [en línea], <www.jaeckelabogados.com>, [consulta: 22-5-2002], Bogota, Colombia y TATO PLAZA, *La Publicidad comparativa*, oc. p. 76.

2. Definición restrictiva

Esta definición se basa en las notas de que toda publicidad comparativa debe de hacer una referencia conjunta a la oferta propia y a la de la competencia, pero de manera explícita, mostrando las marcas competidoras y comparando con algún atributo específico de ambas⁵⁶⁸.

Una definición así es la de WILKIE y FARRIS: "La publicidad comparativa sería aquella que compara dos o más marcas específicamente nombradas o reconocibles del mismo producto genérico o clase de servicio, y realiza tal comparación en función de uno o más atributos específicos del mismo producto o servicio"⁵⁶⁹.

En esta definición, por tanto, se excluye cualquier referencia a la competencia de manera implícita y no cabe hacer referencias de manera genérica⁵⁷⁰.

Este concepto inicial ha sido ampliado por autores posteriores. Así GOLDEN incluye la posibilidad de hacer comparaciones más generales, siempre que esta sea explícita, o sea que se cite a la marca por su nombre o sea perfectamente reconocible⁵⁷¹. Esta definición sería: <<cualquier forma de promoción pagada que compara la marca anunciada con una o más específicamente nombradas o reconocibles, referido a marcas dentro de su misma clase de producto; con respecto a una o más características específicas o globales del producto>>.

Por último, es de destacar la definición de ASH y WEE que amplía los posibles objetos de comparación a la posición de mercado de la empresa y a

⁵⁶⁸ Señalando al comparar con la "marca X" a la otra marca "Y" de la competencia y tal atributo o cualidad de ambas.

⁵⁶⁹ Definición de WILKIE Y FARRIS (1975) "Comparison advertising: problems and potential", *Journal of marketing*, 39, octubre, pp 7-15; citada por DEL BARRIO GARCIA, *La publicidad comparativa, situación actual y análisis*, oc. p.14.

⁵⁷⁰ Como pueda ser el reclamo "nuestra marca es mejor que el resto de las de la competencia".

⁵⁷¹ GOLDEN, (1976) "Consumer reactions to comparative advertising", *Advances in consumer Research, Proceedings of Association for consumers of research* citado por DEL BARRIO GARCIA, *La publicidad comparativa, situación actual y análisis*, oc. p.15.

factores más subjetivos como la imagen o el status. Esta definición sería: "cualquier anuncio que compare la marca anunciada contra cualquier otra marca competitiva nombrada explícitamente a lo largo de cualquier atributo relacionado con el producto o servicio, precio, posición de mercado, o incluso con factores de la compañía tales como la imagen o el status"⁵⁷².

Otra definición, en sentido restringido, es la de la Comisión Nacional de Autorregulación Publicitaria de Colombia (CONARP) que dice: "publicidad comparativa [es] cuando específicamente se menciona el nombre de la competencia, se comparan uno o más atributos específicos de los productos anunciados y se anuncia o sugiere en la comparación que la afirmación puede ser respaldada por información verídica. De faltar cualquiera de los tres elementos antes citados, no habrá publicidad comparativa"⁵⁷³.

3. Definición amplia o genérica

Además de esta concepción más estricta de publicidad comparativa, otro grupo de autores consideraron una visión más amplia de publicidad comparativa, para poder incluir la referencia implícita a las empresas de la competencia y a las referencias globales de los productos o servicios de la competencia⁵⁷⁴.

En particular destaca la definición económica de WILSON⁵⁷⁵: "toda forma de publicidad que explícitamente nombre o identifique o implícitamente identifique una o más marcas de la misma clase genérica de producto o servicio, y haga una comparación entre la marca anunciada y otras marcas identificadas en términos de atributos específicos, atributos vagos o atributos globales del producto".

⁵⁷²Vid. ASH y WEE, (1983) "comparative advertising: a review with implications for further research", *Advances in consumer Research, Proceedings of Association for consumers of research* 10, pp 370-376; citado por DEL BARRIO GARCIA, *La publicidad comparativa, situación actual y análisis*, oc. p.16.

⁵⁷³ JAECKEL KOVACS, "La publicidad engañosa y la publicidad comparativa", en *Revista te/ley* [en línea], <www.jaekelabogados.com>, [consulta: 22-5-2002], oc. p.3.

⁵⁷⁴Vid. BARRIO GARCIA, *La publicidad comparativa...* oc. p.16.

Otra definición amplia es la propuesta por la Asociación de Usuarios de la Comunicación (AUC)⁵⁷⁶. Después de la aprobación en el Congreso de los Diputados de una proposición no de ley del Grupo Parlamentario Popular para incorporar al ordenamiento jurídico español la Directiva comunitaria de regulación de la publicidad comparativa, esta asociación entendió que la definición de publicidad comparativa debe ser lo más amplia posible, con el fin de permitir que las comparaciones puedan referirse no sólo a las ofertas, sino también a aspectos corporativos; que puedan poner de relieve tanto diferencias como semejanzas entre empresas y ofertas; que el anunciante pueda ser distinto de las empresas comparadas en los anuncios (por ejemplo, una asociación de consumidores), e incluso que la comparación pueda referirse a productos de la misma empresa. La definición barajada es la siguiente: <<aquella en la que se comparan explícita o implícitamente características de las empresas o de sus bienes o servicios>>.

En este sentido la comparación puede ser genérica, como en el caso de que no se mencione (explícita o implícitamente) una marca o producto concreto, sino un grupo de productos englobados por características comunes (como, por ejemplo, cuando una marca de zumos pretende establecer las ventajas de su oferta frente a la operación de exprimir la fruta). Asimismo se considera por AUC que se debería evitar que productos consolidados en el mercado puedan compararse abusivamente con productos desconocidos o nuevos, mientras que se debe permitir a productos que acceden a un mercado o son poco conocidos compararse con productos ya consolidados en él. En sentido similar se han declarado otras asociaciones de consumidores⁵⁷⁷.

4. Definición jurídica

A) Definición de AIPPI

⁵⁷⁵ WILSON, "Comparative advertising: some current considerations for managerial planning and strategy", *Current Issues and research in Advertising*. University of Michigan 1978, pp 5-22; citado por DEL BARRIO GARCIA, *La publicidad comparativa, situación...*, oc. p.16.

⁵⁷⁶ Asociación de Usuarios de la Comunicación, [en línea], <google>, [consulta: 4--5-2002]. p.1.

Destaca, en primer lugar, la definición de la Asociación Internacional de Protección de la Propiedad Industrial e Intelectual –AIPPI–, de la que España es parte. Según esta Asociación por publicidad comparativa se entenderá “cualquier publicidad en la que el anunciante implícita o explícitamente se compara con sus competidores o compara productos o servicios de terceros”. Esta definición no comprende pruebas comparativas realizadas por terceros, tales como asociaciones de consumidores que no comercializan con los productos o servicios respectivos. Sin embargo, la publicidad comparativa que se refiere a esas pruebas comparativas o sus resultados estará sujeta a las mismas reglas consignadas más abajo⁵⁷⁶.

La publicidad comparativa es un acto de competencia desleal si es engañosa, desacredita injustificadamente la marca o nombre comercial del competidor, o provoca confusión entre el anunciante y el competidor o entre los respectivos bienes o servicios. La comparación que se refiera a los atributos de un competidor que no guarde relación con sus actividades comerciales, debe siempre prohibirse como una práctica comercial desleal.

Se considerará como competencia desleal la publicidad comparativa que tenga por consecuencia la dilución injustificada del fondo de comercio o reputación. Dilución del fondo de comercio o reputación puede describirse para estos fines como disminución del carácter distintivo o del valor comercial de “la marca o nombre comercial, la apariencia del producto o la presentación del producto o servicio”⁵⁷⁹.

B) Definición doctrinal

⁵⁷⁷ Asociación de consumidores Panis y asociación de Consumidores Condomio, boletín conjunto de 2 de marzo de 2002, fuentes de Asociación Panis.

⁵⁷⁸ AIPPI, resolución de Copenhague publicada en 1996 conteniendo las Disposiciones Tipo aprobadas contra la competencia desleal. Cuestión Q140, reglas sobre competencia desleal y publicidad comparativa, google [en línea], <www. Aippi. org> [consulta: 1-12-2002]. p. 4.

⁵⁷⁹ AIPPI, resolución de Copenhague 9.3 publicada en 1996 conteniendo las Disposiciones Tipo aprobadas contra la competencia desleal. Cuestión Q140, reglas sobre competencia desleal y publicidad comparativa, google [en línea], <www. Aippi. org> [consulta: 1-12-2002].

La doctrina ha centrado su objeto de investigación en la definición jurídica genérica. Un concepto de publicidad comparativa sería: "aquella publicidad en que el empresario anunciante compara su oferta con la de uno o varios competidores, identificados o inequívocamente identificables, con el resultado directo o indirecto, de resaltar las ventajas de los propios productos o servicios frente a los ajenos"⁵⁸⁰. Esta definición siendo genérica por referirse a la referencia explícita e implícita y a la comparación genérica entre ofertas deja fuera a la publicidad adhesiva, cosa que no ocurre en la doctrina de Norte América que admite esta publicidad de alineación con la competencia.

Otra definición de la doctrina resalta el carácter de confrontación: "Toda acción que comporta una confrontación pública de la actividad, prestaciones o establecimiento, comúnmente de lo propio con lo de un tercero, hecha con el objeto de resaltar, de forma directa o indirecta, la primacía o la mayor conveniencia de una de las ofertas comparadas, comúnmente de la propia oferta sobre la del tercero o terceros afectados por la comparación"⁵⁸¹.

Otra definición, dentro de esta tendencia, es aquella que dice⁵⁸²: "Existe publicidad comparativa siempre que se enfrente en un anuncio la oferta del anunciante a la de uno o varios de sus competidores, identificándolos expresamente, o proporcionando los parámetros suficientes para que estos sean identificables". En donde se alude a la forma explícita o implícita de comparar.

En consecuencia, la publicidad comparativa "es aquella especie de publicidad en la que el anunciante contrapone su oferta a la de uno varios competidores identificados o identificables, resaltando las características o

⁵⁸⁰ TATO PLAZA, *La publicidad comparativa*, oc. p. 41.

⁵⁸¹ TATO PLAZA, *La publicidad comparativa*, oc. p. 41.

⁵⁸² Vid. JAECKEL KOVACS, "La publicidad engañosa y la publicidad comparativa", en *Revista Teleley* [en línea], <www.jaekelabogados.com>, [consulta: 22-5-2002], oc. p. 4.

valores agregados que hacen que el producto anunciado sea mejor que aquellos con los que es comparado⁵⁸³.

5. Definición jurisprudencial y legal

Además de la definición dada por la doctrina, también los tribunales de justicia han elaborado su propio concepto.

La jurisprudencia menor de las Audiencia Provinciales también se ha pronunciado sobre este tipo de publicidad. La Audiencia Provincial de Madrid al resolver por sentencia el asunto "Pepsi Cola de España SA" contra "Coca Cola de España", define la publicidad comparativa como "aquella mediante la que el anunciante contrapone la propia oferta a la de un competidor con la finalidad de demostrar la inferioridad de los productos ajenos frente a los propios"⁵⁸⁴.

Como definición legal amplia tenemos la de propia Directiva 97/55/CE, que en su artículo 2 apartado bis señala: "toda publicidad que aluda explícita o implícitamente a un competidor o a los bienes o servicios ofrecidos por un competidor".

Otras referencias legales a la publicidad comparativa se hacen desde la negatividad, para señalar la ilicitud, en el caso de la Ley General de Publicidad, de 11 de noviembre de 1988 (art. 6) antes de la reforma, o el acto de comparación desleal en la Ley de Competencia Desleal, de 1991 (art. 10).

El art. 3 LGP establece las clases de publicidad ilícitas, entre ellas la publicidad desleal⁵⁸⁵, y el art. 6 LGP, en la redacción anterior a la reforma, establece el supuesto de publicidad comparativa desleal: "Es publicidad desleal: c) La publicidad comparativa cuando no se apoye en características esenciales, afines y objetivamente demostrables de los productos o servicios, o

⁵⁸³Cfr. JAECKEL KOVACS, "La publicidad engañosa y la publicidad comparativa", en *Revista teleley* [en línea], <www.jaekelabogados.com>, [consulta: 22-5-2002], oc. p. 4

⁵⁸⁴ Sentencia de 8 de marzo de 1993, Audiencia Provincial de Madrid, citada por BOTIJA M, en revista *La Ley*, de 16-8-1994, "Ilícito desleal y publicitario en la publicidad comparativa y engañosa", p. 1.

cuando se contrapongan bienes o servicios con otros no similares o desconocidos, o de limitada participación en el mercado”.

Este artículo 6 LGP fue propuesto para modificación a causa de la Directiva 97/55/CE, por el Proyecto de Ley de 16 de noviembre de 2001. El art. 6 bis nuevo de LGP reproduce el concepto de publicidad comparativa dado por la Directiva 97/55/CEE. Artículo 6 bis.1. “A los efectos de esta Ley, será publicidad comparativa la que aluda explícita o implícitamente a un competidor o a los bienes o servicios ofrecidos por él”.

Definición legal propuesta que adolece de parte de los elementos que la doctrina ha considerado necesarios para esta forma de publicidad. No menciona, entre otros elementos, el carácter de confrontación pública con la empresa o empresas competidoras o sus productos, con el objetivo de que el consumidor conozca y compare las ventajas de cada opción y prefiera al anunciante, por ser superior.

Finalmente se aprueba la nueva redacción del artículo 6 por Ley de 28 de octubre de 2.002. El artículo único de esta Ley dice: Modificaciones de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad.1. El artículo 6 de la Ley General de Publicidad tendrá la siguiente redacción: «Artículo 6. Es publicidad desleal:

c) La publicidad comparativa cuando no se ajuste a lo dispuesto en el artículo siguiente”.

2. Se introduce un artículo 6 bis en la Ley General de Publicidad con la siguiente redacción: «Artículo 6 bis.1. A los efectos de esta Ley, será publicidad comparativa la que aluda explícita o implícitamente a un competidor o a los bienes o servicios ofrecidos por él.

2. comparación estará permitida si cumple los siguientes requisitos: a) Los bienes o servicios comparados habrán de tener la misma finalidad o

³⁶⁵ Art. 3 LGP: Es ilícita: c) La publicidad desleal.

satisfacer las mismas necesidades. b) La comparación se realizará de modo objetivo entre una o más características esenciales, pertinentes, verificables y representativas de los bienes o servicios, entre las cuales podrá incluirse el precio. c) En el supuesto de productos amparados por una denominación de origen o indicación geográfica la comparación sólo podrá efectuarse con otros productos de la misma denominación. d) No podrán presentarse bienes o servicios como imitaciones o réplicas de otros a los que se aplique una marca o nombre comercial protegido. e) Si la comparación hace referencia a una oferta especial se indicará su fecha de inicio, si no hubiera comenzado aún, y la de su terminación, y se indicará que dicha oferta está supeditada a las existencias del producto ofertado cuando así suceda. f) No podrá sacarse una ventaja indebida de la reputación de una marca, nombre comercial u otro signo distintivo de algún competidor, ni de las denominaciones de origen o indicaciones geográficas de productos competidores. 3. En aquellas profesiones colegiadas en las que en virtud de lo dispuesto en el artículo 8.1 de la presente Ley resulte de aplicación una norma especial o un régimen de autorización administrativa previa en relación con su actividad publicitaria, la publicidad comparativa de sus servicios profesionales se ajustará a lo que se disponga en dicha norma o régimen. Los requisitos que conforme a esta Ley ha de reunir la publicidad comparativa para ser considerada lícita deberán ser exigidos, en todo caso, por la normativa especial a la que se refiere el párrafo anterior, la cual podrá establecer, además, otras limitaciones o prohibiciones del uso de comparaciones en la publicidad. 4. El incumplimiento de los requisitos previstos en el apartado 2 del presente artículo y, en general, cualquier publicidad desleal que induzca a error a los consumidores tendrá la consideración de infracción a los efectos previstos en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios”.

Esta definición legal parte de considerar que lo importante en la publicidad comparativa es la protección de los intereses del consumidor. A la definición se acompañan los requisitos que debe reunir la publicidad comparativa para ser considerada lícita (art. 6 bis.2 LGP). En cuanto a los apartados del artículo 6 bis.2 veámoslos por separado.

Apartado primero: "a) Los bienes o servicios comparados habrán de tener la misma finalidad o satisfacer las mismas necesidades".

Este requisito significa que la comparación se tiene que hacer entre bienes que sean homogéneos y adecuados para el mismo fin.

Apartado segundo: "b) La comparación se realizará de modo objetivo entre una o más características esenciales, pertinentes, verificables y representativas de los bienes o servicios, entre las cuales podrá incluirse el precio".

Se resalta en este apartado la importancia de comparar lo importante del producto o servicio en sí, para aportar información valiosa y que además los datos aportados sean veraces. Para el consumidor es la información de lo importante lo que le interesa y su veracidad, y no la información superflua y secundaria sobre elementos de segundo orden de lo comparado⁵⁸⁶.

En cuanto a los elementos a comparar la ley permite que sólo se compare un solo elemento o característica del producto, pero siempre que éste sea importante para el consumidor, pudiendo ser con el precio únicamente. Es obvio que la variable "precio" es una de la más tenida en cuenta por el consumidor a la hora de decidir su compra, aunque se puede cuestionar la oportunidad de hacerlo constar⁵⁸⁷. Con anterioridad no se hacía ni en el reformado artículo 6 LGP ni en el art. 10 LCD, aunque en la práctica si se habían hecho muchas campañas basadas exclusivamente en la comparación de precios (por ejemplo la publicidad de la empresa de telefonía Jazztel con sus competidoras Telefónica, Retevisión, BT y Uni2).

Apartado quinto: "e) Si la comparación hace referencia a una oferta especial se indicará su fecha de inicio, si no hubiera comenzado aún, y la de su terminación, y se indicará que dicha oferta está supeditada a las existencias del producto ofertado cuando así suceda".

⁵⁸⁶ BARRIO GARCIA, *La publicidad comparativa, situación...* oc. p. 77.

⁵⁸⁷ BARRIO GARCIA, *La publicidad comparativa, situación...* oc. p. 77.

Este apartado está relacionado con el anterior ya visto de la comparación basada en la variable <<precio>>. Se trata de preservar a los consumidores frente a las ofertas que les puedan crear confusión, haciéndoles creer que el periodo de precios rebajados no ha terminado. Con este párrafo se establecen unas condiciones mínimas. Este precepto tampoco estaba en la legislación anterior. No obstante es cuestionable también que éste sea su lugar más adecuado.

Apartado tercero: <<c) En el supuesto de productos amparados por una denominación de origen o indicación geográfica la comparación sólo podrá efectuarse con otros productos de la misma denominación. >>.

Apartado cuarto: "d) No podrán presentarse bienes o servicios como imitaciones o réplicas de otros a los que se aplique una marca o nombre comercial protegido".

Apartado sexto: "f) No podrá sacarse una ventaja indebida de la reputación de una marca, nombre comercial u otro signo distintivo de algún competidor, ni de las denominaciones de origen o indicaciones geográficas de productos competidores".

Los signos distintivos de las empresas son cada vez más importantes, aumentando su utilización cada vez más. El derecho marcario cada vez está más desarrollado y trata de conjugar los intereses de los propietarios de las marcas y demás signos distintivos con los intereses superiores de los consumidores y de la competencia. De ahí que se establezcan estas limitaciones en materia de publicidad.

Este tipo de publicidad adhesiva y confucionista estaba regulada en el anterior artículo 6 LGP como desleal, y en el nuevo artículo 6 LGP se ha

mantenido, con leves retoques, con lo cual, y añadiendo este nuevo artículo 6 bis b) se viene a reforzar la prohibición de este tipo de publicidad⁵⁸⁸.

Punto 3º del artículo 6 bis: "3. En aquellas profesiones colegiadas en las que en virtud de lo dispuesto en el artículo 8.1 de la presente Ley resulte de aplicación una norma especial o un régimen de autorización administrativa previa en relación con su actividad publicitaria, la publicidad comparativa de sus servicios profesionales se ajustará a lo que se disponga en dicha norma o régimen. Los requisitos que conforme a esta Ley ha de reunir la publicidad comparativa para ser considerada lícita deberán ser exigidos, en todo caso, por la normativa especial a la que se refiere el párrafo anterior, la cual podrá establecer, además, otras limitaciones o prohibiciones del uso de comparaciones en la publicidad".

Este apartado pone de manifiesto el problema de la publicidad comparativa en determinados colectivos, como abogados. Se destaca que la publicidad comparativa que se haga debe de regularse por su normativa especial, pero respetando los requisitos de este art. 6 bis de LGP, con la posibilidad de establecer otras condiciones.

Punto 4º del art. 6 bis: "4. El incumplimiento de los requisitos previstos en el apartado 2 del presente artículo y, en general, cualquier publicidad desleal que induzca a error a los consumidores tendrá la consideración de infracción a los efectos previstos en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios".

Remisión lógica si se tiene en cuenta que es la LCU la que establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de legislación del consumidor.

II CARACTERÍSTICAS

1. Introducción

⁵⁸⁸ BARRIO GARCIA, *La publicidad comparativa, situación...* oc. p. 78.

En la publicidad comparativa asistimos a una doble imagen. Primero se anuncia la propia empresa, o sus productos propios y además se anuncia a la competencia o sus productos; en segundo lugar, se comparan, de manera explícita o implícita, las ventajas y desventajas del anunciante o sus productos sobre los de la competencia. Esta comparación entre empresas, productos o servicios se hace con el objetivo de resaltar las ventajas del anunciante sobre la competencia o productos comparados, de tal manera que los consumidores prefieran elegir a la empresa anunciante o a sus productos, sobre la empresa o productos de la competencia.

Sobre la categoría del anunciante, hay que entender la figura de la publicidad comparativa con una concepción más amplia, que permita la comparación de aspectos corporativos o características entre las empresas como participar también a los nuevos agentes sociales que tienen un papel clave en la defensa de los consumidores. Nos referimos a las asociaciones de consumidores y a los organismos públicos especializados como la OMIC o el INC.

También hay que considerar, excepcionalmente, como publicidad comparativa aquella que la propia empresa hace entre sus diferentes productos, que está justificado por las ventajas que esta información aporta al consumidor⁵⁸⁹.

Por último, la comparación realizado con carácter genérico también hay que considerarla como publicidad comparativa, aunque no sea comparación explícita o implícita con la competencia o su oferta⁵⁹⁰.

2. Referencia simultanea a la oferta del anunciante y a la oferta de la competencia

589 Que es el fundamento de la admisión de la publicidad comparativa; véase el artículo: *Aplicación de la Directiva 97/55/CE al derecho español, en el Boletín nº 1 de la Asociación de Consumidores y Usuarios Paris, 1999*, del que es autor el autor de este estudio Luis Gutiérrez.

590 Como en el caso de una marca de zumos, que presenta la ventaja de su oferta frente a la operación de exprimir la fruta por el consumidor.

Ya hemos visto como la comparación implícita o explícita con la empresa o los productos o servicios de la competencia es la base de la publicidad comparativa. Pero la mera referencia no basta para entender una publicidad como comparativa, sino que es necesario que se haga referencia a los productos o servicios propios.

La formulación de juicios críticos sobre el competidor es publicidad denigratoria, a no ser que se acompañe de la comparación con el producto propio. Además, y ahondando en la definición, la referencia conjunta debe ser con ánimo de comparar y resaltar las ventajas de los productos propios. Por el contrario, si de lo que se trata es de resaltar la equivalencia entre las dos ofertas estaríamos ante un caso de publicidad adhesiva⁵⁹¹.

Otra cuestión planteada en esta publicidad, es el de la veracidad de las afirmaciones publicitarias. Para parte de la doctrina, es un elemento fundamental de la publicidad comparativa⁵⁹². Sin embargo este elemento –la verdad- debe ser un requisito de licitud, pero no constitutivo de esta⁵⁹³. En este sentido, la propia normativa legal lo establece claramente, la Ley General de Publicidad en el art. 6.1.b) y la Ley de Competencia Desleal en el art. 10. La no veracidad de la publicidad la convierte en publicidad engañosa, y por tanto ilícita, sea comparativa o no.

La primera característica de la publicidad comparativa es la referencia a la competencia, junto a la propia⁵⁹⁴. Esta referencia puede ser explícita o implícita⁵⁹⁵; la concepción de una u otra forma plantea no pocos problemas doctrinales, sobre todo la publicidad comparativa implícita. La publicidad comparativa explícita supone una referencia directa a la empresa o empresas

591 Vid. por todos FERNANDEZ NOVOA, *Estudios de derecho de la publicidad*, p. 206.

592 FRANCO, autor alemán que señala que en caso contrario estaríamos ante una publicidad engañosa, unos supuestos de competencia desleal, en *Unfair advertising and comparative advertising*, p. 138.

593 TATO PLAZA, *La publicidad comparativa*, oc., p. 41

594 Vid., entre otros, VON Soller, *Meinungsfreiheit und unternehmensschädigende Äusserung*, p. 295; VON Gamm, *Wettbewerbsrecht*, volumen I, p. 366; Baumbach/Hefemehl, *Ettbewerbsrecht*, p. 513; También hay que entender que también se refieren a los competidores las formas de publicidad alusiva.

595 TATO PLAZA, *La publicidad comparativa*, oc, p. 21-22.

competidoras y sus distintas marcas o productos⁵⁹⁶. En el caso de la publicidad comparativa implícita es más difícil determinar cuando se produce. Se entiende por la doctrina que debe ser una referencia inequívoca⁵⁹⁷. En la práctica es difícil determinar cuando nos encontramos con una publicidad de estas características, y su calificación se convierte en lo que algunos autores interpretan como una *crux interpretationis*⁵⁹⁸.

Como regla general podemos señalar, con la doctrina mayoritaria, que la referencia inequívoca existe cuando un sector significativo de los consumidores puede deducir, en función de las circunstancias, a qué competidor se refiere el anuncio publicitario⁵⁹⁹.

Es por la importancia de delimitar conceptos y clarificar posiciones por lo que se sostiene por parte de algunos agentes sociales la necesidad de que en la definición legal de publicidad comparativa se haga alusión clara a las dos formas de publicidad comparativa: la explícita y la implícita⁶⁰⁰.

3. Formas de identificar a la competencia

De todas las alusiones o referencias a los competidores que se puedan incluir en la publicidad, la Doctrina⁶⁰¹ considera que hay unas que favorecen la identificación por los consumidores del competidor, y otras, por el contrario, se consideran que perjudican este objetivo.

A) Referencias que favorecen la identificación del competidor

⁵⁹⁶ Su nombre comercial o marca, o su establecimiento mercantil, como señal clara de cual es el competidor al que se trata de menoscabar.

⁵⁹⁷ VON Gamm, *Wettbewerbsrecht*, volumen I, p. 366; Ingelman, *WRP*, 1960, p. 178; REIMER, *Persönliche und Vergleichende Werbung*, p. 22; REIMER/VON Gamm, *Wettbewerbs und Warenzeichenrecht*, p. 191.

⁵⁹⁸ VON Koller, *Meinungsfreiheit und unternehmensschädigende Äusserung*, p. 296.

⁵⁹⁹ VON Gamm, *Wettbewerbsrecht*, volumen I, p. 366; REIMER, *Personalities und Vergleichende Werbung*, p. 23; REIMER/VON Gamm, *Wettbewerbs und Warenzeichenrecht*, p. 191.

⁶⁰⁰ Asociación de Consumidores Paris, *Boletín de la Asociación*, "Informe sobre la publicidad comparativa", 2001, fuente archivo de la Asociación.

⁶⁰¹ REIMER, *Persönliche und Vergleichende Werbung*, p. 24; REIMER/VON Gamm, *Wettbewerbs und Warenzeichenrecht*, p. 303-304.

Estas son las siguientes: La agresividad del mensaje publicitario, la evocación de la publicidad del competidor en la propia publicidad, la matización de la expresión publicitaria, las circunstancias derivadas del momento o del lugar en el que se difunde la publicidad, las circunstancias derivadas de la estructura del mercado y la publicidad dirigida a un público determinado.

a) La agresividad del mensaje publicitario

Una publicidad agresiva es más fácil que impacte en el destinatario y por lo tanto que éste identifique más fácilmente al competidor⁶⁰². Hay dos formas de realizar esta comparación y que puede llevar el mensaje: una es utilizar una expresión con un superlativo o comparativo en forma negativa, otra es utilizar la forma negativa de una crítica y una advertencia.

En cuanto a la utilización de la forma comparativa en el mensaje, en éste se limita a resaltar la superioridad de la empresa anunciante sobre las demás en el mercado⁶⁰³.

Un ejemplo en derecho español es el visto por el Jurado Central de Publicidad (JCP), en resolución de fecha 4-5-1978⁶⁰⁴. En este caso se analiza el mensaje publicitario <<ningún dentífrico es mejor contra la caries que Signal 22 con flúor>>, en su resolución el JCP consideró <<que las afirmaciones vertidas en la campaña publicitaria pueden ir en descrédito de otros competidores, conforme al art. 10 del Estatuto>>. Aparte de la calificación de este anuncio como un supuesto de denigración publicitaria de la competencia que considera el JCP⁶⁰⁵, también aparece una referencia implícita clara a los competidores al utilizarse la forma negativa del comparativo.

⁶⁰² Baumbach/Hefemehl, Etbewerbsrecht, p. 523. MEYER, Die Kritisierende vergleichende Werbung, p. 268.

⁶⁰³ TATO PLAZA, <<existiría, de este modo, un supuesto de publicidad de tono excluyente>>, en La publicidad comparativa, p. 23. También EICHMANN en la obra de que es autor Die vergleichende Werbung in theorie und praxis, p. 140-141, pone el ejemplo del mensaje <<el hotel líder del lugar>>, en que resalta la preeminencia de ese hotel, sobre el mensaje <<ningún hotel en este lugar alcanza nuestros niveles de ocupación>>, en si hay una referencia a los demás hoteles de la competencia.

⁶⁰⁴ JCP, resolución de 4-5-1978, citada por TATO PLAZA, como inédita, en archivo del Instituto de Derecho Industrial de la Universidad de Santiago de Compostela.

⁶⁰⁵ LEMA DEVESA, La publicidad de tono excluyente, oc. p. 531.

No obstante, no siempre es suficiente el tono agresivo de carácter negativo para entender implícitamente que se está refiriendo a los competidores, sino que hacen falta más elementos o circunstancias especiales. Ejemplo de esta última aseveración es la sentencia del OLG de Düsseldorf de 5-4-1957⁶⁰⁶. Esta sentencia resolvió sobre el mensaje <<podemos asegurarle que hoy en día no existe en el mundo un material mejor para la confección de cortinas>>. Este mensaje en tono negativo le daba un especial aire agresivo, pero era sobre todo el ir destinado a un público especializado lo que lleva a afirmar al Tribunal que se trata de un caso de publicidad comparativa.

El otro supuesto planteado, que es unir en el mensaje una advertencia al consumidor y una crítica a la competencia es también un supuesto de publicidad comparativa agresiva, en cuanto el público puede identificar implícitamente a la competencia⁶⁰⁷. Un caso referido a este supuesto es el resuelto en la sentencia alemana de BGH de fecha 8-5-1952⁶⁰⁸; en este caso se juzgaba la expresión <<!!No se dejen impresionar por los anuncios de empresas foráneas en las que se prometen muchas cosas!!>>, considerándose que la unión de una advertencia y una crítica imprimía un carácter agresivo al mensaje que permitía identificar implícitamente a la empresa extranjera que realizaba en aquel momento una campaña de promoción⁶⁰⁹.

b) La evocación de la publicidad del competidor en la propia publicidad

⁶⁰⁶ OLG de 5-4-1957, GRUR 1958, p. 398 ss.

⁶⁰⁷ Con la advertencia se trata de que el consumidor no se confunda, como en el anuncio en que la empresa advierte <<cuidado no tengo ninguna sucursal en esta ciudad>>. Sobre la advertencia véase EICHMANN en la obra de que es autor *Die vergleichende Werbung in theorie und praxis*, p. 164-165.

⁶⁰⁸ BGH, sentencia de 7-5-1952, GRUR 1952, p. 582 ss.

⁶⁰⁹ Un caso similar fue enjuiciado en la OLG de Nuremberg, en la sentencia de 15-12-1955 [WRP 1956, p. 129 ss.], el anuncio controvertido era el siguiente <<¿considera usted necesario comprar su valioso abrigo de piel en tabernas a vendedores ambulantes, sin ningún tipo de sosiego o tranquilidad?, ¿Por que no acude usted a un comercio especializado, donde a menor precio se le ofrecerá todo lo que su corazón anhela y donde usted podrá escoger con tranquilidad entre centenares de tipos de abrigo de piel? Además, con el tiempo, si su abrigo necesita algún tipo de reparación sabrá a donde acudir>>. Este tono agresivo de advertencia y

La imitación de la publicidad del competidor puede dar a entender al consumidor, en un porcentaje muy alto, que se refiere a él mismo.

Este tipo de publicidad se presentó en un caso resuelto por la sentencia del Tribunal Supremo austriaco, de fecha 26-9-1978⁶¹⁰. La cuestión se suscitó por un anuncio de una empresa "nadie cocina de una manera más exquisita", posteriormente otra empresa de la competencia lanzó su campaña publicitaria con el lema "alguien cocina de una manera más exquisita". El Tribunal entendió, acertadamente, que la segunda publicidad daba a entender que se refería a la empresa del primer anuncio.

c) La matización de la expresión publicitaria

Otra forma que refuerza el efecto de la publicidad comparativa es la utilización de expresiones o matizaciones que facilitan que el consumidor identifique a la competencia del anunciante de manera negativa⁶¹¹.

Un supuesto real de este tipo es el resuelto por la sentencia del OLG de Stuttgart, de fecha 25-4-1980⁶¹², donde se enjuiciaba la expresión <<en nuestra región es prácticamente imposible vender más barato>>. De esta expresión el Tribunal entendió que era la expresión <<en nuestra región>>, lo que le daba la nota, implícita, de publicidad comparativa, ya que permite identificar a los competidores por el ámbito territorial donde realizan su actuación. Otro caso es el de los sastres de Nueva Cork, analizado por BRANDT⁶¹³.

d) Circunstancias derivadas de la coincidencia espacial y temporal de dos publicidades

crítica, unido a que en ese momento una empresa competidora estaba haciendo una campaña hacia que fuera identificada implícitamente. Por tanto se consideraba publicidad comparativa.

⁶¹⁰ Citado por TATO PLAZA, *La publicidad comparativa*, oc. p. 26, TS de Austria, de fecha 26-9-1978, Óbi, 1978, pp. 145 ss.

⁶¹¹ Entre otros EICHMANN, *Die vergleichende Werbung in theorie und praxis*, p. 141-142.

⁶¹² OLG de Stuttgart, de fecha 25-4-1980, *WRP* 1980, p. 718 ss.

⁶¹³ BRANDT, MA, p. 750, citado por TATO PLAZA, *La publicidad comparativa*, p. 26, donde se refiere a 3 anuncios: el primero era <<el mejor sastre de la ciudad>>, el 2º <<aquí encontrara usted el mejor sastre del mundo>> y el 3º <<el mejor sastre de esta calle>>. Es el 3º anuncio donde se matiza que es el mejor sastre de la calle con lo que se hace una referencia implícita clara a la competencia, que no se hacía en los otros anuncios.

Como señala la doctrina⁶¹⁴, la coincidencia puede ser cuando las campañas "se difunden al mismo tiempo y también aquellos otros casos en los que dos campañas se suceden en un corto período de tiempo". Otro supuesto de este tipo es cuando la campaña se desarrolla en el mismo medio publicitario en que se desarrolló anteriormente la campaña de la competencia⁶¹⁵.

Un ejemplo de este tipo se encuentra en la sentencia del OLG de Nuremberg de fecha 15-12-1955⁶¹⁶. En ella se resolvió el caso de un anuncio publicitario sobre venta de artículos de pieles que aparece el mismo día en que se anunciaba la venta de pieles de otro comerciante ambulante. El Tribunal entendió que estamos ante un caso de publicidad comparativa, pues aunque no se citaba al competidor, el anunciarse el mismo día (coincidencia temporal y espacial) permitía al consumidor entender perfectamente que se refería al primer comerciante que hacía su anuncio de venta para un día determinado. Otro supuesto es el de los dentríficos marca Chlorodont y marca Odol, visto por la sentencia del RG alemán e fecha 12-12-1930⁶¹⁷.

Dentro del derecho patrio, destaca la resolución del JCP de fecha 3-2-1967⁶¹⁸. El asunto <<Sarrío, SA de papeles>> versus <<<<Papeles pintados infanta>> se refería a anuncios coincidentes: <<Colowal es colosal>> <<de calidad excepcional>>, etc., del demandante y los de la demandada: <<Coverpal... mucho más resistente>>. El Jurado entendió que las expresiones del segundo competidor contenían una clara referencia al primero, puesto que se estaban realizando las dos campañas en un periodo de tiempo similar.

d) Circunstancias derivadas de la estructura del mercado

⁶¹⁴ TATO PLAZA, *La publicidad comparativa*, oc. p. 27.

⁶¹⁵ Por todos EICHMANN, *Die vergleichende Werbung in theorie und praxis*, OC, pp. 181-182.

⁶¹⁶ **sentencia del OLG de Nuremberg de fecha 15-12-1955**

⁶¹⁷ Caso entre dentríficos marca Chlorodont y marca Odol, visto por la sentencia del RG alemán e fecha 12-12-19, que estimo que no era publicidad comparativa, aunque la mayoría de la doctrina sí, por la coincidencia de espacio y tiempo (véase EICHMANN, *Die vergleichende Werbung in theorie und praxis*, p. 181).

⁶¹⁸ JCP, resolución de 3-3-1967, inédita citada por TATO PLAZA (*la publicidad comparativa* p. 28), en archivo de Instituto de Derecho Industrial de la Universidad de Santiago de Compostela.

En este caso es la propia estructura del mercado lo que determina que una publicidad sea comparativa o no.

En el caso de un mercado controlado por dos empresas, cualquier publicidad que haga una de ellas, los consumidores entenderán que se refiere a la otra, aunque no se explicita. En el caso de un mercado controlado por varias en una situación de oligopolio o poder concentrado, ocurre igual, la publicidad de cualquiera de ellas significa una comparación con las demás. Esto es así porque el consumidor también conoce perfectamente la situación del mercado y el porcentaje de control de cada una de las empresas⁶¹⁹.

Hay casos que abordan esta cuestión, como el juzgado por la sentencia alemana del OLG de Stuttgart, de fecha 11-2-1954⁶²⁰. El mensaje publicitario demandado era <<la seda Gutermänn es la mejor>> (Gütermann's Nähseide ist die beste). El tribunal entendió que, después de las pruebas practicadas, la empresa demandada ocupaba el 60% del mercado, y la empresa demandante el 30% del mercado; residualmente un 10% del mercado era repartido entre otras pequeñas empresas. Por lo que este anuncio perfectamente identifica al competidor sin decirlo, por lo que debía ser considerado publicidad comparativa.

Otro caso publicitario, y de los más celebres, fue el pleito entre las dos bebidas refrescantes Coca-Cola y Pepsi-cola. En Alemania se denunció por Coca-Cola un spot publicitario de Pepsi-cola en el que se pregunta a un chico cuantas bebidas de cola conoce y qué es lo que más aprecia. El chico responde que conoce 3 o 4 y que lo que más aprecia de ellas es el sabor. Cuando bebe de tres de ellas, se le pregunta cuál es la que más le gusta y una vez que responde, se destapa y resulta que es Pepsi-cola. El Tribunal BGH, en

⁶¹⁹ EICHMANN, *Die vergleichende Werbung...*, oc. p. 182 ss. Siendo la cuota de mercado indicio claro del poder y conocimiento que se tiene de cada uno de los competidores oligárquicos.

⁶²⁰ Sentencia del OLG de Stuttgart, de fecha 11-2-195, GRUR de 1955, p. 50 ss.

su sentencia de 22 de mayo de 1986⁶²¹, estimó que dado que en aquel momento Coca cola copaba el 75% del mercado, Pepsi-cola el 12% y las restantes marcas el 13%, el público destinatario de la publicidad entenderá que se está haciendo implícitamente una comparación con la bebida Coca-Cola.

Esta contienda publicitaria entre Coca-Cola y Pepsi-cola también se produjo en España. Coca-Cola demandó a Pepsi-cola por un anuncio en que un cantante conocido –M. C. Hammer– aparece cantando una canción de estilo fuerte <<rap>> y bebiendo Pepsi-cola; en un momento dado se le cambia la bebida por otro refresco para <<veamos que pasa si cambiamos su pepsi por otro refresco de cola>>. Después de beber del nuevo refresco se le va la energía y canta de forma apagada, causando la indignación de su público. De nuevo se le da a beber Pepsi-cola y vuelve el ritmo trepidante y el consiguiente entusiasmo de sus seguidores. Conclusión <<Pepsi es lo de hoy>>.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 44 de Madrid, de 7-01-1992, estimó la demanda, en cuanto el público entiende que toda referencia a una bebida con cola, se está refiriendo a la marca Coca-Cola por el fuerte dominio del mercado que ésta tiene. Esta sentencia fue apelada y la Audiencia Provincial de Madrid desestimó la apelación⁶²².

Existen, como hemos visto, razones a favor y en contra para mantener que por la estructura del mercado se pueda estar ante una comparación publicitaria implícita. Un sector de la doctrina alemana se opuso a esta concepción por las siguientes razones⁶²³:

Esta consideración de que cualquier publicidad genérica la podrían entender las grandes empresas como una alusión a ellas, generaría un

⁶²¹ BGH, sentencia de 22-5-1986, GRUR, 1987, p. 49 ss., citado por TATO PLAZA, en *Publicidad comparativa*, oc. p. 31.

⁶²² La desestimación de la Audiencia Provincial de Madrid de 8-3-1993 [RGD 1993, p. 6.258] se basó en que el anuncio es más una exageración que poner de manifiesto los defectos de Coca-Cola y fundamentada en el testimonio de un famoso cantante sobre su preferencia por una marca, pero sin referirse a ninguna en concreto. Esta sentencia está apelada ante el TS.

⁶²³ Teniendo en cuenta que estas argumentaciones se hacen cuando en Alemania era ilícita la publicidad comparativa, por lo cual carecen de sentido en un contexto como el actual, de licitud de la publicidad comparativa, Nota del autor.

privilegio para las grandes empresas abusivo e impediría a las pequeñas empresas hacer publicidad en sectores controlados por las grandes (en el momento en que se formula esta teoría, la publicidad comparativa está prohibida en Alemania⁶²⁴).

También se considera que el hacer esta distinción crea dos tipos de publicidad, la que se puede hacer en los mercados oligopolísticos y la que se puede hacer en mercados competitivos.

También hay que considerar que el anunciante no es el responsable de la estructura del mercado, solo es responsable de su anuncio y la identificación de otro competidor es un efecto secundario.

En conclusión, podemos afirmar que estamos ante un caso de publicidad comparativa cuando el público, o la mayor parte del público, entiende que una determinada publicidad se está refiriendo a la competencia por la estructura de mercado.

f) Publicidad dirigida a un colectivo especial

Cuando la publicidad se dirige a consumidores o usuarios especializados ésta debe tener en cuenta que no es tan fácil manipularlos, y que, además, conocen a la competencia.

La referencia en este caso se puede entender publicidad comparativa, pues aunque no se diga el nombre de la empresa competidora está claro para el público especializado que se está refiriendo a él. Un caso particular se resolvió en la sentencia del RG de fecha 17-4-1944. Se trataba de una empresa farmacéutica que fabrica un fármaco antirraquítico con vitamina D2 que demanda a otra porque esta en su anuncio alega que, según recientes investigaciones, su fármaco con vitamina D3 es más eficaz que la vitamina D2. La sentencia estimó que se trataba de publicidad comparativa puesto que,

⁶²⁴ BAUMBACH-HEFERMEHL, *Wettbewerbsrecht*, p. 524 y otros. Doctrina que también tuvo cierta acogida en el ámbito doctrinal.

aunque no mencionaba el nombre de ninguna empresa, el público especializado a que se dirigía (médicos y farmacéuticos) sabía perfectamente que se refería a la empresa demandante⁶²⁵.

B) Referencias que reducen las posibilidades de identificación del competidor

Estas referencias son las siguientes: La retórica publicitaria, los versos publicitarios, la exageración publicitaria y el humor publicitario.

a) La retórica publicitaria

La retórica publicitaria se refiere a frases reiteradamente utilizadas en publicidad⁶²⁶. La utilización de estas expresiones muy repetidas genera, según la doctrina⁶²⁷ la pérdida de eficacia de las mismas y su poco impacto en cuanto a la competencia. Como señala la doctrina: "él público no toma en serio o no toma literalmente las expresiones o giros publicitarios muy trillados". Las consecuencias de estos mensajes y giros publicitarios es que el consumidor no se lo toma en sentido literal⁶²⁸.

Un ejemplo fue el anuncio juzgado por un tribunal alemán en la sentencia del 5-2-1965⁶²⁹. La expresión juzgada era <<AEG Lavamat, ésta y ninguna otra>> (AEG Lavamat, den und keinen anderen), y el tribunal estimó que este giro habitual no permitía entender al consumidor que se estaba refiriendo a otros productos de la competencia.

b) Los versos en publicidad

Otra táctica empleada por los anunciantes para llamar la atención de los consumidores sobre su producto es presentar su publicidad en verso.

⁶²⁵ Comentado por REIMER, *Persönliche und Vergleichende Werbung*, oc, p.26.

⁶²⁶ En la praxis publicitaria española son de prestigio frases como "Z lava mas blanco", o "Y blancura superior", "ahorre mas" o "ahorre tiempo y dinero".

⁶²⁷ LEMA DEVESA, *La publicidad de tono excluyente*, oc, p. 131-132.

⁶²⁸ EICHMANN, *Die vergleichende Werbung...*, oc. p. 168.

La reacción del público ante la poesía publicitaria es ambivalente, se la aprenden fácilmente pero no la analizan en su contenido. Como señala LEMA DEVESA⁶³⁰ <<la propia rima sonora del verso provoca que los destinatarios de la publicidad lo aprendan fácilmente y lo memoricen sin dificultad. Pero al mismo tiempo, la construcción agradable al oído del estribillo publicitario hace que el público no se detenga a analizarlo gramaticalmente y, en consecuencia, no toma al pie de la letra el correspondiente slogan>>.

En definitiva, va a ser la sonoridad del verso lo que enganche al público y no la referencia a otros competidores, pues el público no va a investigar el sentido gramatical del mismo⁶³¹.

La práctica jurisprudencial también va a entenderlo así, como es el caso de los dictámenes reiterados de la Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs alemana. Como ejemplo, un dictamen de 1959⁶³². En él se examinaba un anuncio <<si estás al corriente de los precios, compra sólo en establecimiento Steiner>> (en el original alemán, esta frase era un pareado: kennst du dich in Presien aus, kaufst du nur in Steiner haus). En su dictamen, la Zentrale estimó que no había una referencia inequívoca a otros competidores determinados. Al no reflexionar el público sobre esta expresión impedía que hubiera una verdadera publicidad comparativa⁶³³.

c) La exageración publicitaria

En esta modalidad de anuncio, se hacen alegaciones o se vierten frases y expresiones sobre el producto del anunciante de contenido fácilmente reconocible como exagerado por el consumidor y que por lo mismo nadie exigirá que se pruebe lo dicho⁶³⁴. Son lícitas en cuanto la exageración en sí no

⁶²⁹ BGH, sentencia de fecha 5-2-1965, GRUR 1965, oc, p. 365 ss.

⁶³⁰ LEMA DEVESA, *La publicidad de tono excluyente*, oc, p. 128-129.

⁶³¹ EICHMANN, *Die vergleichende Werbung...*, oc, p. 172.

⁶³² Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs alemana, dictamen en el caso 341-187/59 DW 1959, p. 48.

⁶³³ EICHMANN, *Die vergleichende Werbung...*, oc, p. 173.

⁶³⁴ LEMA DEVESA, *La publicidad de tono excluyente*, oc. p. 112 ss.

es necesario probarla, pues se considera una expresión genérica, que no va dirigida a ningún competidor en particular⁶³⁵.

Esta publicidad exagerada es lícita porque no influye en la conducta o elección del consumidor.

Para la doctrina se define como "aquella alabanza de tono altisonante, concreta y comprobable, que posee un núcleo verdadero y que no es tomada en serio por él público"⁶³⁶. Esta exageración no es tomada por él público como seria y lo más que origina es una sonrisa indulgente⁶³⁷.

De esta manera la exageración publicitaria no puede provocar ninguna creencia acerca de la realidad y, en consecuencia, no es apta para determinar la conducta de los destinatarios en el mercado, de donde se sigue que no es un acto de engaño⁶³⁸.

Un caso discutido en los Tribunales de Justicia españoles fue el resuelto por STS 24-2-1997, asunto Coca Cola vs Pepsi Cola, que declaró que la publicidad cuestionada era exagerada pero no comparativa.

Otro caso referido a esta clase de publicidad comparativa es el asunto LF Proas vs Procter Gamble Co 45 F 3d 709, 710 (2d Cir. 1995)⁶³⁹.

La empresa Procter Gamble, era dueña de la marca para productos de limpieza SPIC AND SPAN. En un anuncio de televisión, se mostró a su producto SPIC AND SPAN en un test de comparación donde dicho producto

⁶³⁵ Veanse entre otros FERNANDEZ NOVOA C. Estudios de Derecho..., oc. p. 168. MASSAGUER J. Comentario a la Ley de Competencia Desleal, oc. p. 232. LEMA DEVESA, *La publicidad de tono excluyente*, oc. p. 108; BOTIJA M, "Ilícito desleal y publicitario en la publicidad comparativa y engañosa", en revista La Ley, oc. p. 2. Se refiere a expresiones como <<el solo>>, <<el verdadero>>, <<el único>>, etc.

⁶³⁶ LEMA DEVESA, *La publicidad de tono excluyente*, oc. p. 112 ss.

⁶³⁷ EICHMANN, *Die vergleichende Werbung...*, oc. p. 169.

⁶³⁸ Vid. SSAP Madrid 8-III-1993 <<Pepsi es lo de hoy>>, confirmada por STS 24-II-1997; Barcelona 25-IV-1996, <<Joyas Únicas del Amor>>.

⁶³⁹ Caso emblemático donde los haya, donde la actuación inspectora del Tribunal permitió una sentencia bien fundada, declarando que la afirmación no solo era una exageración sino también una verdad (LUGO LOBATON, *La publicidad comparativa en la República Dominicana*, [en línea], <google> [consulta: 5-4-2002]. p.7).

limpió una bañera de forma más efectiva que un producto de la marca LYSOL. La empresa Procter Gamble alegó que el comercial era literalmente falso y que desinformaba al consumidor en forma implícita. El Tribunal empezó por determinar el contenido del anuncio⁶⁴⁰.

El carácter de las circunstancias de la exageración hace que el público no se la tome en serio y no reflexione sobre la posibilidad de que se esté refiriendo a la competencia⁶⁴¹. El no tomarse en serio la exageración significará que tampoco se parara a reflexionar sobre dicha exageración⁶⁴².

Un riesgo de esta publicidad es que pueda ser publicidad de tono excluyente, que sí está prohibida. La diferencia está en la credibilidad que el consumidor pueda dar al mensaje, si no se la da, no sería de tono excluyente. Será en todo caso el análisis de cada caso concreto el que nos determinará en qué caso de publicidad estamos. Deslindar la frontera entre una y otra es difícil, para la doctrina⁶⁴³, será el nivel de credibilidad de las empresas anunciante, de la precisión de los datos que se manifiesten y de los aspectos o extremos que se publiciten los que nos ayudaran a determinar si estamos ante una publicidad u otra.

d) El humor publicitario

La utilización del humor en el mensaje publicitario (chiste, ironía, sátira) no se ha considerado eficaz por la doctrina. Ello es así porque el consumidor no se detiene a analizar un chiste sino a sonreír⁶⁴⁴. No obstante en aquellos casos en que, junto al chiste o la broma, haya una referencia clara al

⁶⁴⁰ FERNANDEZ NOVOA, *Estudios de Derecho de la publicidad*, oc. p. 168. MASSAGUER, *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, oc. p. 232. LEMA DEVESA, *La publicidad de tono excluyente*, oc. p. 108. BOTIJA M, "Ilícito desleal y publicitario en la publicidad comparativa y engañosa", en revista *La Ley*, oc. p. 2. Se refiere a expresiones como <<el solo>>, <<el verdadero>>, <<el único>>, etc.

⁶⁴¹ LEMA DEVESA, *La publicidad de tono excluyente*, oc. p. 398 ss. En donde se determinan las circunstancias que pueden calificar de exagerada una publicidad.

⁶⁴² EICHMANN, *Die vergleichende Werbung in theorie und praxis*, oc. p. 172.

⁶⁴³ Vid. FERNANDEZ NOVOA, *Estudios de Derecho de la publicidad*, oc. p. 174-178. LEMA DEVESA, *La publicidad de tono excluyente*, oc. p. 469.

⁶⁴⁴ OTERO LASTRES, "Actos relevantes de competencia desleal: confusión, imitación y venta a pérdida", en *Propiedad Industrial y competencia desleal: perspectiva comunitaria, mercados virtuales y regulación procesal*, Editorial Comares, Granada, 2.001, pp. 63-97.

competidor, bien por su nombre o implícita, estaríamos, con EICHMANN⁶⁴⁵, en que el humor ya no actúa como un atenuante de la posibilidad de identificación del competidor sino, por el contrario, reforzando el efecto de la publicidad comparativa.

III UTILIZACION DE LA MARCA EN PUBLICIDAD COMPARATIVA

1. Introducción

En el modelo económico de competencia imperfecta no existe transparencia en el mercado, razón por la cual los consumidores ignoran las características de los productos o servicios que se les ofrecen⁶⁴⁶.

Muchas veces es su propia experiencia una de las formas mejores de guiarse en su toma de decisiones de compra. Con su experiencia van aprendiendo a diferenciar unas marcas de otras. De aquí la importancia de proteger el prestigio comercial de las marcas pues con ellas se está protegiendo también a los consumidores.

La Unión Europea ha aprobado un conjunto de normas que regulan los signos distintivos (marcas, nombres de dominio, etc.) en su territorio como la Primera Directiva numero 89/104/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas⁶⁴⁷.

⁶⁴⁵ EICHMANN, *Die vergleichende Werbung...*, oc, p. 174.

⁶⁴⁶ LUGO LOBATON, La publicidad comparativa en la República Dominicana, [en línea], <google> [consulta: 5-4-2002].

⁶⁴⁷ El disperso Derecho de la Propiedad Industrial se ha ido unificando por la Unión Europea a través de sus mecanismos legales: Protocolo concerniente al arreglo de Madrid relativo al Registro Internacional de Marcas, de 27 de junio de 1989, Reglamento CE nº 40/94 del Consejo, de 20 diciembre de 1993, Acuerdos sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), de 15 de abril de 1994, Tratado sobre Derecho de Marcas y su Reglamento, de 27 de octubre de 1994 y la sentencia del Tribunal Constitucional 103/1999, de 3 de junio. Para un estudio sobre el Derecho de Marcas y la Directiva véase GARCIA VIDAL A, *El uso descriptivo de la marca ajena*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2000 y MONTIANO MONTEAGUDO, ALONSO ESPINOSA, GOMEZ MONTERO, y otros, *El nuevo derecho de marcas, Ley7/2001, de 7 diciembre, de Marcas*, ed. Comares, oc. pp. 1 ss.

También al reformar la LGP para trasladar la Directiva sobre publicidad comparativa, y al regular el concepto y los requisitos de la publicidad comparativa se refiere a los signos distintivos de las empresas, con el objetivo de su protección. La referencia expresa es a la marca, la denominación de origen, la denominación de indicación geográfica y el nombre comercial, pero se deja abierta la protección del resto de los signos distintivos de la empresa, como el nombre de dominio en Internet.

La marca es un signo distintivo de la empresa y con un régimen jurídico excepcional que supone el derecho de utilización exclusiva por el propietario. La marca se asocia a honor y prestigio mercantil. Es necesario primero delimitar el concepto de honor y prestigio para reconocer el bien jurídico protegido contra los actos de desprestigio. Los actos de difamación pueden proceder tanto de otras empresas, competidoras en el mercado, como de los consumidores⁶⁴⁸.

El acto de difamación es todo acto realizado por una empresa o un consumidor que, basado en falsedades, menoscaba el prestigio de la empresa. Falsedad que se debe predicar de este acto pues sino sería la colisión entre la libertad de expresión y la reputación de la empresa, y prima aquella. Contra los actos de difamación es posible utilizar también las acciones previstas en la Ley Orgánica 1/81, de 5 de mayo de protección del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y a la Propia Imagen⁶⁴⁹.

Desde la aprobación de la Directiva sobre publicidad comparativa de 1997 y las reformas, en estos últimos años, en otros países no europeos, son pocos los países donde no este permitida la referencia en publicidad a la marca de la competencia. Anecdóticos son ya los países donde para citar la marca de la competencia sea necesario su consentimiento.

⁶⁴⁸ En cuanto a los actos difamatorios procedentes de consumidores y su protección véase el artículo de BIENDICHO GRACIA, "La protección del prestigio comercial de la entidad mercantil frente a los difamatorios: los límites del derecho de crítica del consumidor", *La Ley*, nº 4711, 1999, p. 1. Sobre el derecho de utilización exclusiva del titular y sus límites, vid. URÍA RODRÍGUEZ, *Derecho mercantil*, 28 edición, Madrid, 2002, p. 106 y ss.

Generalmente se prohíbe la referencia a la marca o nombre comercial de un competidor si ello, de manera desleal, constituye un aprovechamiento de la reputación de dicho competidor, o si se obtiene una ventaja indebida o que deteriore la función distintiva, por confusión, dirigida al consumidor. Esta confusión puede ocasionarse con mayor facilidad en la publicidad comparativa que hace hincapié en las similitudes entre productos en competencia que en la publicidad comparativa que se enfoca en las diferencias de los productos. Particularmente puede ocurrir cuando un anunciante invita al consumidor, en su publicidad, a comparar su producto más barato con una marca líder en el mercado.

Ejemplo⁶⁵⁰: Oral-B versus Milor Corp. 1987. La empresa demandada Milor utilizó un dibujo para su cepillo dental que era muy similar al utilizado por el demandante Oral-B. El envoltorio de ambos productos incluía un logotipo oval azul y blanco muy prominente, y el producto del demandado contenía la frase "Se compara con Oral-B". El Tribunal estimó la demanda y prohibió ambas conductas al demandado.

En contraste, cuando un mensaje publicitario comparativo acentúa las diferencias entre dos productos, existe menor posibilidad de confusión del consumidor; las marcas respectivas son distinguidas, y los consumidores tienen la oportunidad de apreciar que los productos en competencia provienen de fuentes no sólo diferentes, sino competidoras.

2. AIPPI y la utilización de la marca en publicidad comparativa⁶⁵¹

Para la Asociación Internacional para la Protección de la Propiedad Industrial e Intelectual –AIPPI– la publicidad comparativa debe cumplir con

⁶⁴⁹ Existiendo abundantes jurisprudencia al respecto, vease por todos BIENDICHO GRACIA, "La protección del prestigio comercia de la entidad mercantil frente a los difamatorios: los límites del derecho de crítica del consumidor", oc. p. 5.

⁶⁵⁰ LUGO LOBATON, "La publicidad comparativa en la República Dominicana", [en línea], <google> [consulta: 5-4-2002].

ciertas condiciones para asegurar que proporciona información verídica al consumidor. Los productos y/o servicios comparados, deben ser del mismo tipo o estándar, cubrir las mismas necesidades o servir para el mismo propósito. La comparación debe ser objetiva y comparar características relevantes y verificables, en aspectos entre los que puede incluirse el precio de los productos o servicios comparados. De acuerdo con el apartado 3, la comparación puede consistir exclusivamente en el precio de los productos y los servicios comparados.

En cuanto a la referencia a los signos distintivos de los competidores (nombre comercial o marca) AIPPI considera que aunque en una minoría de países la referencia a la marca de un competidor está prohibida o solamente se permite con su consentimiento, en la mayoría esta referencia es permitida.

Generalmente se prohíbe la referencia a la marca o nombre comercial de un competidor si ello, de manera desleal, constituye un aprovechamiento de la reputación de dicho competidor, o si se obtiene una ventaja indebida o que deteriore la función distintiva.

El uso aparentemente innecesario de un logo o diseño (marca figurativa) de un competidor, en la publicidad comparativa, configura un riesgo mayor de aprovechamiento indebido, que cuando la referencia se hace solamente a la marca denominativa. En consecuencia, si bien no es menester prohibir el uso de un diseño o logo (marca figurativa) del competidor, debe procederse a un examen más estricto para asegurar que ese uso es necesario para ese fin, y no constituya un aprovechamiento indebido del fondo de comercio del competidor.

AIPPI considera que la publicidad comparativa verídica es una técnica publicitaria que debe ser permitida como una información útil al consumidor y una herramienta eficaz para fomentar la competencia. En consecuencia, solamente debería sujetarse a un mínimo de condiciones específicas, tomando

⁶⁵¹ AIPPI, resolución publicada en 1998 conteniendo las Disposiciones Tipo aprobadas contra la competencia desleal. Cuestión Q140, reglas sobre competencia desleal y publicidad comparativa, [www. Aippi. Org](http://www.Aippi.Org).

en cuenta que ésta compara negocios o sus productos o servicios y que en ese contexto hace referencia a las marcas o nombres comerciales de los competidores.

La publicidad comparativa verídica es una técnica publicitaria que debe ser permitida como una información útil al consumidor y una herramienta eficaz para fomentar la competencia. En consecuencia, solamente debería sujetarse a un mínimo de condiciones específicas, tomando en cuenta que ésta compara negocios o sus productos o servicios y que en ese contexto hace referencia a las marcas o nombres comerciales de los competidores. No deben imponerse otras condiciones de las enumeradas en los apartados 4 y 5⁶⁵². Sin embargo, debe prohibirse la referencia a la marca o nombre comercial del competidor que constituya un aprovechamiento indebido de su reputación.

Para AIPPI el uso aparentemente innecesario de un diseño o logo (marca figurativa) de un competidor, configura un riesgo mayor de aprovechamiento indebido, que cuando la referencia se hace solamente a la marca denominativa. En consecuencia, en caso de utilizar un diseño o logo del competidor se debe proceder a un examen más estricto para asegurar que ese uso es necesario para ese fin, y no constituya un aprovechamiento indebido del fondo de comercio de la competencia⁶⁵³.

3. Sistema en derecho español

A) Introducción

La Ley de Marcas de 1988 primero y la actual Ley de Marcas en segundo lugar establecen, de manera coincidente, que el titular de la marca

⁶⁵² AIPPI, resolución publicada en 1996 conteniendo las Disposiciones Tipo aprobadas contra la competencia desleal. Cuestión Q140, reglas sobre competencia desleal y publicidad comparativa, [www. Aippi. Org](http://www.Aippi.Org).

⁶⁵³ AIPPI, resolución publicada en 1996 conteniendo las Disposiciones Tipo aprobadas contra la competencia desleal. Cuestión Q140, reglas sobre competencia desleal y publicidad comparativa, google [en línea], <www. Aippi. org> [consulta: 1-12-2002].

registrada podrá prohibir a los terceros su utilización en determinados supuestos.⁶⁵⁴

Es evidente que la competencia se hace sobre la marcas y en torno a estas se mueve la credibilidad y el prestigio de las empresas como posibilidad de competir con éxito. No solo la marca sino que también el honor y prestigio comercial son titularidad del empresario⁶⁵⁵. Estos bienes jurídicos de la empresa suponen la fama y el crédito necesarios para su giro o tráfico mercantil. El honor mercantil se identifica con prestigio mercantil del empresario como derecho implícito a su propia condición. Así es reconocido en el propio derecho de marcas y supone que un ataque al prestigio mercantil significa una dificultad para su titular de realizar la actividad económica con éxito. Consecuencia de lo anterior se deriva la necesidad de tutelar el honor y el prestigio mercantil⁶⁵⁶.

Esa titularidad supone el derecho y la <<servidumbre>> de hacer resaltar con su publicidad las diferencias de su marca, sobre la que tiene un monopolio exclusivo, poniendo de relieve su superioridad, o mostrando sus ventajas de precio, calidad, ecológicas, etc., sobre los productos de la competencia y ante los consumidores.

B) Sistema vigente de la Ley de Marcas (Ley de Marcas de 7 diciembre 2001)

⁶⁵⁴ Art. 32.2.d Ley 32/1988, de 10 de noviembre de Marcas establece que el titular de la marca podrá prohibir a terceros: <<utilizar el signo en... la publicidad>>, con la posibilidad de ejercitar una acción civil para que se retire del mercado el <<material publicitario>> en que se haya materializado la violación del derecho de marca>> (art. 36.c, con relación al artículo 31.1 de la Ley de Marcas. Sobre el órgano competente para decidir lo relativo a la disposición de la marca y del anuncio es común la posición doctrinal de que es el Consejo de Administración el legitimado, véase por todos DIAZ DE LEZCANO SEVILLANO, *Los acuerdos del Consejo de Administración*, Barcelona, 1999, pp. 195 ss.

⁶⁵⁵ Artículo 1, 3 y 4 del Código de Comercio.

⁶⁵⁶ Tutela que puede ser penal (CP de 1995, delitos contra el honor, artículo 205 y siguientes), por la vía de la Ley Orgánica 2/1982, de 5 de mayo, de Protección del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, por la vía del artículo 1902 y 1903 del Código Civil y por la vía de LCD y LGP. Véase el artículo de BIENDICHO GRACIA, "La protección del prestigio comercial de la entidad mercantil frente a los difamatorios: los límites del derecho de crítica del consumidor", oc. p. 2.

La Ley de Marcas de 2001 en línea con lo dicho anteriormente consagra el derecho exclusivo a utilizarla en el tráfico económico y por tanto en publicidad, con la posibilidad de prohibir a terceros su utilización, o de una marca similar, en publicidad⁶⁵⁷. Consecuencia de lo anterior. La Ley de Marcas establece un conjunto de acciones procesales para a favor del titular de la marca para proteger su derecho⁶⁵⁸.

La Ley de Marcas establece un régimen de utilización de la marca en publicidad (artículo 34 a 38) que se tiene que completar con el derecho de publicidad previsto en LGP y LCD.

Entre los actos contra el derecho de marcas esta el acto de confusión e imitación realizado por terceros. Éstos están prohibidos en la Ley de Marcas (art. 34.2. a) y b), en la LCD (art. 7, 12 y 13) y en la LGP (art. 6).

El art. 6 b) LGP en cuanto induzca a confusión la publicidad con las empresas, actividades, productos, nombres, marcas o signos distintivos de otras empresas o instituciones, o de las denominaciones de origen o indicaciones geográficas de otros productos competidores, pero como un caso de publicidad adhesiva⁶⁵⁹. En cuanto al artículo 13 LCD, al prohibir la explotación de la reputación ajena veta el uso de los signos distintivos acompañados de expresiones como "modelo", "tipo", "sistema", "clase" o similares.

⁶⁵⁷La nueva Ley de Marcas, L. 7/2001, de 7 diciembre regula esta cuestión en el artículo 34. <<Derechos conferidos por la marca. 1. El registro de la marca confiere a su titular el derecho exclusivo a utilizarla en el tráfico económico. 2.c) El titular de la marca registrada podrá prohibir que los terceros, sin su consentimiento, utilicen en el tráfico económico: (...) d) Utilizar el signo en los documentos mercantiles y en la publicidad.>>

⁶⁵⁸Sobre las acciones por violación del derecho de marcas, vease por todos SALAS CARCELLER, MONTIANO MONTEAGUDO, El nuevo derecho de marcas, oc. pp. 336. L. 7/2001, de 7 diciembre regula esta cuestión en los artículos 40 a 45.

⁶⁵⁹LEMA DEVESA, "La mención de la marca ajena en la publicidad" en La Ley, 1993-4, pp. 917 ss.

Otra de las actuaciones de terceros mas graves contra el derecho de marcas es la denigración. Esta actuación esta prohibida en el art. 34. 2. c)⁶⁶⁰, en el art. 10 LCD y en el art. 6 LGP.

Por el contrario la utilización de la marca en publicidad comparativa está permitida en base al art. 6 bis LGP y al art. 11 LCD. El art. 6. bis.2. <<La comparación estará permitida si cumple los siguientes requisitos:

a) En el supuesto de productos amparados por una denominación de origen o indicación geográfica la comparación sólo podrá efectuarse con otros productos de la misma denominación.

b) No podrán presentarse bienes o servicios como imitaciones o réplicas de otros a los que se aplique una marca o nombre comercial protegido.

c) No podrá sacarse una ventaja indebida de la reputación de una marca, nombre comercial u otro signo distintivo de algún competidor, ni de las denominaciones de origen o indicaciones geográficas de productos competidores>>.

Por último, el artículo 32.2 de la Ley de Marcas de 1988 (y ahora el artículo 37 c) de la Ley de la Ley de Marcas de 2001) establecía que no se podrá impedir la mención de la marca cuando sea necesario para indicar el destino de un producto o servicio, en particular en el caso de accesorias o piezas sueltas. En base a este artículo y a considerar que la Ley de Marcas no establece expresamente el uso de la marca en publicidad comparativa, algunos autores sostuvieron que en el resto de los casos está prohibida la utilización de

⁶⁶⁰ Ley de Marcas, L. 7/2001, de 7 diciembre regula esta cuestión en el artículo 34.2.c): <<El titular de la marca registrada podrá prohibir que los terceros, sin su consentimiento, utilicen en el tráfico económico: (...) cualquier signo idéntico o semejante para productos o servicios que no sean similares a aquellos para los que esté registrada la marca cuando esta sea notoria o renombrada en España y con la utilización del signo realizada sin justa causa se pueda indicar una conexión entre dichos bienes o servicios y el titular de la marca o, en general, cuando ese uso pueda implicar un aprovechamiento indebido o un menoscabo del carácter distintivo o de la notoriedad o renombre de dicha marca registrada>>.

la marca por terceros⁶⁶¹. Posición que se reforzaría con el artículo 12 LCD y el artículo 6 LGP.

Posición rechazada por la gran mayoría de la doctrina, que considera lícito hacer comparaciones entre marcas⁶⁶², al entender que el derecho exclusivo del titular de la marca es el de hacer publicidad de ella para diferenciar sus productos de los de la competencia y eso es lo que se le prohíbe a terceros.

Para la doctrina⁶⁶³ el objeto de utilizar la marca ajena no es el de aproximarse a la marca ajena, sino el de diferenciarse de ella, resaltando las diferencias. Es el uso descriptivo el que cuenta y no el distintivo que es el prohibido a terceros.

En conclusión, la utilización de la marca esta permitida siempre que se haga con un uso descriptivo y no distintivo⁶⁶⁴.

V DISTINCIÓN DE OTRAS CLASES DE PUBLICIDAD

Hay otras formas de publicidad no comparativa pero que pueden dar lugar a confusión. En cuanto a la idea de cada una de estas figuras y su diferenciación con la publicidad comparativa podemos decir lo siguiente:

1. Publicidad comparativa y publicidad adhesiva

La publicidad adhesiva o apoyada⁶⁶⁵ está expresamente prohibida, porque con ella se realiza una comparación susceptible de producir confusión

⁶⁶¹ OTERO LASTRES, "La publicidad comparativa, licitud o ilicitud", oc. pp. 935 ss.

⁶⁶² MARTI JESÚS, "Publicidad derecho deber información", *revista EC*, oc. p. 79.

⁶⁶³ LEMA DEVESA, "La mención de la marca ajena en la publicidad" en *La Ley*, 1993-4, pp. 917 ss. y "La regulación contra la competencia desleal en la Ley 10 de enero 91" en *Jornadas Cámara de Comercio de Madrid*, oc. pp. 12 a 20.

⁶⁶⁴ GARCIA VIDAL, *El uso descriptivo de la marca ajena*, oc. p. 180.

⁶⁶⁵ Publicidad adhesiva o apoyada como le llama también la doctrina, vease MADRENA BOADAS, *Sobre las interpretaciones de las prohibiciones de publicidad engañosa y desleal*, Cuadernos Civitas, Madrid 1990, p.157.

entre los consumidores. En ella <<el anunciante equipara los productos o servicios propios a los... del competidor>>, <<con el fin de aprovecharse del crédito>> de los mismos; de esta manera <<el empresario destaca las características comunes a sus mercancías y a las... de su rival>>⁶⁶⁶. Además el uso de la marca ajena en publicidad adhesiva no constituye una lesión del derecho de marca, y por tanto no se pueden interponer las acciones de la LM. Ello es así porque el consumidor distingue perfectamente la marca anunciada de la del competidor.⁶⁶⁷

Como señala la doctrina mayoritaria FERNÁNDEZ NOVOA⁶⁶⁸ "en la publicidad adhesiva, el anunciante equipara los productos y servicios propios a los productos y servicios del competidor, con el fin de aprovecharse del goodwill y renombre de que gozan las mercancías del competidor, el anunciante resalta, por diferentes medios, las características comunes a sus mercancías y a las mercancías del competidor".

En este caso, el anunciante se aprovecha de manera ilícita de la reputación del competidor para alegar que su producto o servicio es de igual calidad o mejor.

La publicidad adhesiva se considera regulada en dos leyes: Ley General de Publicidad y Ley de Competencia Desleal.

La Ley General de Publicidad –LGP- la regula en el art. 6.b: <<es publicidad desleal (...), la que haga uso injustificado de la denominación, siglas, marcas o distintivos de otras empresas o instituciones>>.

Con la reforma, el artículo 6 de la Ley 34/88, de 11 de noviembre, General de Publicidad, se modifica, añadiéndose un nuevo artículo 6 bis, reforzando la prohibición de esta publicidad, adoptando la siguiente redacción:

⁶⁶⁶ LEMA DEVESA, *La publicidad desleal...* oc. p. 6147.

⁶⁶⁷ LEMA DEVESA, "La mención de la marca ajena en la publicidad" oc. pp. 917 ss.

⁶⁶⁸ FERNÁNDEZ NOVOA, "Estudios de Derecho de la Publicidad", en revista *La Ley*, 5-10-1993, p. 2.

Primero. «Artículo 6. Es publicidad desleal: (...) así como la que haga uso injustificado de la denominación, siglas, marcas o distintivos de otras empresas o instituciones, o de las denominaciones de origen o indicaciones geográficas de otros productos competidores y, en general, la que sea contraria a las exigencias de la buena fe y a las normas de corrección y buenos usos mercantiles. .»

La Ley de Competencia Desleal -LCD- en su artículo 12, párrafo 2º, establece: <<se considera desleal el aprovechamiento indebido, en beneficio propio o ajeno, de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirido por otro en el mercado>>.

La doctrina⁶⁶⁹ ha señalado las diferencias. En la publicidad comparativa, el anunciante hace su comparación para resaltar las ventajas de su oferta, invitando al público a reflexionar sobre cual es la mejor oferta. Es la "publicidad comparativa crítica". En el otro supuesto, el anunciante solo resalta las similitudes entre ambos productos o mercaderías, ésta sería la "publicidad comparativa adhesiva". Esta diferenciación fue aceptada unánimemente por la doctrina jurídica y es la que se sigue en la actualidad⁶⁷⁰.

En la práctica la distinción entre estos dos tipos de publicidad no ofrece mayores dificultades, aunque a veces se pueda estar entre la frontera de una u otra⁶⁷¹. La doctrina señala como caso típico cuando se afirma que la oferta propia es tan buena como la de la competencia, que cuando se afirma que es la misma pero más barata de precio⁶⁷². En el primer caso sería publicidad adhesiva, en el segundo sería comparativa. Otro ejemplo a mitad de camino entre ambos tipos de publicidades es el de la sentencia alemana del OLG de

⁶⁶⁹ NERRETER, *GRUR*, 1933, p. 11, citado por TATO PLAZA, *oc.* p. 47.

⁶⁷⁰ Vid., Sobre esta cuestión diversos autores HUDELMAYER, *Die neuere Praxis zur vergleichenden Werbung*, p. 4. EICHMAN, *Die Vergleichende Werbung in Theorie und Praxis*, p. 4. Bergman, *Vergleichende Werbung durch wahrheits gemasse Critic*, p. 5. MEYER, *Die Kritisierende vergleichende Werbung*, p. 21. Seubert BB, 1960, p. 965.

⁶⁷¹ NERRETER, *GRUR*, 1933, p. 12. EICHMAN, *Die Vergleichende Werbung in Theorie und Praxis*, p. 4-5. MEYER, *Die Kritisierende vergleichende Werbung*, p. 22.

⁶⁷² MEYER, *Die kritisierende vergleichende Werbung*, p. 22. NERRETER, *GRUR*, 1933, p. 12, entre otros, ponen el acento en la notoriedad del anunciante, si es conocida sería una publicidad comparativa, sino publicidad adhesiva. En el mismo sentido EICHMANN, *Die vergleichende Werbung in theorie und praxis*, p. 5.

Frankfurt de 3-4-1957, en que se juzgaba una empresa gasolinera cuyo lema era "ninguna diferencia, tan sólo más barato". La sentencia indicaba que nos encontramos ante un caso a mitad de camino entre la publicidad adhesiva y la comparativa, pues había elementos de una y otra. Otro supuesto borroso es citado por BOSHÄGEN, en que el anunciante tenía como lema "la mercancía X es buena, pero la mía Y es mejor"⁶⁷³.

La solución de la doctrina alemana no tiene en cuenta el destinatario o consumidor, pues no tiene en cuenta la regla de interpretación de la comunicación publicitaria, según la cual <<el sentido jurídicamente relevante del anuncio viene dado por el efecto de conjunto que el anuncio produce sobre el consumidor medio>>⁶⁷⁴.

No pudiéndose descomponer la unidad del anuncio, ya que si se declara que el producto es igual pero más barato, se está señalando al consumidor medio la ventaja (igual calidad pero mejor precio). Podemos concluir que este tipo de publicidad o supuesto es publicidad comparativa.

Este tipo de publicidad falseadora de la realidad de la marca ajena no está protegida por el derecho de libertad de expresión, pues al alegar que su marca es tan buena como la de otra marca prestigiosa se está faltando a la verdad, haciendo valoraciones no contrastadas por datos. Indirectamente se desprestigia a la marca comparada pues el consumidor puede entender que la marca comparada tiene tan poco prestigio como la anunciada⁶⁷⁵.

Por el contrario, para un sector de la doctrina es lícita mientras no vulnere derechos de propiedad industrial y no induzca a error o confusión entre productos o empresas⁶⁷⁶. Su límite es que no puede inducir a error por confusión de la procedencia o de la calidad. Es el análisis en cada caso

⁶⁷³ BOSHÄGEN, *Int. Jet.* 1970, p. 9. Aunque en este caso opino —el autor de este manuscrito— que es un caso de publicidad comparativa, pues el ofertante se limita a poner de manifiesto que su oferta es mejor, pero no la equipara con la ajena ni señala características comunes.

⁶⁷⁴ FERNADNEZ NOVOA, *Estudios de Derecho de la publicidad*, oc. p. 83.

⁶⁷⁵ MARTI JESÚS, "Publicidad derecho deber...", oc. p. 83.

⁶⁷⁶ MADRENA BOADAS, *Sobre las interpretaciones de...*, oc. p.157.

concreto el que determinara la licitud o no de esta publicidad, teniendo siempre como referente si aporta información útil al consumidor.

2. Publicidad comparativa y publicidad denigratoria

La denigración como supuesto de publicidad desleal prevista en el artículo 6 LGP se tiene que distinguir de la publicidad adhesiva y de la comparativa. Tampoco hay que considerar como publicidad denigratoria las afirmaciones que personas o empresas hagan en el uso de su libertad de expresión, siempre que no lo hagan por medio de publicidad.

En este tipo de publicidad de tono personal el anunciante se refiere o bien a la oferta del competidor en términos despectivos, no de verdad o falsedad; o bien a una persona de la empresa o a la empresa dando datos estrictamente personales, en lo que se considera prohibición de la publicidad de tono personal⁶⁷⁷, o bien si se refiere a la empresa haciendo valoraciones falsas sobre su actividad que no se pueden acreditar.

En la publicidad denigratoria asistimos a una referencia a circunstancias personales del competidor (como su raza, religión, ideología, condición sexual, situación de quiebra, condena penal, nacionalidad, etc.), que no tienen nada que ver con su actividad económica o sobre los productos o servicios que oferta⁶⁷⁸.

⁶⁷⁷ o sea no referidos a la actividad de la empresa, por todos MADRENA BOADAS, *Sobre las interpretaciones de...*, oc. p.157.

⁶⁷⁷ MADRENA BOADAS, *Sobre las interpretaciones de...*, oc. p.159.

⁶⁷⁸ FERNANDEZ NOVOA, *Estudios de Derecho de la publicidad*, oc. p. 94. Se regula en LGP y LCD que se refiere a ella en el art. 9: <<se considera desleal la realización o difusión de manifestaciones sobre la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero que sean aptas para menoscabar su crédito en el mercado, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes. En particular, no se estiman pertinentes las manifestaciones que tengan por objeto la nacionalidad, las creencias o ideología, la vida privada o cualesquiera otras circunstancias estrictamente personales del afectado>>. Según LEMA DEVESA, "La publicidad desleal: modalidades y problemas", *RGD*, 1991, p. 6.146, existe una contradicción entre ambas leyes, pues en LGP se exige que efectivamente haya denigración, mientras que en LCD solo se exige que la actividad publicitaria sea susceptible de provocar denigración. Opinión no compartida por otros autores, que ven una regulación coincidente y similar entre ambas leyes (MARTI JESÚS, "Publicidad derecho deber...", oc. p. 80.

Como señala la doctrina: “en la publicidad comparativa se ensalzarán, por lo común, el precio, la calidad y las características ventajosas de los productos o servicios anunciados. Las mercancías o servicios de la propia empresa serán, por lo general, el objeto inmediato de la publicidad realizada por la empresa anunciante. Pero en algunas ocasiones el anunciante en vez de mencionar en la publicidad los propios productos o servicios, hace alusión a los productos o servicios de un competidor, o incluso a la conducta, o bien a las características personales del competidor. Cuando en los anuncios de un empresario se alude a la conducta o las características personales del competidor, la publicidad adquiere evidentemente un tono personal”⁶⁷⁹.

En un principio, los primeros estudios sobre la publicidad consideraron publicidad de tono personal toda la que se refería al competidor, tanto a sus productos como a sus circunstancias personales⁶⁸⁰. A partir de los años 30, diversos autores alemanes⁶⁸¹, revisan aquella concepción y separan el concepto de publicidad comparativa del de publicidad de tono personal, como algo diferente y distinto, asumiéndose definitivamente esta distinción posteriormente en la doctrina y jurisprudencia actual⁶⁸².

La distinción está actualmente consolidada y destacando lo común: el referirse al competidor para así restarle clientela, pero se diferencia en la forma, en un caso se critican las circunstancias personales del competidor y en otro las condiciones objetivas de sus productos⁶⁸³.

⁶⁷⁹ FERNANDEZ NOVOA, *Estudios de Derecho de la publicidad*, oc. p. 95, este tipo aparece en épocas de crisis, como guerras, en que una manera de hacerle daño al enemigo (extranjero o de otra raza) es boicotear sus productos.

⁶⁸⁰ KOHLER, *MuW*, XVI, p. 127 ss, escrita en 1917, terminología que pervivió hasta los años 30.

⁶⁸¹ NOLTING-HAUFF, *GRUR*, 1931, oc. p. 347, quien destacó publicidad comparativa de publicidad de tono personal, al basarse en objetos distintos. Esta crítica fue acogida por NERRETER, *GRUR* 1933, p. 10. Esta crítica se impuso al final en la doctrina: EICHMANN, *Die vergleichende Werbung...*, oc. p. 3. REIMER, *Persönliche und vergleichende Werbung*, oc. p. 8. GÖDDE, *Grenzen und zulässigkeit der vergleichenden Werbung*, oc. p. 4.

⁶⁸² EICHMANN, *Die vergleichende Werbung...*, oc. p. 2.

⁶⁸³ REIMER, *Persönliche und vergleichende Werbung*, p. 8, GÖDDE, *Grenzen und zulässigkeit der vergleichenden Werbung*, p. 4

No obstante la práctica doctrinal⁶⁸⁴ ha puesto de relieve algunos casos en que tal distinción no está clara, pues las características personales del competidor pueden influir en la consideración del producto referido. Es el caso resuelto en una sentencia, sobre la referencia a una enfermedad contagiosa del competidor, en cuanto supone un peligro de contagio si se consumen sus productos⁶⁸⁵. Otro caso propuesto por EICHMANN es la alegación de diplomas de maestría que no tiene el competidor y que le pueden restar prestigio entre su clientela, al dedicarse los dos a la artesanía⁶⁸⁶.

Otra cuestión planteada es la diferencia entre publicidad desleal denigratoria y competencia desleal denigratoria. Todo acto de publicidad denigratoria es acto de competencia desleal, en cuanto supone difusión. Pero no todo acto de competencia desleal es publicidad denigratoria, pues éste se puede realizar sin publicidad y como señala la Ley, acto de competencia desleal es <<todo comportamiento que resulta objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe>> (art. 5 LCD)⁶⁸⁷. Asimismo la misma Ley considera desleales los actos de denigración (art. 9 LCD): "Actos de denigración. Se considera desleal la realización o difusión de manifestaciones sobre la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero que sean aptas para menoscabar su crédito en el mercado, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes. En particular, no se estiman pertinentes las manifestaciones que tengan por objeto la nacionalidad, las creencias o ideología, la vida privada o cualesquiera otras circunstancias personales del afectado".

Además el sistema positivo español ha prohibido esta forma de publicidad como <<ilícito publicitario>> en el artículo 6 de la Ley 34/88, de 11 de noviembre, General de Publicidad, que se modifica por la reforma del 2002. Veamos el cambio del artículo 6, a la luz del texto de los mismos.

⁶⁸⁴ EICHMANN, *Die vergleichende Werbung...*, oc. p. 2.

⁶⁸⁵ Sentencia del RG de 19-1-1912, MuW XI, p. 135, vista por EICHMANN, *Die vergleichende Werbung...*, oc. p. 3.

⁶⁸⁶ EICHMANN, *Die vergleichende Werbung...*, oc. p. 2.

⁶⁸⁷ MARTI JESÚS, "Publicidad derecho deber...", oc. p. 81.

Redacción del artículo 6 antes de la reforma "Artículo 6. Es publicidad desleal:

a) La que por su contenido, forma de presentación o difusión provoca el descrédito, denigración o menosprecio directo o indirecto de una persona, empresa o de sus productos, servicios o actividades".

El artículo 6 de la Ley 34/88, de 11 de noviembre, General de Publicidad, que se modifica por la Ley de 28 de octubre de 2002 adopta una nueva redacción.

Primero. "Artículo 6. Es publicidad desleal: a) La que por su contenido, forma de presentación o difusión provoca el descrédito, denigración o menosprecio directo o indirecto de una persona o empresa, de sus productos, servicios, actividades o circunstancias, o de sus marcas, nombres comerciales u otros signos distintivos".

Como vemos en la nueva redacción se mejora el concepto de este tipo de publicidad ilícita al incluir la referencia a todos los signos distintivos de la empresa. Así se indica, en el artículo que comentamos, que se produce el descrédito, denigración o menosprecio, entre otros, <<de sus marcas, nombres comerciales u otros signos distintivos>>. Con lo cual el legislador se actualiza y cita las marcas y los nombres comerciales porque es lo más utilizado en el comercio hoy día, pero con la expresión <<otros signos distintivos>> deja la puerta abierta a otros como rótulos de establecimiento, que también son protegidos contra esta publicidad desleal. Pero en lo que se refiere a las excepciones a los actos de denigración o exceptio veritatis, seguimos igual, pues sólo se consagra en el artículo 9 LCD arriba transcrito, pero que una interpretación conjunta o integradora del Derecho hace aplicable a todas las actuaciones de denigración.

En este aspecto, el art. 9 LCD en su segundo párrafo es más preciso todavía y nos indica incluso casos especiales que hay que considerar denigración en todo caso, o sea: <<En particular, no se estiman pertinentes las

manifestaciones que tengan por objeto la nacionalidad, las creencias o ideología, la vida privada o cualesquiera otras circunstancias personales del afectado>>.

Será el análisis de cada caso concreto lo que nos determinará si estamos ante un caso de publicidad denigratoria, de tono personal o de publicidad comparativa que afecta a derechos protegidos constitucionalmente. Como señala la doctrina⁶⁸⁸ dada <<La anterior admisibilidad con carácter general de la exceptio veritatis ante los actos de publicidad comparativa denigratoria debe venir equilibrada por su aplicación estricta en cada caso concreto, dadas las gravísimas lesiones que los actos de denigración pueden ocasionar sobre la reputación empresarial como bien dotado de protección constitucional. Esta aplicación estricta recomienda una interpretación exigente de la concurrencia de los requisitos de exactitud, veracidad y pertinencia en cada caso concreto. Sólo así la exceptio veritatis cumplirá su función al servicio del derecho a la información y este efecto benéfico para el conjunto de los consumidores justificará el eventual daño al honor empresarial de uno o varios competidores>>.

Un caso particular donde se planteó esta cuestión fue en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 3 de septiembre de 1996⁶⁸⁹, donde el Tribunal confirma la sentencia estimatoria de la demanda Interpuesta por D. I. de A. Contra B. P. Por un anuncio que considera denigrante. La sentencia estima que estamos ante un caso de publicidad comparativa conforme al art. 6 c) LGP puesto que <<en el mensaje publicitario B. P: SA compara su propia actuación con la de la demandante>>, además de un caso de publicidad denigratoria del art. 6 a) LGP y otro de acto de denigración del art. 9 LCD. No estimando la exceptio veritatis alegada por la parte demandada por su falta de veracidad, pues la noticia se publica meses después del cierre y reapertura de

⁶⁸⁸ TAPIA HERMIDA, "Publicidad comparativa denigratoria y exceptio veritatis (a propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 3 de septiembre de 1996)", RGD, diciembre 1997, num. 639, oc.14.364.

⁶⁸⁹ Revista General de Derecho, num. 632, mayo 1997, pp. 6.436 a 6.439 y TAPIA HERMIDA, "Publicidad comparativa denigratoria y exceptio veritatis (a propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 3 de septiembre de 1996)", RGD, diciembre 1997, num. 639, oc. p.14.347.

los almacenes de la demandante, además de ubicarse en ámbitos geográficos distintos (Madrid la demandante y Barcelona la demandada) y de utilizar opiniones de terceros para reforzar la supuesta objetividad del mensaje publicitario.

Una de las cuestiones a delimitar es la frontera entre intimidad y publicidad, para poder definir que ley se aplica al caso concreto. Sobre la relevancia y alcance para diferenciar uno de otro, en el caso de la actividad hay que tener en cuenta que en una sociedad plural la noción de honor tiende a diluirse en la noción de la propia imagen, todo dentro de los principios constitucionales. Delimitada intimidad de publicidad, hay estaría la verdadera imagen que cada uno quiere proteger. Si estamos ante publicidad se le aplican las reglas del artículo 29 (inversión de la carga de la prueba)⁶⁹⁰. En el caso de ser un acto despectivo contra la persona del empresario o contra su esfera privada, no relacionada con su actividad económica, queda fuera del derecho de la competencia, y sería aplicable la Ley Orgánica 1/1982, de protección jurisdiccional del derecho al honor y a la propia imagen personal y familiar. En definitiva, la denigración de un empresario por otro, fundada en razones estrictamente personales, debe quedar fuera del ámbito de la disciplina de la competencia desleal y remitir su enjuiciamiento a la LO 1/82⁶⁹¹.

En las tres clases de publicidad ya vistas anteriormente (comparativa, adhesiva y de tono personal) se da una nota común: el anunciante hace una referencia clara a los competidores, bien a sus productos, bien a sus personas. Este hecho originó una corriente doctrinal en Alemania⁶⁹² que consideró que nos encontrábamos ante una clase de publicidad especial: la publicidad

⁶⁹⁰ Artículo 29, b y c LGP: "sin perjuicio de lo que se pueda acordar para mejor proveer, el juez, al momento de decidir el recibimiento a prueba, podrá requerir de oficio al anunciante para que aporte las pruebas relativas a la exactitud de los datos materiales contenidos en la publicidad, siempre que aprecie que tal exigencia es acorde con las circunstancias del caso, atendidos los legítimos intereses del anunciante y de las demás partes en el proceso. El juez podrá considerar los datos de hecho como inexactos, cuando no se aporten los elementos de prueba a que se refiere el parrado anterior o cuando estime que los aportados resultan insuficientes".

⁶⁹¹ MENENDEZ A. *La competencia desleal*, oc. p. 121.

⁶⁹² DROSTE, *GRUR*, 1951, p. 140-141; BORCK, p. 2-3.

alusiva. Sin embargo esta concepción encontró fuerte oposición también en Alemania⁶⁹³.

Según esta corriente teórica, la publicidad alusiva englobaría a las tres clases de publicidad en una relación de especie a género, pero para la doctrina española esta posición no es útil⁶⁹⁴, porque estos ilícitos publicitarios están regulados de manera diferente.

3. Publicidad comparativa y publicidad de tono excluyente

La publicidad de tono excluyente supone afirmar por el anunciante que su oferta es la mejor del mercado. Para la doctrina⁶⁹⁵ se trata de realizar una afirmación de contenido informativo y comprobable que es tomada en serio por el público al que se dirige o alcanza, y a través de la cual se manifiesta que la empresa o su producto ocupan una posición de preeminencia en el mercado, posición que no es alcanzada por ningún competidor, o en su caso, por un círculo reducido de competidores⁶⁹⁶.

La diferencia es clara: en publicidad comparativa el anunciante compara su producto con otro y resalta sus ventajas (más calidad o mejor precio, más duración de la garantía, etc.), en publicidad de tono excluyente el anunciante no cita a otra empresa o producto sino que se limita a declarar que es el mejor⁶⁹⁷.

Pero este argumento tiene también su arma de doble filo, pues el alegar que su producto es el mejor, indirectamente sé esta afirmando que la oferta de

⁶⁹³ Entre otros EICHMANN, *Die vergleichende Werbung in theorie und praxis*, p. 11. También REIMER, *Persönliche und vergleichende Werbung*, p. 12.

⁶⁹⁴ TATO PLAZA, <<la categoría de la publicidad alusiva, si bien puede tener alguna utilidad en el plano dogmática, carece de cualquier tipo de virtualidad práctica>>, *La publicidad comparativa*, oc. p. 49 oc. Similar posición mantiene FERNANDEZ NOVOA, en *Estudios de Derecho de la Publicidad*, oc. p. 107.

⁶⁹⁵ LEMA DEVESA, *La publicidad de tono excluyente*, oc. p. 422.

⁶⁹⁶ Este tipo de publicidad la entendemos lícita en derecho español, al menos hasta que no invada el concepto de publicidad engañosa. En este sentido LEMA DEVESA en *La Publicidad de tono excluyente*, p. 428 y ss.

⁶⁹⁷ Vid. BAUMBACH/HEFERMEHL, *Wettbewerbsrecht*, p. 820. HASSELMAM, *Alleinstellungswerbung und vergleichende Werbung*, p. 21.

los competidores es menos ventajosa. Por esta razón, algunos autores señalan que esta publicidad es del tipo comparativo implícito⁶⁹⁸. A tener en cuenta que esta publicidad, como la comparativa, tiene un efecto denigrante pero permitido en cuanto esté en los límites, no es así cuando se realizan afirmaciones para desprestigiar al competidor o en base a datos falsos.

Un caso que pone de relieve la dificultad de señalar la barrera entre una publicidad y otra es el discutido por la sentencia del Tribunal Supremo⁶⁹⁹ en 1997. Se trata de un anuncio del producto Pepsi-Cola en que aparecía el famoso cantante de rap M. C. Hammer.

La empresa de la competencia Coca-Cola interpuso una demanda alegando que se trataba de un caso de publicidad comparativa ilícita, pues el anuncio se refería a ella, dada la posición de preeminencia que tiene en el mercado. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 44 de Madrid estimó la demanda, en 1992. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial revocó el fallo y la desestimó. Planteada la cuestión al Tribunal Supremo, este último la confirmó por entender que la empresa demandante no se tenía por que considerar aludida al no hacerse referencia a ella y haber más empresas de bebidas de cola en el mercado.

4. Publicidad comparativa e imperativo publicitario

La figura publicitaria del imperativo publicitario (*Werbeimperativ*⁷⁰⁰) supone un anuncio con una llamada directa y breve al consumidor para que consuma el producto ofertado.

Con el imperativo publicitario —o incitación publicitaria a contratar⁷⁰¹— no se dan las notas características que hemos señalado para la publicidad

⁶⁹⁸ Para estos autores como GODIN-HOTH, el hecho de que cada consumidor conozca un reducido número de empresas, significa que estos lo entiendan como una comparación.

⁶⁹⁹ STS de 1997 citada por BARRIO GARCIA DEL, *La publicidad comparativa: situación...*, oc. p. 75. TATO PLAZA, *La publicidad ilícita en la jurisprudencia y en la doctrina del Jurado de Publicidad*, *Revista Autocontrol de la Publicidad*, 27, enero, oc. pp. 16-33.

⁷⁰⁰ EICHMANN, *Die vergleichende Werbung in theorie und praxis*, p. 167.

comparativa y por tanto es una figura claramente distinta; el anunciante no da ninguna información sobre su producto ni compara nada, solo se limita a exhortar a contratar a los consumidores. Esta figura, por lo demás, tampoco está regulada en el derecho positivo español⁷⁰².

Otra forma publicitaria relacionada es la <<invitación a comparar>>, donde se incita a los consumidores a que hagan ellos mismos la comparación⁷⁰³. Caso distinto es cuando el anunciante anticipa el resultado de la comparación que pide a los consumidores, pues en este caso, indirectamente puede estimarse que está haciendo publicidad comparativa.

5. Publicidad comparativa y auto comparación

Esta modalidad se distingue porque no hay comparación entre dos competidores o más.

Se puede definir como <<la expresión que pone de relieve la superioridad de un producto o servicio recientes frente al mismo producto o servicio que con anterioridad fabricaba o distribuía la misma empresa anunciante y que distinguía con la misma marca; o bien la locución por medio de la cual el anunciante califica su prestación como "prestación cumbre" con respecto a sus restantes prestaciones que son de nivel medio>>⁷⁰⁴.

La auto comparación se realiza de dos maneras. O bien se compara un producto más moderno con otro más antiguo u obsoleto, o bien se comparan dos o más productos de la misma época, pero destacando el de más cualidad⁷⁰⁵.

⁷⁰¹ Término más adecuado y utilizado por LEMA DEVESA, *La publicidad de tono excluyente*, oc. p. 377.

⁷⁰² En todo caso tampoco puede ser publicidad engañosa pues solo se incita a comprar, para mas información ver LEMA DEVESA, *La publicidad de tono excluyente*, oc. p. 379.

⁷⁰³ Que no será publicidad comparativa siempre que no se haga una referencia indirecta a competidores determinados, TATO PLAZA, *La publicidad comparativa*, oc. p. 55-56.

⁷⁰⁴ LEMA DEVESA, *La publicidad de tono excluyente*, oc. p. 414; esta figura no esta regulada en el derecho positivo español, por tanto hay que aplicarle las reglas generales a toda publicidad y, fundamentalmente se exige que sea veraz. Ante todo esa pretendida mejora de calidad o superioridad debe ser real.

⁷⁰⁵ LEMA DEVESA, *La publicidad de tono excluyente*, oc. p. 150.

No obstante la claridad que se predica, la doctrina ha puesto de relieve que en determinadas circunstancias, una auto comparación puede descifrar una verdadera comparación (más o menos oculta) con la competencia⁷⁰⁶. Es el caso de que los consumidores puedan percibir que la comparación entre su producto actual y el antiguo también encierra una comparación con otros productos de la misma gama⁷⁰⁷.

Los autores han resaltado los indicios que hacen suponer que una auto comparación es una publicidad comparativa como cuando la crítica es demasiado agresiva, lo que hace suponer –y sospechar- al consumidor medio que lo que hay en el fondo es una crítica a la competencia, pues nadie se autocrítica con tanta fiereza⁷⁰⁸. Otro indicio es cuando el producto viejo, y ahora criticado, el anunciante lo comercializó un tiempo muy breve lo que hace sospechar al consumidor medio que lo comercializó para ahora criticarlo y de paso criticar a los productos similares de la competencia⁷⁰⁹.

En definitiva es cada caso concreto y su análisis riguroso el que va a determinar si estamos ante una auto comparación o ante una comparación.

6. Publicidad comparativa y comparación de sistemas económicos

En esta última publicidad, el anunciante destaca que el sistema económico que él practica es más ventajoso para el consumidor que el practicado por la competencia⁷¹⁰.

Esta figura de comparación de los sistemas económicos surge de la praxis doctrinal alemana⁷¹¹, y se refiere a comparar sistemas de venta al

⁷⁰⁶ MEYER, *Die kritisierende vergleichende Werbung*, oc. p. 41.

⁷⁰⁷ ULMER/REIMER, *Das recht des unlauteren Wettbewerbs, Deutschland*, oc. p. 324.

⁷⁰⁸ EICHMANN, *Die vergleichende werbung...*, oc. pp. 151-153.

⁷⁰⁹ EICHMANN, *Die vergleichende werbung...*, oc. p. 152.

⁷¹⁰ FERNANDEZ NOVOA, *Estudios de derecho...*, oc. p. 129.

⁷¹¹ FERNANDEZ NOVOA, *Estudios de derecho...*, oc. p. 129.

contado y venta a plazos⁷¹², los sistemas de venta con regalo y sin regalo, la venta <<al detall>> y la venta por cooperativa, etc.

También en España se han dado casos de esta publicidad, como el anuncio de la comparación entre la venta de la maquina de fotocopiar y el alquiler de la misma⁷¹³.

Vista la definición de comparación publicitaria de sistemas económicos, la distinción con la publicidad comparativa es evidente.

Para la doctrina⁷¹⁴, este sistema contiene dos afirmaciones, una positiva, en cuanto se comunican dos posibilidades o sistemas técnicos o económicos al consumidor, y una negativa, en cuanto no se hace alusión a ningún competidor ni a ningún producto.

Es precisamente esta nota negativa lo que la distingue de la publicidad comparativa, pues en ésta se hace una referencia a competidores determinados o determinables y en aquélla no⁷¹⁵. Concluimos pues con la consideración de que no se hace ninguna referencia a ningún competidor en concreto en este tipo de publicidad⁷¹⁶, siendo lícita en cuanto no vulnere las reglas de la publicidad lícita. Por otro lado, la LCD en su artículo 12 considera desleal el empleo de signos distintivos ajenos o de denominaciones de origen falsas acompañados de la indicación acerca de la verdadera procedencia del producto o de expresiones tales como "modelo", "sistema", "tipo", <<clase>> y similares.

⁷¹² RG, sentencia de 20-10-1931, GRUR, 1932, p. 468.

⁷¹³ Esta anuncio empezaba diciendo una frase atribuida a Henry Ford: <<quien necesita una máquina y no la compra, está pagando por ella sin tenerla>>. Resaltando el anuncio que comprando la maquina de fotocopiar se ahorra más que si tenía que estar haciendo las fotocopias en maquina alquilada. Resolución del JCP de 26-01-1972, BOMIT, 1972, p. 81-82, véase FERNANDEZ NOVOA, *estudios de derecho...*, oc. p. 142 ss.

⁷¹⁴ FERNANDEZ NOVOA, *Estudios de derecho...*, oc. p. 133-134 ss.

⁷¹⁵ Vid. entre otros WERNER, *Zulässigkeit und Grenzen der objektiv vergleichenden*, p. 5; REIMER, *Personliche und vergleichende Werbung*, p. 70.

⁷¹⁶ Al no ser un supuesto de publicidad comparativa queda fuera del art. 6 bis LGP y del art. 10 LCD.

7. Publicidad comparativa y comparación de géneros de mercaderías

En la comparación de tipos de mercaderías se contraponen publicitariamente dos o más tipos de productos⁷¹⁷, tales como el café natural en grano y el café en grano descafeinado⁷¹⁸, el vino espumoso sin azúcar y el azucarado⁷¹⁹, etc.⁷²⁰.

En este método de publicidad se compara entre mercaderías y en el anterior entre sistemas económicos o técnicos, lo cual ha llevado a la doctrina a considerar una equiparación, un subtipo uno de otro⁷²¹.

También en esta figura de publicidad se da un rasgo positivo y un rasgo negativo como en el sistema de comparación de sistemas económicos. Se comparan de un modo abstracto dos productos y no se hace ninguna referencia a ningún competidor⁷²².

El rasgo negativo nos permite diferenciarla de la publicidad comparativa, pues en ésta sí se indican los empresarios y productos de la competencia. Por último, destacar que la incitación a comprar y la invitación a comparar muchas veces van unidas en la campaña publicitaria (el famoso anuncio español: "busque, compare, y si encuentra algo mejor, cómprelo").

8. Publicidad comparativa y explotación publicitaria de resultados de tests de productos

A) Función

⁷¹⁷ En este sentido FERNANDEZ NOVOA, *Estudios de derecho de la publicidad*, p. 136 ss; EICHMANN, *Die vergleichende werbung in theorie und praxis*, p. 135.

⁷¹⁸ RG, sentencia de 30-6-1931, GRUR, 1931, p. 986 ss.

⁷¹⁹ OLG Dusseldorf, sentencia de 2-7-1965, BB, 1965, p. 1085 ss.

⁷²⁰ EICHMANN, *Die vergleichende werbung in theorie und praxis*, p. 136-137.

⁷²¹ REIMER, *Persönliche und vergleichende Werbung*, p. 70. Pero esta doctrina se quedó en minoría en cuanto se considera que es distinto comparar sistemas económicos que mercaderías, tal como argumenta EICHMANN, *Die vergleichende werbung in theorie und praxis*, p. 136. FERNANDEZ NOVOA, *Estudios de derecho de la publicidad*, p. 136.

⁷²² TATO PLAZA, *La publicidad comparativa*, p. 59-60. Al no ser un supuesto de publicidad comparativa queda fuera del art. 6.c LGP y del art. 10 LCD.

Los análisis o tests comparativos de productos se han presentado como una de las principales fuentes de información al consumidor por su objetividad, de aquí que, aparte de las cooperativas de consumo y las asociaciones de consumidores, también las empresas los utilicen en su publicidad cuando comprueban que esto les favorece. Pero tanto los análisis comparativos como los realizados por las empresas y utilizados en su publicidad comparativa tienen que hacerse de manera objetiva y verificable⁷²³.

Es análisis comparativo el realizado por medios científicos y técnicos adecuados, que se dirige a establecer diferencias y analogías entre productos de distinto origen o procedencia, pero que satisfacen la misma necesidad o necesidades semejantes. El análisis versa sobre la composición y el comportamiento de los productos en su uso correcto o, en general, sobre las prestaciones que puedan esperarse de los productos⁷²⁴. El procedimiento de análisis debe ser científico, conforme al nivel de las ciencias de ese momento y el que se realiza para cada producto. Si no se hace así será una opinión subjetiva, y no un análisis lo obtenido.

Los análisis se hacen en bases a elementos objetivos, como el precio, peso, composición, duración, medida, etc., y pueden acompañar al resultado de los análisis afirmaciones o juicios de valor, que se admiten siempre que versen sobre lo que es objetivamente relevante del producto o servicio analizado y se haya obtenido con arreglo a las leyes de la lógica.

En cuanto al objetivo de estos análisis puede ser o bien interno, para la política de la propia empresa, o bien externo, para darlo a conocer a través de la publicidad.

Para un sector de la doctrina⁷²⁵, hay dos categorías dentro de los tipos de análisis de mercaderías: análisis comparativo y análisis individual.

⁷²³ CUESTA RUTE, Curso de derecho..., oc. p. 209.

⁷²⁴ CUESTA RUTE, Curso de derecho..., oc. p. 210.

⁷²⁵ Por todos GOMEZ SEGADE, en *Problemas actuales...*, oc. p. 231 ss.

Los análisis de un producto van a determinar las características de ese producto en concreto y si se utilizan en publicidad no será publicidad comparativa por faltar las notas esenciales de ésta. Los análisis comparativos se realizan a varios productos que satisfacen la misma necesidad y son por tanto sustituibles unos de otros.

Además de las asociaciones de consumidores, también las empresas están interesadas en realizar estos tests comparativos⁷²⁶. Dependiendo de las entidades que realizan los análisis comparativos, podemos distinguir⁷²⁷: a) test comparativo realizado por una empresa que lo utiliza en su publicidad; b) tests comparativos realizado por un ente neutral y difundido por este ente; c) tests comparativos realizados por un ente neutral y difundido por una empresa en su publicidad. En todo caso, la divulgación del análisis comparativo se ha de someter a las leyes que gobiernan la actividad divulgativa del ente que la realiza y de los derechos de autor.

B) Análisis comparativo realizado por una empresa que lo utiliza en su publicidad

El supuesto en que una empresa encarga una investigación comparativa de productos o servicios, y lo utiliza en su publicidad comercial, entra de lleno en la concepción de publicidad comparativa⁷²⁸. Efectivamente el anunciante compara su producto, en condiciones objetivas de calidad, precio, garantía, prestaciones, duración, medida, etc., con los de la competencia, y así resalta la superioridad del suyo. En este supuesto es aplicable el artículo 6 bis LGP en cuanto a los requisitos que debe reunir.

C) Análisis comparativo realizado y difundido por un ente neutral

⁷²⁶ GOMEZ SEGADE, en *Problemas actuales del Derecho de la Publicidad*, oc. p. 139 ss

⁷²⁷ FRANCO, en *Unfair advertising and comparative advertising*, oc. p. 139.

⁷²⁸ GOMEZ SEGADE, en *Problemas actuales del Derecho de la Publicidad*, oc. p. 232.

El desarrollo de la conciencia crítica del consumidor ha hecho que éste se organice cada vez mejor y exija sus derechos. También la ley le recoge derechos básicos, como el derecho de información. Por último, las asociaciones de consumidores y cooperativas de consumidores están haciendo una labor cada vez más importante en este campo. Por todo esto, estas entidades se constituyen en anunciantes, al publicar los resultados de los análisis sistemáticos de los diversos productos que van realizando (televisores, videos, detergentes, frigoríficos, etc.) sobre su calidad, precio, prestaciones, gasto energético, etc., con el objetivo de publicarlos en las revistas especializadas y darlos a conocer al gran público, con una valoración propia (muy malo, malo, regular, bueno, muy bueno, gasto energético, etc.).

Esta difusión realizada por estas entidades no puede calificarse de publicidad sino de información, conforme a su objetivo fundacional y está amparada en la libertad de expresión y de difundir noticias veraces⁷²⁹. Destacar como en el caso de las asociaciones de consumidores, éstas actúan con un mandato constitucional y legal propio que establece, entre otras, obligaciones para ellas, las de educar e informar al consumidor en sus derechos⁷³⁰. Esta consecuencia de favorecer indirectamente la contratación de unos bienes sobre otros es lo que podría hacer considerar a las Asociaciones de consumidores y otros organismos competentes en consumo como agentes que realizan publicidad comparativa, cuando publican los estudios de productos que realizan. No obstante en cuanto estas entidades no salen beneficiadas no se puede considerar que hagan publicidad comparativa⁷³¹. La publicación de análisis comparativos por las Asociaciones de consumidores se pueden considerar <<actos de comparación>> y por tanto deben reunir los requisitos

⁷²⁹ Incluso la propia Ley que las regula –LGCU- les tiene prohibido cualquier acción que se separe de la estricta información, sancionando su utilización publicitaria por las empresas, nota del autor. No se aplicaría el art. 6 LGP, aunque sí podría servir para promover la contratación de dichos productos por lo que sí entraría en la presunción del art. 2.2 LCD, así como del art. 3 y del art. 10 también de LCD, pudiéndose considerar publicidad comparativa, pues favorece la contratación de bienes y servicios.

⁷³⁰ Art. 20 CE y 51 CE y art. 2.1.d y e LGCU. <<1. Son derechos básicos de los consumidores y usuarios: d) La información correcta sobre los diferentes productos o servicios y la educación y divulgación para facilitar el conocimiento adecuado sobre su uso, consumo o disfrute e)... la representación de sus intereses, todo ello a través de las asociaciones, agrupaciones o confederaciones de consumidores y usuarios legalmente establecidas>>.

⁷³¹ En este sentido CUESTA RUTE, *Curso de derecho...*, oc. p. 211.

del art. 10 LCD, para no inducir a error a los consumidores o incurrir en deslealtad.

D) Análisis comparativos realizados por un ente neutral y difundido por una empresa en su publicidad

Cuando hablamos de entes neutrales que realizan o encargan un análisis, ensayo o test estamos hablando básicamente de Organismos Públicos⁷³², o de entidades privadas como asociaciones de consumidores, revistas especialidades, etc., que no tienen interés en favorecer a un empresario determinado, sino fomentar la libertad de elección del consumidor a través de su formación e información y aumentar la transparencia en el mercado. Como ha resaltado la doctrina⁷³³ y la experiencia demuestra, los productos que resultan especialmente prestigiados por los tests van a ser más demandados. Los ensayos que comparan de manera objetiva y seria y siempre que no realicen expresiones tendenciosas ni incorrectas, ni denigren al competidor son lícitas (comparación de precio, garantía, asistencia técnica, etc.). Por el contrario, un test realizado sin rigor sí sería ilícito.

Son los análisis de garantía cada vez más utilizados, que se han generalizado también en Internet. Este es el motivo por el cual el empresario afortunado con un tests comparativo decide explotarlo comercialmente, sabiendo el mayor impacto en la mente del consumidor de esta publicidad.

Sobre la utilización que pueda hacer el anunciante hay varias posibilidades: puede simplemente citar el análisis y los buenos resultados obtenidos, puede publicar extractos de los tests, puede publicar la parte que se refiere a su producto o puede publicar el test íntegramente⁷³⁴.

⁷³² Organismos públicos competentes en esta materia, ya sea de ámbito internacional como nacionales: Instituto Nacional de Consumo, en el ámbito de las CCAA las Consejerías de Sanidad y Consumo y en el ámbito de las Corporaciones Locales, la Concejalía de Sanidad y Consumo, etc.

⁷³³ Vide BAUMBACH/HEFERMEHL, *Wettbewerrecht*, p. 543.

⁷³⁴ GOMEZ SEGADE, *Problemas actuales del Derecho de publicidad*, p. 249 ss. DUTOIT, *Les tests comparatifs en droit compare*, p. 90 ss.

a) Publicidad sobre la existencia del análisis

En este caso, la doctrina plantea que no estamos ante una publicidad comparativa, pues el anunciante sólo menciona que existe dicho test, y es responsabilidad del consumidor examinarlo o no. Si el consumidor lo examina podrá sacar sus propias conclusiones, siendo esta publicidad considerada una invitación a comparar⁷³⁵.

Anuncio donde se indica la calificación global del anunciante. En este caso, y dado que los tests hacen una valoración de cada producto (muy malo, malo, regular, bueno, muy bueno), el anunciante puede publicar esta valoración en sí misma y darla a conocer al consumidor. Tanto la valoración o calificación individual de su producto⁷³⁶ como conjuntamente la de las demás mercaderías⁷³⁷.

Si la del primer supuesto no plantea problemas, la del segundo sí, pues alguna doctrina la ha considerado como un supuesto de publicidad de tono excluyente, pues los consumidores pueden entender que las otras marcas son malas o incluso, si no han sido sometidas al test, que no merecen ni la consideración de ser sometidas al test⁷³⁸.

b) Publicidad con extractos del análisis

Otra opción que tiene el empresario es la posibilidad de publicar extractos del Test. Esto lo puede hacer de dos formas. La primera es publicando sólo los resultados que se refieren a su producto (publicidad con citación vertical del test), así cita en un test de los elementos de un automóvil

⁷³⁵ DUTOIT, *Les tests comparatifs en droit compare*, p. 90 ss.

⁷³⁶ Sentencia del BGH alemán de 11-3-1982 (GRUR, 1982, Pág. 437 SS.): venta por correspondencia de una máquina fotográfica modelo <<konica autoreflex TC>>, en el catálogo se hacía referencia al test de la Stiftung Warentest, que la había calificado como <<bueno>> (gut). Véase también DUTOIT, en *Les tests comparatifs en droit compare*, p. 92, GÖDDE, *DB*, 1967, p. 1076.

⁷³⁷ Sentencia de LG de Bochum de 25-2-1965 (GRUR, 1963, p. 437 ss.): se juzgaba el anuncio de un fabricante de máquinas de coser, donde se cita el test de 13 máquinas de coser que situaba en primer lugar a la del anunciante y el envío del test al consumidor por éste último. Se utilizaban las dos clases de publicidad, la de la mejor calificación y la incitación a comparar.

⁷³⁸ GÖDDE, *DB*, 1967, p. 1076.

(frenada, consumo energético, aceleración, etc.), sólo los resultados para su automóvil. En este caso estamos ante una publicidad no comparativa pues el anunciante no se refiere para nada a los resultados de la comparación realizada⁷³⁹.

Otra opción que tiene es citar, en su publicidad, los resultados de su producto y los de los demás, con los mismos parámetros de comparación (aceleración y frenada por ejemplo de varios competidores). Éste es un verdadero supuesto de publicidad comparativa, que reúne todos los elementos de ésta⁷⁴⁰. Por lo tanto no cabe incurrir en manipulación. Si se dan opiniones subjetivas, se pueden dar en base a la libertad de expresión, pero abstenerse de indicar que son los resultados del análisis.

c) Publicidad con utilización del análisis en su integridad

En este caso el anunciante hace como suyo el análisis y lo reproduce íntegramente en la publicidad de su empresa. Esto lo puede hacer bien en sus anuncios, enviándolo a sus clientes, por exposición en su escaparate, etc.

Este sistema es verdadera publicidad comparativa⁷⁴¹, pues el anunciante compara varios productos para resaltar las ventajas del suyo propio. A estos efectos poco importa que el test lo hiciera un ente neutral o no, puesto que el anunciante lo asume como propio. Como hemos visto debe reunir los requisitos del artículo 6 bis LGP.

9. Publicidad comparativa y publicidad con precios de catalogo

La publicidad por catálogo está muy generalizada en algunos sectores del comercio. De esta manera el minorista anuncia que su oferta es mejor que el precio recomendado en el catalogo del fabricante.

⁷³⁹ DUTOIT, *Les tests comparatifs en droit compare*, oc. p. 91.

⁷⁴⁰ Veanse, entre otros GÖDDE, DB, 1967, p. 1076. DUTOIT, *Les tests comparatifs en droit compare*, oc. p. 95.

⁷⁴¹ GOMEZ SEGADE, *Problemas actuales del Derecho de publicidad*, p. 249 ss. DUTOIT, *Les tests comparatifs en droit compare*, p. 93.

Al comparar esta práctica publicitaria con la figura de la publicidad comparativa la doctrina se dividió. Una parte consideraba que estábamos ante un caso de publicidad comparativa⁷⁴².

Sin embargo, para la mayoría de la doctrina éste no es un caso de publicidad comparativa⁷⁴³, pues los precios del fabricante o del mayorista no son los de los competidores, sino simplemente una referencia del anunciante para mostrar las rebajas que ofrece. La experiencia de los consumidores les muestra que rara vez son tenidos en cuenta estos precios de catálogo por los minoristas⁷⁴⁴.

En conclusión, este tipo de publicidad no es comparativa y en todo caso hay que analizar cada caso concreto para determinar si los consumidores identifican dicha publicidad de catálogo con la ofertada por los competidores, con lo cual si sería comparativa⁷⁴⁵.

10. Publicidad comparativa de productos fitosanitarios

Los vendedores de productos fitosanitarios (plaguicidas, herbicidas, fungicidas, etc.) deben extremar la información sobre los mismos, por su peligrosidad y dificultad de manejo técnico. De esta manera, deben informar también comparativamente sobre las diferentes marcas. Al objeto de no incurrir en el ilícito publicitario ni desleal, los vendedores deben explicitar claramente

⁷⁴²En este sentido SPENGLER, *MA*, 1958, p. 797. También un sector de la jurisprudencia de los jueces se puso de parte de esta teoría: ejemplo la sentencia de OLG de Colonia de 29-5-1959, (DB 1959 p. 731); la sentencia del Tribunal se pronunció sobre un anuncio empresarial en que se anunciaba una rebaja del 15% sobre el precio del catálogo, la sentencia lo consideraba una publicidad comparativa porque el público lo iba a considerar como el precio practicado por los demás competidores.

⁷⁴³Entre otros EICHMANN, *Die vergleichende werbung in theorie und praxis*, p. 149-150; GÖDDE, *Grenzen und Zulässigkeit der vengleichende Werbung*, p. 15. Con respecto a la situación del derecho positivo español, según TATO PLAZA, *La publicidad comparativa*, oc. p. 61, esta publicidad de catálogo no está regulada en Derecho español, por lo que se le aplicarán las reglas generales sobre licitud de la publicidad de LGP y LCD.

⁷⁴⁴EICHMANN, *Die vergleichende werbung...*, p. 149-150.

⁷⁴⁵Es el caso de la sentencia BGH de 23-2-1968, GRUR 1968, p. 443 ss. El anuncio de una empresa de relojes decía: "Usted puede ahorrar un 40% si nos lo compra a nosotros, pruebe, examine la lista de precios al dorso", el tribunal entendió que la palabra "ahorrar" significaba

todos los datos (formulado, composición, tipo de plaga, época del año y dosis, maleza o animales a tratar, residuos que deja, efectos ecológicos, etc.). Por lo tanto como señala la doctrina⁷⁴⁶, si no se tienen en cuenta todos estos parámetros nos podemos encontrar con un test ilícito.

Igual ocurre con otros tests especiales que se publiquen, relativos a comparaciones sobre la audiencia en medios de comunicación, lectura de diarios, revistas, periódicos, etc., cuya elaboración se tiene que hacer observando todos los requisitos para no convertirse en ilícitos desleales o publicitarios.

una referencia inequívoca a los competidores, y así lo entiende el consumidor cuando se utiliza la palabra ahorrar.

⁷⁴⁶ BOTIJA M, "Ilícito desleal y publicitario en...", oc. p. 2.

CONCLUSION

I El desarrollo y recepción de la publicidad comparativa ha sido complejo y problemático. Mientras que países como Norte América tienen una larga tradición en este campo, en otros Estados se ha arrastrado una posición prohibicionista tradicional hasta 1997. En Europa se reconoce y regula por la Directiva 97/55/CE, que uniformiza el derecho comunitario. En otros países a partir de esa fecha se inicia un cambio para la aceptación de esta figura.

En España la utilización de esta publicidad ha sido escasa, aunque ha estado permitida desde pronto. Es un hito la empresa de “vinos don simón” que la han hecho famosa y la han dado a conocer a la opinión pública.

Los argumentos principales a favor son cuatro:

1ª El consumidor y usuario puede identificar las ventajas y desventajas de los productos y servicios que se le ofertan.

2ª La competencia abierta motiva a los competidores a mejorar sus ofertas.

3ª La competencia tiene derecho a decir y publicar hechos verdaderos sobre sus productos y los de la competencia, gracias a la libertad de expresión protegida constitucionalmente y al derecho de información.

4ª Las pequeñas empresas pueden dar a conocer más fácilmente sus ofertas al consumidor, con un presupuesto menor, pudiendo competir con los presupuestos millonarios de la competencia grande.

II La evolución de la publicidad ha generado, como señala la doctrina, tres modelos de regulación: el *paloliberal*, el *profesional* y el *modelo social de competencial desleal*. Solo el último modelo, el social, es el que acoge

plenamente la publicidad comparativa como positiva para los consumidores, la competencia y el interés general.

El modelo profesional aparece con la consolidación del sistema político liberal. Los empresarios desean consolidar su posición en el mercado y consideran una intromisión la publicidad comparativa, que vulnera el libre hacer de cada empresa. Este modelo se basa primariamente en la protección individualista del empresario. Los intereses de los consumidores y el interés general no son contemplados directamente.

III El modelo social de competencia desleal hace su aparición después de la segunda guerra mundial con la quiebra del sistema liberal. El fundamento va a ser la defensa de los derechos del consumidor y la protección del interés público, mediante la implantación de un sistema de competencia válido para todas las empresas.

En este nuevo modelo, los poderes públicos y los consumidores se consideran parte activa para alcanzar una mayor eficiencia en el sistema económico y una mayor justicia social. Categorías jurídicas hasta entonces irrelevantes -consumidor e interés general- son ahora centrales.

Uno de los argumentos más importantes para comprender las ventajas de la publicidad es constatar la indefensión y subordinación del consumidor en el mercado moderno, lleno de complejidad, donde sin ayuda le es imposible hacer una opción de compra responsable.

La publicidad comercial cumple una función de persuadir pero también informar al consumidor, dentro de un mercado complejo. Esta función se refuerza cuando la publicidad es comparativa.

IV Con la aparición de teorías y argumentos favorables a la publicidad comparativa también aparecen teorías contrarias, que tienen como objetivo refutar a aquellas. Estas son básicamente tres.

La primera es la teoría del papel del anunciante como juez y parte. Este argumento se cuestiona resaltando que la publicidad solo da información, no se obliga a comprar al consumidor, que es el que elige.

Otra teoría en contra es la que cuestiona la objetividad del mensaje comparativo y su capacidad para inducir a error al consumidor. Se alega que con esta publicidad se puede inducir a error al dar a entender que los datos publicitarios son verdaderos. Contra este argumento se alega que lo ideal sería una información completa, pero eso ninguna publicidad la da.

Se ha sostenido también que la publicidad comparativa tiene un efecto denigrante para el competidor o su marca, por lo se debe prohibir. Para impedir el efecto denigratorio se ha sostenido que se debe prohibir que nadie se pueda referir a la marca ajena. La referencia a la marca ajena contribuye a la transparencia del mercado y si los datos aportados son verídicos se tiene que permitir.

V La clasificación que se haga de publicidad comparativa depende del alcance que queramos darle y de la propia evolución del concepto de esta.

La mas importante es la que distingue publicidad explícita de publicidad implícita. La diferencia es que en una se identifica por su signo distintivo (nombre comercial, marca, etc.) al producto de la competencia con que se compara. En la implícita no hay esta identificación sino que es deducible por los consumidores por los datos suministrados. Tanto en el concepto de la Directiva sobre publicidad comparativa como en el artículo 6 bis de la Ley General de Publicidad se contemplan expresamente estas dos clases de publicidad.

Otras clasificaciones son menos importantes. Así la clasificación en función de la forma de identificar a la competencia. Esta clasificación divide la publicidad comparativa en seis categorías de más o menos intensidad comparativa en función de si se hacen referencias visuales verbales a la misma.

Otra clasificación está en función del objeto de comparación. En ésta se tiene en cuenta si la confrontación es entre productos o servicios, entre marcas para un mejor posicionamiento en el mercado o el ataque directo al discurso de la competencia.

VI El Estatuto de la Publicidad es la primera normativa que regula la publicidad en España. No mencionaba a la publicidad comparativa, sino que se limitaba a señalar los principios y reglas a las que tenía que acogerse la actividad publicitaria para ser lícita.

Es con el examen de sus resoluciones como observamos la evolución desde el rechazo inicial hasta su aceptación final. La publicidad comparativa no debe ser engañosa, ni desleal (ni denigratoria, ni confusionista, ni imitadora), pero puede existir como tal. El JCP se hace eco del debate producido en derecho comparado en los años sesenta en torno a la licitud de la publicidad comparativa, pero a la hora de hacer análisis concretos, en torno a los casos a él planteados, adolece de una falta de conocimiento sobre el verdadero concepto de publicidad comparativa y sus límites.

VII La libertad de expresión y la publicidad comparativa no han tenido una evolución paralela. Reconocida actualmente en la ley, el debate sobre la aplicación a la publicidad comparativa del derecho constitucional de libertad de expresión tiene un interés marcadamente doctrinal.

No hay un enfoque común en los distintos ámbitos doctrinales e institucionales. Para los Tribunales españoles la publicidad comercial no está amparada por el derecho constitucional de la libertad de expresión del art. 20 CE; sin embargo, para las instancias de la Unión Europea -CEDH y el TEDH-, la aplicación e interpretación del art. 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos es extensible a la publicidad comercial.

Las consecuencias serían muy importantes para la publicidad comparativa, en cuanto una prohibición total de la publicidad comparativa

podría ser anticonstitucional por vulnerar el derecho a la libertad de expresión del anunciante.

La CE establece en el art. 20 la libertad de expresión como el derecho, de aquí que la jurisprudencia del TS entra en contradicción con esta posición doctrinal. Por el contrario, el TC ha resaltado en sus sentencias que dicha actividad publicitaria siempre proporciona información pero también opinión, encuadrada en el derecho de libertad de expresión del art. 20.1 CE.

En Europa el art. 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos establece que "toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de comunicar y recibir informaciones e ideas sin que pueda existir injerencia de las autoridades publicas, y sin consideración de fronteras".

Sobre el problema de la aplicación de este artículo a la publicidad comercial los órganos comunitarios -CEDH y TEDH- mantuvieron una postura favorable, mas firme la de la CEDH y más dubitativa la del TEDH.

VIII También se ha argumentado como factor favorable al reconocimiento de la publicidad comparativa que, como toda publicidad, proporciona información al consumidor. La información se sustenta en el Derecho de Información.

Este derecho significa, como facultad, la posibilidad de investigar y recibir información. Como derecho significa derecho de informar y el derecho a ser informado.

La Constitución Española se refiere al derecho de información en dos artículos de muy diferente alcance (art. 20 y art. 51). El primero como libertad fundamental, de expresión y artísticas, el segundo como derecho social del consumidor. También el ordenamiento jurídico de la Unión Europea lo configura como un derecho del más alto rango.

IX En Derecho Comparado la publicidad comparativa se ha visto con recelo desde el principio, con la excepción de Norte América y también un poco Canadá. Pero desde 1997 se reconoce en la Unión Europea y en otros países de América. Organismos como la Cámara de Comercio Internacional la admiten si es veraz.

En Europa, unos países: Suecia, Francia, España, Dinamarca, Inglaterra, Grecia, Irlanda, Portugal, y Austria reconocían y autorizaban a la publicidad comparativa, siempre que la comparación fuera veraz, no engañosa y no innecesaria, autorizándose incluso el que se mostrase la marca de un competidor en la publicidad comparativa. En Italia se tenía un sistema similar, pero su institución de autocontrol permitía solo la publicidad comparativa indirecta.

En el caso de Holanda, Finlandia y en cierta medida también en Alemania, se exigía autorización para utilizar la publicidad comparativa, con lo cual se restringía esta publicidad. En Bélgica, la tradición prohibicionista era la mas fuerte.

X Desde 1981, el Consejo de la Unión Europea se fijo como objetivo la necesidad de dictar normas que protegieran al consumidor de la publicidad y de la competencia desleal. La Directiva del Consejo de 1984 sobre publicidad engañosa no pudo incluir la publicidad comparativa por las posiciones tan divergentes entre los Estados.

En cuanto al Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea desde pronto se vio obligado a pronunciarse sobre la problemática de la publicidad comparativa y el principio de libre circulación de mercancías de la CCEE, manteniendo una posición contradictoria.

XI Con la aprobación de la Directiva 97/55/CE se trata también de distinguir esta figura de otras parecidas, que llaman a confusión, como la publicidad denigratoria, la de tono personalizado o la publicidad adhesiva.

En cuanto al concepto ofrecido en la Directiva: "Será publicidad comparativa la que aluda explícita o implícitamente a un competidor o a los bienes o servicios ofrecidos por el". Este se centra exclusivamente en la referencia al competidor sin tener en cuenta que de lo que se trata es de comparar para poner de relieve las ventajas de los productos propios frente a las desventajas de los productos de la competencia.

También el concepto se refiere a la comparación con un "competidor", cuando es lógico pensar que quiere decir uno o varios competidores. Junto al concepto se acompaña otro artículo con los requisitos.

En cuanto al primer párrafo del art. 1.3, que establece: "1. La publicidad comparativa solo se autorizara si compara, de modo objetivo, características esenciales, pertinentes, siempre verificables, seleccionadas equitativamente y representativas de bienes o de servicios que compitan entre sí", este coincide con el texto del art. 6.c de la LGP de 1988 y con el art. 10 de la LCD de 1991. O sea que las afirmaciones de aquellas leyes españolas son ahora perfectamente aplicables. En cuanto a la referencia a que la comparación sea con características pertinentes de los productos o servicios comparados. Este termino "pertinente" no esta en la traducción española de la Propuesta, pero solo aparentemente, pues si analizamos la traducción alemana veremos que pertinentes es dicha lengua "sachlich" se traduce por "objetivo". Por tanto y teniendo en cuenta la exclusión de los juicios de valor y las opiniones personales, podemos decir que hay una coincidencia sustancial entre nuestro ordenamiento y la Propuesta de Directiva Comunitaria.

En cuanto a los parámetros de comparación seleccionados equitativamente, del art. 1.3:

"1. La publicidad comparativa solo se autorizara si compara, de modo objetivo, características seleccionadas equitativamente y representativas de bienes o de servicios que compitan entre sí". El anunciante puede seleccionar

solo un parámetro de comparación y omitir otras variables siempre que no se de dé una imagen falsa de conjunto.

En cuanto al requisito de que “no sea engañosa” y “no cause el descrédito, la denigración o el menosprecio de las marcas, nombres comerciales, bienes, servicios o actividades de un competidor”, tenemos que estar a lo dispuesto en la Directiva del Consejo de 10 de septiembre de 1984, sobre publicidad engañosa –art. 2.2 y también al derecho español, pues una comparación aunque se base en datos verídicos también dar lugar error al consumidor y por tanto es ilícita. En cuanto al efecto denigratorio este no se puede impedir pero con el límite de que sea innecesario.

En cuanto a la publicidad adhesiva y de tono personal, prevista en el art. 1.3: “d) no se aproveche principalmente de la notoriedad vinculada a una marca o al nombre comercial de un competidor” y “no tenga por objeto la personalidad o la notoriedad de un competidor la situación personal de un competidor”.

Otro elemento de la definición es el relativo a la prohibición de confusión, del art. 1.3: <<no pueda dar lugar a confusión en el mercado entre el anunciante y un competidor o entre las marcas, los nombres comerciales, otros signos distintivos, los bienes o los servicios del anunciante y los de un competidor>>. En ningún momento se trata de equiparar unos productos con otros de la competencia para demostrar su superioridad, lo cual es una publicidad adhesiva que genera confusión. Por el contrario, la publicidad comparativa compara los productos para indicar ventajas y desventajas de cada uno.

En cuanto a lo dispuesto en el art. 1.3.2, “La publicidad comparativa deberá indicar durante cuanto tiempo se mantienen las características de los bienes o servicios comparados cuando sean objeto de una oferta especial o de carácter temporal”, es una especialidad de la regla general de que la comparación se base en datos objetivos y exactos. Estos datos basados en la verdad objetiva exige que estén actualizados y se acuerda así en el art. 1.3.1,

pero el art. 1.3.2 va más allá y exige que esta publicidad indique el tiempo durante el cual se va a mantener aquella oferta especial.

Con la aprobación de la Directiva 97/55/CE, sobre publicidad comparativa, del Parlamento Europeo y del Consejo, se ha conseguido una regulación uniforme en toda la Unión Europea, con las consiguientes ventajas para los intereses de consumidores y usuarios. Después de un proceso largo y complejo se ha impuesto la doctrina favorable. La publicidad comparativa que realice una empresa en un país, ahora puede circular libremente por todos los países miembros, con las ventajas que esto conlleva para la propia empresa anunciante, pero también para los consumidores, que van a poder disponer de más información a la hora de elegir su compra. En definitiva se va a favorecer la competencia en Europa.

Como inconvenientes de la Directiva es el no haber definido con más precisión el concepto de publicidad comparativa, en la línea de favorecer la competencia y proteger al consumidor. Es necesario precisar que se considera como publicidad adhesiva y como publicidad denigrante, y hacerlo con carácter restrictivo, pues sino se puede utilizar por las empresas como medio para bloquear la producción de publicidad en su contra.

En cuanto a la traslación a los diferentes Estados se ha ido realizando a distintos ritmos, pero en general con retraso.

XII La Ley General de Publicidad de 1988 aplica al derecho español la Directiva sobre publicidad engañosa, pero amplía sus efectos a todo el contenido de la publicidad ilícita en general.

La LGP es consecuente y parte de la licitud de la publicidad comparativa, tanto en la primera redacción como en la segunda, operada en virtud de la reforma de la Ley de 28 de noviembre de 2002 y en su artículo 6 bis transpone literalmente la Directiva sobre publicidad comparativa.

XIII La Ley de Competencia Desleal tiene en cuenta lo previsto en la Ley General de Publicidad en lo que se refiere a publicidad comparativa.

La LCD (art. 10) regula el acto de comparación de manera negativa: <<1. Se considera desleal la comparación pública de la actividad, las prestaciones o el establecimiento propio o ajeno con los de un tercero cuando aquella se refiera a extremos que no sean análogos, relevantes ni comprobables. 2. Se reputa también desleal la comparación que contradiga lo establecido en los artículos. 7 y 9 en materia de practicas engañosas y denigrantes>>.

Aunque la redacción de este artículo 10 es diferente a la redacción de artículo 6 bis LGP, en el fondo la idea es la misma, la publicidad comparativa es lícita si es veraz.

En cuanto a la consideración de que se entiende por extremo análogo, hay que entender que los objetos comparados sean similares entre sí, y por tanto comparables.

En cuanto a lo que se entiende por extremo relevante, también hay que entender que no se puede comparar una cosa importante con una cosa baladí o sin importancia.

En cuanto al extremo de que el acto de comparación sea comprobable, hay que entender que la publicidad tiene entre sus recursos la exageración, pero en publicidad comparativa no se puede utilizar porque decir que este coche es él <<mas magnifico del mercado de todos>>, no se puede comprobar ni acreditar, y por tanto no puede ser comparación.

XIV Si la actividad publicitaria se regula por la Ley General de Publicidad y por la Ley de Competencia Desleal, esta duplicidad de normas crea un problema de concurso de normas. Esta situación generó un amplio debate doctrinal que en la actualidad está en parte superado, en lo que a la publicidad

comparativa se refiere, por la aparición en el año 2002 de la Ley de reforma de la LGP.

La LGP se aprueba para transponer la Directiva sobre publicidad engañosa y la LCD para desarrollar el derecho de la competencia, lo que permite pensar que el legislador no ha pensado nunca en una derogación de la LGP por la LCD ni viceversa.

En cuanto a la derogación tácita por incompatibilidad, se trataría de considerar como derogadas solo aquellas normas que se opongan a la ley posterior. En este supuesto nos encontramos primero frente a una LGP que regula una misma materia que la LCD, con la particularidad de que la LCD de 1991 aparece como posterior a la LGP de 1984, pero en 2002 se reforma la LGP, con lo que esta norma es ahora posterior. Ambas leyes siguen aplicándose, teniendo en cuenta que el legislador no tiene voluntad derogatoria de ninguna de las dos normas.

En el art. 10 de la LCD se hace una referencia al acto de comparación de manera negativa. En el artículo 6 bis LGP se define a la publicidad comparativa de manera positiva y se enumeran sus requisitos de licitud. Es la solución mayoritaria de la doctrina entender que las dos normas son aplicables y por lo tanto se pueden ejercer conjuntamente las acciones de ambas leyes.

XV Ante la publicidad ilícita o el acto de competencia desleal, la solución para el perjudicado es poder entablar una acción u otra, o ambas a la vez. Desde el punto de vista de esta interpretación integradora, se podrá utilizar y alegar la *exceptio veritatis* también ante la publicidad comparativa denigratoria (art. 9 LCD).

En conclusión, todo acto de comparación que, por su forma y el sector del mercado en que incida, produzca un efecto denigratorio sobre la reputación de otra empresa, sus productos o servicios se considerará un acto de competencia desleal. Este acto legitimará a la empresa que se considera perjudicada para ejercitar las acciones civiles del art. 18 LCD. Pero además si

aquel acto ha tenido soporte publicitario, en el sentido previsto en el art. 2 LGP en relación con el art. 6 LGP, se considerará también un ilícito publicitario y permitirá ejercitar a la empresa perjudicada las acciones civiles de cesación y rectificación previstas en LGP.

XVI En cuanto al alcance de la definición de publicidad comparativa la doctrina ha considerado que tiene que integrar a los objetos de comparación, a los parámetros de comparación y al contenido de la comparación.

Los objetos de comparación son abordados tanto por la LGP como la LCD, sí bien de manera distinta. Para la LGP la comparación se debe hacer sobre los productos o servicios o sobre el competidor (art. 6 bis). Sin embargo para la LCD lo que se compara es la actividad, las prestaciones y los establecimientos propios y de la competencia, algo más genérico (art. 10).

La elección de un objeto de comparación parece fácil en principio, visto el listado legal anterior, pero en la práctica puede dar lugar a error.

Además la comparación debe tener otros límites: debe ser de objetos que tengan la misma finalidad o satisfagan la misma necesidad y comparables.

En cuanto a los objetos de comparación similares es un requisito del art. 6 bis LGP, también la doctrina ha destacado esta característica.

En cuanto a los parámetros a comparar hay dos posturas. Frente a la opinión de que la comparación debe ser completa, la opinión mayoritaria y la propia LGP consideran que se puede hacer también con un solo parámetro, como el precio.

El problema es determinar cuando estamos ante una característica esencial. Para un sector doctrinal se ha considerado que característica esencial es aquella que es elemento determinante para el consumidor.

Sobre el contenido hay unanimidad en todas las legislaciones y tratados, este debe ser veraz. Junto a la veracidad se acompaña la verificabilidad.

Caso particular son los anuncios realizados por personajes famosos. Parte de la doctrina los rechaza pero debemos considerar que también sirven al consumidor para aportar información sobre la calidad del producto, pues ni el actor famoso se prestaría a un fraude ni el anunciante realizaría un anuncio tan agresivo si no esta seguro.

Además de objetividad y verificabilidad también se exige que no sea engañosa. Así lo establece el art. 10.2 de la LCD y así se deriva del conjunto de la LGP.

Una última cuestión a analizar es la ausencia de carácter denigratorio que debe tener la comparación. La doctrina ha puesto de manifiesto la posibilidad de aplicación de la <<exceptio veritatis>> en esta materia. Así se desprende de lo dispuesto en LCD y se deriva del silencio de LGP.

XVII La traslación de la Directiva sobre publicidad comparativa al ordenamiento jurídico español se hace por la Ley de 28 de octubre de 2002. Creemos que debería haberse aprovechando esta modificación de la Ley General de Publicidad para llevara a cabo una modificación de mayor alcance.

La definición de la publicidad comparativa debe ser lo más amplia posible, con el fin de permitir que las comparaciones puedan referirse no sólo a las ofertas, sino también a aspectos corporativos; que puedan poner de relieve tanto diferencias como semejanzas entre empresas y ofertas; que el anunciante pueda ser distinto de las empresas comparadas en los anuncios (por ejemplo, una asociación de consumidores), e incluso que la comparación pueda referirse a productos de la misma empresa. Nuestra propuesta es que se defina la publicidad comparativa como "aquella en la que se comparan explícita o implícitamente características de las empresas o de sus bienes o servicios".

Que las comparaciones tengan un carácter genérico. Es decir, en aquellos casos en los cuales no se menciona (explícita o implícitamente) una marca o producto concreto, sino un grupo de productos englobados por características comunes (como, por ejemplo, cuando una marca de zumos pretende establecer las ventajas de su oferta frente a la operación de exprimir la fruta).

La nueva Ley debería evitar que productos consolidados en el mercado puedan compararse abusivamente con productos desconocidos o nuevos, mientras que se debe permitir a productos que acceden a un mercado o son poco conocidos compararse con productos ya consolidados en él.

En cuanto a la situación que planteaba la aplicación de esta Directiva en el derecho español decir que había una gran coincidencia. Como peculiaridades o diferencias tenemos:

1º En el Derecho español no se mencionaba la denominación de origen en la publicidad comparativa, como si hace la Directiva.

2º Las ofertas especiales no eran objeto de mención en derecho español.

3º La comparación con productos desconocidos o de limitada participación en el mercado se consideraba desleal por el antiguo artículo 6 c) LGP, pero la reforma no menciona este supuesto.

Como inconvenientes de la Directiva es no haber definido con más precisión el concepto de publicidad comparativa, en la línea de favorecer la competencia y proteger al consumidor.

Esta reforma establece los requisitos para que la publicidad comparativa sea lícita y en el caso de las normas sectoriales estas deben respetarlos también, aunque establezcan criterios propios.

XVIII La autorregulación o autocontrol en materia publicitaria consiste en el voluntario sometimiento de los distintos agentes involucrados en la creación y difusión de la publicidad a un sistema privado de control de licitud de la actividad publicitaria. El mayor beneficio de la autorregulación consiste en promover una ordenación ética de la actividad publicitaria en beneficio de los consumidores, la propia industria y la sociedad en general.

Como ventaja se destaca la posibilidad de solucionar de forma rápida, y sin apenas costes, controversias publicitarias que, de otra forma, habrían de ser resueltas ante los Tribunales de Justicia.

La eficacia de este sistema deriva de que aunque una empresa anunciante quiera emitir un anuncio que pueda ir por su contenido contra los principios éticos aprobados, si se lo propone a una agencia adherida a Autocontrol, esta se negará a su publicación.

En cuanto a sus limitaciones están el que es un control promovido por la propia industria, lo cual no puede satisfacer plenamente a los consumidores. El código ético de Autocontrol se refiere a la Publicidad Comparativa admitiéndola.

El Jurado de Publicidad ha tenido oportunidad de pronunciarse en numerosas ocasiones sobre publicidad comparativa. De las resoluciones analizadas en esta obra vemos que la mayoría de las demandas al JP están referidas a precios, a publicidad denigrante o engañosa, siendo la falta de veracidad uno de los argumentos más utilizados por las empresas demandantes.

En cuanto al tipo de publicidad, la mitad de la publicidad es implícita y la otra mitad explícita, aunque con tendencia a aumentar cada vez más la publicidad explícita. En cuanto a la decisión adoptada por la resolución del JP, en una resolución de 10 a 4, todavía son mayoritarias las estimaciones de demandas, aunque es de esperar que con el tiempo y la implantación de la

publicidad comparativa cada vez se valoren más los argumentos pro publicidad comparativa.

XIX Los Tribunales de Justicia españoles también han tenido oportunidad de pronunciarse sobre casos de publicidad comparativa en más de veinte ocasiones. De los comentados en este trabajo (Caso Telefónica vs Tele 2, Telefónica vs Alo SA, etc.), la comparación se ha limitado o bien únicamente a los precios o bien a aspectos de la publicidad misma considerados confusionistas, denigratorios, etc. Creando un cuerpo consolidado de aceptación de la publicidad comparativa.

XX La definición legal es limitada pues no tiene en cuenta cuestiones como el fenómeno de la comunicación y el carácter de confrontación entre la oferta del anunciante y la del competidor.

La publicidad comparativa sería una clase de publicidad en que el anunciante compara su producto o servicio con otros productos o servicios de la competencia para, a través de esta comparación, mostrar las ventajas de su oferta frente a las otras ofertas y promover una mayor contratación a su favor.

La situación actual a la hora de abordar el estudio del concepto de lo que es publicidad comparativa es muy diferente a los primeros momentos. El estado de la doctrina, de la legislación y de la jurisprudencia está mucho más avanzado y esto permite llegar a un concepto más uniforme del concepto.

XXI Como característica destacamos la comparación entre ofertas. Primero se anuncia la propia empresa y su oferta y la de la competencia; en segundo lugar, se comparan, de manera explícita o implícita, las ventajas del anunciante sobre la oferta competidora. La consecuencia es que los consumidores prefieran comprar a la empresa anunciante por aparecer su oferta más ventajosa.

En cuanto al anunciante, es la empresa pero hay que entender la figura de la publicidad comparativa con una concepción más amplia, que permita la

comparación no solo de productos o servicios sino también de aspectos corporativos o características de empresas, así como que puedan participar también asociaciones de consumidores.

Es fundamental la comparación explícita o implícita con otra empresa o su oferta.

La formulación de juicios críticos sobre el competidor es publicidad denigratoria, a no ser que se acompañe de la comparación con el producto propio. Caso particular es la publicidad adhesiva, no admitida por el derecho español pero que puede ser considerada publicidad comparativa en un concepto amplio, porque también aporta información.

Como requisito fundamental esta la veracidad. Sin embargo este elemento debe ser un requisito de licitud, pero no constitutivo.

Siendo la publicidad explícita claramente distinguida, no ocurre igual con la implícita, que es la que crea más problemas prácticos. Son las circunstancias del anuncio las que permiten al consumidor identificarla.

XXII De todas las alusiones o referencias al competidor que se puedan hacer en publicidad, la Doctrina considera que hay unas que favorecen la identificación por los consumidores del competidor, y otras, por el contrario, se consideran que perjudican este objetivo.

Las que favorecen la identificación del competido son las siguientes: La agresividad del mensaje publicitario, la evocación de la publicidad del competidor en la propia publicidad, la matización de la expresión publicitaria, las circunstancias derivadas del momento o del lugar en el que se difunde la publicidad, las circunstancias derivadas de la estructura del mercado y la publicidad dirigida a un público determinado.

Una publicidad agresiva es más fácil que impacte en el destinatario y por lo tanto que este identifique más fácilmente al competidor. Hay dos formas de

realizar esta comparación y que puede llevar el mensaje: una es utilizar una expresión con un superlativo o comparativo en forma negativa, otra es utilizar la forma negativa de una crítica y una advertencia.

La imitación y evocación de la publicidad del competidor puede dar a entender al consumidor, en un porcentaje muy alto, que se refiere a él mismo.

Otra forma que refuerza el efecto de la publicidad comparativa es la utilización de expresiones o matizaciones que facilitan que el consumidor identifique a la competencia del anunciante de manera negativa

También la realización de campañas sucesivas y coincidentes en tiempo y lugar como cuando la campaña se desarrolla en el mismo medio publicitario en que se desarrolló anteriormente la campaña de la competencia. En este caso es la propia estructura del mercado lo que determina que una publicidad sea comparativa o no.

En el caso de un mercado controlado por dos empresas, cualquier publicidad que haga una de ellas, los consumidores entenderán que se refiere a la otra, aunque no se explicita. En el caso de un mercado controlado por varias en una situación de oligopolio o poder concentrado, ocurre igual, la publicidad de cualquiera de ellas significa una comparación con las demás. Caso Coca-Cola y Pepsi-cola.

Cuando la publicidad se dirige a consumidores especializados esta debe tener en cuenta que no es tan fácil manipularlos, y que, además, conocen a la competencia. La referencia en este caso se puede entender publicidad comparativa, pues aunque no se diga el nombre de la empresa competidora eso está claro para los consumidores.

XXIII Hay un conjunto de referencias que reducen la posibilidad de identificar al competidor. Estas referencias son las siguientes: La retórica publicitaria, los versos publicitarios, la exageración publicitaria y el humor.

La retórica publicitaria se refiere a frases reiteradamente utilizadas en publicidad. La utilización de estas expresiones repetidas genera poco impacto.

Presentar la publicidad en verso es otra táctica empleada por los anunciantes para llamar la atención de los consumidores sobre su producto, aunque de poco éxito.

Con las exageraciones, se hacen alegaciones o se vierten frases y expresiones sobre el producto del anunciante de contenido fácilmente reconocible como exagerado por el consumidor y que por lo mismo nadie exigirá que se pruebe lo dicho.

La utilización del humor en publicidad no se ha considerado eficaz por la doctrina. Ello es así porque el consumidor no se detiene a analizar un chiste. No obstante en aquellos casos en que, junto al chiste o la broma, haya una referencia clara al competidor, bien por su nombre o implícita, estaríamos, en que el humor ya no actúa como un atenuante de la posibilidad de identificación del competidor sino, por el contrario, reforzando el efecto de la publicidad comparativa.

XXIV Sobre la utilización de la marca y demás signos distintivos en publicidad comparativa los ordenamientos jurídicos lo permiten, pero ello no significa que no se planteen problemas prácticos.

La doctrina esta dividida en el caso de la publicidad adhesiva, pues mientras el derecho positivo español esta por la prohibición, parte de la doctrina entiende que se puede considerar como publicidad comparativa. En cualquier caso habrá que estar al caso concreto.

En la práctica, si un mensaje publicitario comparativo acentúa las diferencias entre dos productos, existe menor posibilidad de confusión del consumidor; las marcas respectivas son distinguidas, y los consumidores tienen la oportunidad de apreciar que los productos en competencia provienen

de fuentes no solo diferentes, sino competidoras. Esta circunstancia se da menos cuando la referencia entre marcas es sobre sus semejanzas.

El sistema español permite hacer comparaciones entre marcas, pues considera que el derecho exclusivo del titular de la marca es el de hacer publicidad de ella para diferenciar sus productos de los de la competencia y eso es lo que se le prohíbe a terceros. Por otro lado la existencia de la Ley General de Publicidad es un límite al derecho de marcas.

XXV A la hora de abordar una definición de publicidad comparativa los autores han mostrado sus discrepancias sobre cual debe ser el alcance y contenido. Para un sector de la doctrina se ha abogado por un concepto estricto, sin embargo, por otro sector se ha defendido una definición amplia.

Se ha considerado en común que toda publicidad comparativa debe de hacer una referencia conjunta a la oferta propia y a la de la competencia, pero se ha cuestionado si esta referencia debe ser explícita o implícita.

También se cuestiona si la referencia debe ser a algún atributo específico del producto comparado o a referencias generales de la marca competidora, o incluso a la posición del mercado o a la imagen del competidor.

También se ha sostenido que lo importante que hay que resaltar en la definición es la situación de superioridad o ventaja que tiene la marca del anunciante.

Teniendo en cuenta lo anterior, la doctrina ha dividido las definiciones en dos grandes grupos. En primer lugar están las que tienen un enfoque limitado o restrictivo y en segundo lugar las que hacen un enfoque más amplio o genérico de esta.

La definición restrictiva entiende que en publicidad comparativa debe de hacer una referencia conjunta a la oferta propia y a la de la competencia, pero de manera explícita, mostrando las marcas competidoras y comparando con algún atributo específico de ambas.

Una visión más amplia de publicidad comparativa permite incluir la referencia implícita a las empresas de la competencia y a las referencias globales de los productos o servicios.

XXVI Como definición jurídica genérica de publicidad comparativa tenemos la siguiente: "Aquella publicidad en que el empresario anunciante compara su oferta con la de uno o varios competidores, identificados o inequívocamente identificables, con el resultado directo o indirecto, de resaltar las ventajas de los propios productos o servicios frente a los ajenos".

Otras definiciones insisten en la confrontación, como la de la Audiencia Provincial de Madrid en el asunto "Coca Cola de España", que define la publicidad comparativa como "aquella mediante la que el anunciante contrapone la propia oferta a la de un competidor con la finalidad de demostrar la inferioridad de los productos ajenos frente a los propios".

XXVII La definición legal de la publicidad comparativa se hace desde la negatividad en el caso del acto de comparación desleal (art. 10 LCD) o desde la positividad (artículo 6 bis LGP). Mas importante es el artículo 6 bis.1 de la LGP que establece que es publicidad comparativa; "... la que aluda explícita o implícitamente a un competidor o a los bienes o servicios ofrecidos por él".

Definición legal propuesta que adolece de parte de los elementos que la doctrina ha considerado necesarios para esta forma de publicidad. No menciona, entre otros, el carácter de confrontación pública con la empresa o empresas competidoras o sus productos, con el objetivo de que el consumidor conozca y compare las ventajas de cada opción y prefiera la del anunciante, por ser superior.

Después establece los requisitos que debe reunir la publicidad comparativa (art. 6 bis 2).

Apartado primero: "a) Los bienes o servicios comparados habrán de tener la misma finalidad o satisfacer las mismas necesidades". Este requisito significa que la comparación se tiene que hacer entre bienes que sean homogéneos y adecuados para el mismo fin o necesidad, aunque en su forma o contenido sean diferentes.

Apartado segundo: "b) La comparación se realizará de modo objetivo entre una o más características esenciales, pertinentes, verificables y representativas de los bienes o servicios, entre las cuales podrá incluirse el precio". Se resalta en este apartado la importancia de comparar aspectos de verdadero interés y veraces.

Apartado quinto: "e) Si la comparación hace referencia a una oferta especial se indicará su fecha de inicio, si no hubiera comenzado aún, y la de su terminación, y se indicará que dicha oferta está supeditada a las existencias del producto ofertado cuando así suceda". Este apartado está relacionado con el anterior ya visto de la comparación basada en la variable "precio". Este precepto tampoco estaba en la legislación anterior. No obstante es cuestionable también que este sea su lugar más adecuado.

Apartado tercero: "c) En el supuesto de productos amparados por una denominación de origen o indicación geográfica la comparación sólo podrá efectuarse con otros productos de la misma denominación".

Apartado cuarto: "d) No podrán presentarse bienes o servicios como imitaciones o réplicas de otros a los que se aplique una marca o nombre comercial protegido".

Apartado sexto: "f) No podrá sacarse una ventaja indebida de la reputación de una marca, nombre comercial u otro signo distintivo de algún competidor, ni de las denominaciones de origen o indicaciones geográficas de productos competidores".

Este párrafo es ambiguo y lleno de buenas intenciones. Los signos distintivos de las empresas son cada vez más importantes, aumentando su utilización cada vez más. El derecho de marcas cada vez está más desarrollado y trata de conjugar los intereses de los propietarios con los intereses superiores de los consumidores y de la competencia. Las marcas en sí son prestigio, y esto es información valiosa y útil para el consumidor, por tanto el titular procurará aumentar el prestigio de ésta.

Punto 3º del artículo 6 bis: "3. En aquellas profesiones colegiadas..."

Este apartado pone de manifiesto el problema de la publicidad comparativo en determinados colectivos, como abogados. Se destaca que la publicidad comparativa que se haga debe de regularse por su normativa especial, pero respetando los requisitos de LGP.

Punto 4º del art. 6 bis: "4. El incumplimiento de los requisitos previstos en el apartado 2 del presente artículo... tendrá la consideración de infracción a los efectos previstos en la Ley 26/1984, de 19 de julio, LDCU". Remisión lógica si se tiene en cuenta que es la LDCU la que establece el régimen sancionador en materia de legislación del consumidor. Aunque consideramos que debería haber tenido en cuenta el Estado de las Autonomías.

XXVIII Hay otras formas de publicidad no comparativa que se pueden confundir con la comparativa, las mas importantes son las siguientes.

La publicidad adhesiva esta actualmente prohibida. Con ella se realiza una comparación susceptible de producir confusión. Se considera que el anunciante se aprovecha de manera ilícita de la reputación ajena para alegar que su oferta es de igual o mejor calidad. La prohibición de esta publicidad esta en LGP y LCD. Este tipo de publicidad es también muy polémica e incluso hay autores que sostienen que puede ser considerada también publicidad comparativa, posición que compartimos. En la práctica es difícil determinar cuando estamos ante una publicidad u otra, pues la comparación se considera buena para el consumidor porque le aporta información y todo lo que la limite

debe ser interpretado restrictivamente. De hecho la Directiva sobre publicidad comparativa y la Ley que la transpone son un límite al derecho del titular de marcas para su uso exclusivo y el derecho de exclusión a los demás de la mención de la misma. En éste caso estamos ante una publicidad explícita puesto que se menciona a la marca ajena.

La publicidad denigratoria entraña una denigración de la oferta competidora pero también la comparativa. Incluso hemos visto como se admite expresamente la excepción veritatis por la LCD, aunque no lo hace la LGP. Pero es diferente de la pura publicidad denigratoria que si esta prohibida, en esta asistimos a una referencia a circunstancias personales o privadas del competidor que no tienen nada que ver con su oferta. En algunos casos se pueden plantear dudas pues las características personales del competidor pueden influir en la valoración del producto.

Diferente es la diferencia entre publicidad desleal denigratoria y competencia desleal denigratoria. Todo acto de publicidad denigratoria es acto de competencia desleal, en cuanto supone difusión. Pero no a la inversa, si se hace sin publicidad.

La publicidad de tono excluyente supone afirmar por el anunciante que su oferta es la mejor del mercado. Pero este argumento tiene también su arma de doble filo, pues al afirmar que su producto es el mejor, indirectamente se esta afirmando que la oferta de los competidores es menos ventajosa. Por esta razón, algunos autores señalan que esta publicidad es del tipo comparativo implícito; hay que analizar cada caso concreto.

Un caso que pone de relieve la dificultad de señalar la barrera entre una publicidad y otra es el discutido por una sentencia del Tribunal Supremo en 1997. Se trata de un anuncio del producto Pepsi-Cola. La Sentencia consideró que la demandante Coca Cola no tenía que considerarse aludida al no hacerse referencia a ella y haber más empresas de bebidas de cola en el mercado.

La publicidad imperativa supone un anuncio con una llamada directa y breve al consumidor para que consuma el producto ofertado. No es publicidad comparativa. Caso distinto es cuando el anunciante anticipa el resultado de la comparación que pide a los consumidores, pues en este caso, indirectamente puede estimarse que esta haciendo publicidad comparativa.

Tanto la comparación publicitaria de sistemas económicos como la comparación de géneros de mercaderías se considera que no es publicidad comparativa por la mayoría de la doctrina.

En la comparación de tipos de mercaderías se contraponen dos o más tipos de productos. En este método de publicidad se compara entre mercaderías y en el anterior entre sistemas económicos o técnicos, lo cual ha llevado a la doctrina a considerar una equiparación, un subtipo uno de otro.

También en esta figura de publicidad se da un rasgo positivo y un rasgo negativo como en el sistema de comparación de sistemas económicos. Se comparan de un modo abstracto dos productos y no se hace ninguna referencia a ningún competidor. El rasgo negativo nos permite diferenciarla de la publicidad comparativa. No obstante, hay que analizar cada caso concreto para determinar si realmente estamos ante un caso de publicidad comparativa.

El análisis comparativo de productos se ha presentado como una de las principales fuentes de información para el consumidor libre. Muy utilizados por las asociaciones de consumidores, también las empresas los utilizan abiertamente cuando comprueban que esto les favorece. La credibilidad de los análisis depende del rigor en su elaboración.

ABREVIATURAS

AAAA	American Assotitation of Advertising Agencies
(A)AAP	Auto(s) de la Audiencia Provincial
ACM	Asociación de Centrales de Medios
(A)ATDC	Auto(s) del Tribunal de Defensa de la Competencia
ADC	Anuario de Derecho Civil
ADI	Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor
ADPIC	Acuerdo sobre aspectos del Derecho de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio
AEAP	Asociación Española de Agencias de Publicidad
AGENDI	Asociación Española de Marketing Directo e Interactivo
ALA	Advertising law antropolgy
AJ	Aranzadi. Repertorio de Jurisprudencia
AL	Aranzadi. Repertorio de legislación
AIPPI	Asociación Internacional para la Protección de la Propiedad Industrial
AP	Autocontrol de la Publicidad. Publicación de la Asociación de

Autocontrol de la Publicidad

ASIMELEEC	Asociación Mulsectorial de Empresas Españolas de Comercio Electrónico
BG	Bundesgericht
BGH	Bundesgerichtshof
Bol. As. Aut.	Boletín de Asociación Autocontrol de Publicidad
Bol. As. Autor.	Boletín de Asociación para la Autorregulación de Comunicación comercial
BIM	Boletín de Información Mercantil
BJC	Boletín de Jurisprudencia Constitucional
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
BOE	Boletín Oficial del Estado
BOPi	Boletín Oficial de Propiedad Industrial
CA	Comunidad Autónoma
CAM OMPi	Centro de Arbitraje y Mediación de OMPi
CBE	Circular del Banco de España
CBBB	Council of better Business Bureaus o Consejo de las Oficinas

para mejorar negocios.

CC	Código Civil
CCJC	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
Ccom	Código de Comercio
CCU	Consejo de Consumidores y Usuarios
CCU	Consejo de Consumidores y Usuarios
CDC	Cuadernos de Derecho y Comercio
CE	Constitución Española
CEDH	Comisión Europea de Derechos Humanos
CEE	Comunidad Económica Europea
Cfr.	Confrontose
Cit.	Citado
CJ	Cuadernos Jurídicos
Consum. L. J.	Consumer Law Journal
CUP	Convenio de Unión de París para la Protección de la Propiedad Industrial
D	Decreto

DA	Disposición Adicional
DCE	Decisión de la Comisión Europea
DE	Derecho de los Negocios
DM	1ª Directiva 89/104/CEE, del Consejo, 21-XII, relativa a la Aproximación de legislaciones de Estados miembros en materia de marcas
DN	Derecho de los Negocios
DOCE	Diario Oficial de Comunidades Europeas
EASA	European Advertising Standards Alliance
EC	Estatuto de los Consumidores
ECU	Estatuto de Consumidores y Usuarios
ed.	Editorial
E de M	Exposición de Motivos
EP	Estatuto de la publicidad
EPI	Estatuto sobre Propiedad Industrial
ESC	Estudios sobre Consumo
EVVA	Estatuto de la Viña, el Vino y los Alcoholes

FECEMD	Federación Española de Comercio Electrónico y Marketing
	Directo
FNEP	Federación de Empresas de Publicidad
GJ	Gaceta Jurídica de la Comunidad Europea
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, International Teil
ICANN	Internet Corporation for Assigned Names and Numbers
ICC	Cámara Internacional de Comercio
ICE	Boletín del Instituto de Comercio Exterior
INC	Instituto Nacional de Consumo
JCP	Jurado Central de Publicidad
JP	Jurado de Publicidad
INDO	Instituto Nacional de Denominaciones de Origen
La Ley-leg	La Ley-Legislación
LCD	Ley de Competencia Desleal
LCU	Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios
LDC	Ley de Defensa de la Competencia

LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LGP	Ley General de Publicidad
LG	Landgericht
LM	Ley de Marcas
LMed.	Ley del Medicamento
LOAC	Ley de Ordenación de las Actividades Comerciales
LOC	Ley de Ordenación del Comercio
LOCI	Ley de Ordenación del Comercio Interior
LOCM	Ley de Ordenación del Comercio Minorista
LOPG	Ley Orgánica del Poder Judicial
LP	Ley de Patentes
LPInd.	Ley de la Propiedad Industrial
LPI	Ley de la Propiedad Intelectual
LPR	Ley de Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia
LTPS	Ley de Protección Jurídica de topografías de productos semiconductores
LVP	Ley de Venta a Plazos de Bienes inmuebles

MA	Der Markenartikel
NGE	Norma General de Etiquetado
oc.	Obra citada
OAMI	Oficina de armonización de Mercado Interior de marcas comunitarias
OEP	Organización Europea de Patentes
OEPM	Oficina Española de Patentes y Marcas
OLG	Oberlandesgericht
OM	Orden Ministerial
OMC	Organización Mundial del Comercio
OMPI	Organización Mundial de Propiedad Industrial
OOMM	Órdenes Ministeriales
p. ejem.	Por ejemplo
p./pp.	Página/s
Prof./Profs.	Profesor/profesores
Prop. Ind.	La propriété industrielle
pubtec.	Publitecna. Revista del Instituto Nacional de Publicidad

Rass. Prop. Ind. Rassegna della Proprietá Insdustriale

REDA Revista Española de Derecho Administrativo

RD Real Decreto

RDBB Revista de Derecho Bancario y Bursátil

RDL Real Decreto-Ley

RDM Revista de Derecho Mercantil

RDP Revista de Derecho Privado

RDP Revista de Derecho Procesal

RGD Revista General de Derecho

**REVA Reglamento del Estatuto de la Viña, el Vino y los
Alcoholes**

RGD Revista General de Derecho

RGLJ Revista General de Legislación y Jurisprudencia

RGD Revista General de Derecho

RG Reichsgericht

**RISDCPA RD 19451/1983, 22-VI, sobre infracciones y sanciones en
materia de defensa del consumidor y producción**

agroalimentaria

RJC	Revista Jurídica de Cataluña
(R) RJAAP	Resolución(es) del Jurado de Asociación de Autocontrol de la Publicidad
(R) RJCP	Resolución(es) del Jurado Central de Publicidad
(R) RTDC	Resolución(es) del Tribunal de Defensa de Competencia
SA	Sociedad Anónima
SL	Sociedad Limitada
(S) SAN	Sentencia(s) de la Audiencia Nacional
(S) SAP	Sentencia(s) de la Audiencia Provincial
(S) SJPI	Sentencia(s) del Juzgado de Primera Instancia
(S) STC	Sentencia(s) del Tribunal Constitucional
(S) STEDH	Sentencia(s) del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
(S) STJCE	Sentencia(s) del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea
(S) STS	Sentencia(s) del Tribunal Supremo
TDC	Tribunal de Defensa de la Competencia
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos

UE	Unión Europea
US	Unites States Report (Colección oficial de jurisprudencia del TS de Estados unidos).
Vid.	Ver
vs	Versus (contra)
WRP	Wettbewerb in Rect. Und Praxis
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb

BIBLIOGRAFIA

ACOSTA ESTEVEZ J. B, "Tratamiento jurídico de la publicidad ilícita en el nuevo derecho de la publicidad", *RDM*, números 193 y 194, 1989.

- *Perfiles de la nueva Ley General de Publicidad*, PPU, Barcelona, 1990.

ALBALADEJO M, *Derecho civil I: introducción parte general*, ed. Bosch, Barcelona, 1991.

ALONSO DAVILA J, "El derecho publicitario en España y la Directiva de CCE de 10 de septiembre de 1984 sobre publicidad engañosa", *La Ley*, IV, 1984.

AMAT LLARI E, "El derecho a la propia imagen y su valor publicitario", Madrid, *La Ley*, 1992.

ANDRES J. M, publicidad comparativa, josepmaria@noticias.com, publicado el día 8-10-2001, [en línea], <google>, [consulta: 2-2-2002].

Asociación de Autocontrol de la Publicidad (1.999), *Estatutos de la Asociación de Autocontrol de la Publicidad*, Internet, en línea, (<http://www.aap.es>), [consulta 3 de noviembre de 2.002].

Asociación de Autocontrol de la Publicidad (1.999), *Código de Conducta Publicitaria*, Internet, en línea, (<http://www.aap.es>), [consulta 3 de noviembre de 2.002].

Asociación de Autocontrol de la Publicidad (2.001 y 2.002), *Resoluciones del Jurado Central de Publicidad*, Biblioteca de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria.

BACHARACH DE VALERA S, "En torno a la publicidad comparativa", en *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 265 ss.

BANDO CASADO H, *Publicidad y protección jurídica del consumidor y usuario*, 3ª edición, Instituto Nacional de Consumo, Madrid, 1991.

BARCELO, *Organización del Departamento de Publicidad*, Barcelona, 1966, p. 9.

BARRIO GARCIA S. DEL, *La publicidad comparativa, análisis y situación actual*, editorial Financial Times, Madrid, 2.002.

- "El papel moderador de las respuestas cognitivas", [en línea], *Revista Investigación y marketing*, nº 70 <<http://www.aedemo.es/revistas/pagina.asp.revista=70&articulo=6>>, [Consulta: 28-5-2002].

BAUMBACH A, HEFERMEHL, *Ettbewerbsrecht*, 17 edición, Munich, CH Beck, 1993.

BAYLOS CORROZA H., *Tratado de Derecho Industrial*, ed. Civitas, Madrid, 1993.

BECK-DUDLEY y WILIANS, "Legal and public policy implications for the future of comparative advertising: a look at U-Haul v. Lartran", *journal of public policy and marketing*, 8, 1989, pp. 143-160.

BEL MALLEN I, CORREDOIRA L, PILAR COUSIDO A, *Derecho de la información I*, ed. Colex, Madrid, 1992.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO A, "La protección de los legítimo intereses económicos de los consumidores", en *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Madrid, 1987.

BERGMANN R, *Vergleichende Werbung durch wahrheitsgemässe Kritik*, Diss, Berlin, 1966.

BIENDICHO GRACIA L, "La protección del prestigio comercial de la entidad mercantil frente a los actos difamatorios: los límites del derecho de crítica del consumidor", revista *La Ley*, nº 4711, p. 1.

BOBDEWIN J. J. y MARTON K, *Comparison advertising: a worldwide study* New York: Hastings House.

BOISSON DE CHAZOURNES L, «Publicite commerciale et liberte d'expression, - dans le cadre du Conseil de Europe» *Revue Generale de Droit International*, 1988, p. 929 ss.

BONET M, L'usage de la marque d'autrui dans la publicite, en *Le nouveau Droit des marques en France*, Libraires Techniques, Paris, 1991.

BOSHÄGEN, F, "Die vergleichende Werbung in internationaler Sicht", *Int. Wett.* 1970.

BOTANA GARCIA y RUIZ MUÑOZ, *Curso sobre proteccion juridica de los consumidores*, ed. McGrawHill, Madrid, 1999.

BOTIJA, M. A, "Illicito desleal y publicitario en la publicidad comparativa o engañosa", *La Ley*, nº 3586, de 16-08-1994, pp. 1 ss.

CABANILLAS GALLAS, *Principios juridicos de la publicidad española*, Madrid, 1967,

CASADO CERVIÑO A, *Derecho de marcas y proteccion de consumidores. El tratamiento del error del consumidor*, ed. Tecnos Madrid, 2000.

CASTRO DE J, "Publicidad comparativa", en *Enciclopedia Juridica Basica*, ed. Civitas, Madrid, 1995, p. 536 ss.

CASTRO FARIÑA J. A, *De la libertad de prensa*, Madrid 1971.

CEPAS PALANCA R, "La Directiva comunitaria sobre publicidad comparativa", *Bol. As. Aut.*, num. 25, noviembre 1998, p. 18 ss.

Publicidad comparativa, Comisión de represión de competencia desleal, [en línea], <www.jaeckelabogados.com>, [consulta: 2-9-2002], publicado 18-5-1988, Lima, Perú

CLAVERIA GOSALVEZ L. H, "Negocios jurídicos de disposición sobre los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen", *ADC*, XLVII-III, julio-septiembre 1994.

CODERCH SALVADOR P, *Publicidad*, 1999.

CONSEJO ECONOMICO Y SOCIAL, *Los derechos del consumidor y la transparencia del mercado*, Colección informes CES, Madrid 1999.

CORREDOIRA ALFONSO L, *Comentarios a la Ley de la Publicidad*, ed. Bosch, Barcelona, 1993.

CUESTA RUTE J. M. DE LA, *Curso de Derecho de la Publicidad*, ed. Eunsa, Pamplona, 2002.

- *Lecciones de derecho de la publicidad*, Editorial de la Universidad Complutense, Madrid, 1985.

- *Régimen jurídico de la publicidad*, ed. Tecnos, Madrid, 1974.

- "La Directiva de CEE sobre publicidad engañosa", *Revista Estudios sobre Consumo*, num. 7, abril 1986, pp. 1-23.

CUESTA RUTE y OLIVA SANTOS DE LA, en "Tratamiento jurídico en España de la publicidad ilícita", en *La Ley*, 1981.

DESANTES GUANTER J. M, *Fundamentos del derecho de la información*, Madrid, 1973.

- *La profesión periodística en la Ley de prensa*, Madrid 1972.

- *La información como derecho*, Madrid, 1973.

DIAZ DE LEZCANO SEVILLANO N, *Los Acuerdos del Consejo de Administración*, ed. Bosch, Barcelona, 1999.

DIEZ PICAZO L. M, *La derogación de las leyes*, ed. Civitas, Madrid, 1990.

- "Propiedad industrial: competencia desleal", en *Dictámenes jurídicos I*, Madrid 1987.

DIAZ RUIZ E, "Competencia desleal a través de la publicidad comparativa", *RDM*, Vol. I, num. 215, 1995, pp. 59-174.

DOMÍNGUEZ PEREZ E, "De nuevo sobre la publicidad comparativa (comentario a la Sentencia de Audiencia Provincial de Álava de 22 de febrero de 2000, caso <<Guaraba>>)", *ADI Tomo XI 2001*, pp. 547 ss.

DORENBECK BONIFATIUS, *vergleichende Werbung*, MA, 1983,

DOUGLAS TORIN, *Guía de publicidad*, 2000.

DUTOIT, B, Exposé de synthese sur les tests comparatifs, en *Les tests comparatifs en droit compare*, Ginebra, Librairie Doz, 1979, p. 85 ss.

EICHMANN H, *Die vergleichen de Werbung in Theorie und Praxis*, Colonia, Carl Heymanns, 1967.

Ensonews, nº 3/2000, Henso & CO, nco.com noviembre 2000, [en línea], <web internet: <http://www.henso>>>, [consulta: 13-5-2002], p. 4.

FERNANDEZ AREAL, M, *La libertad de prensa en España, 1938-1971*, Madrid 1971.

- *El derecho a la información*, Barcelona, 1971.

FERNÁNDEZ JOSE L, *Elementos de Derecho mercantil*, 5ª edición, ed. Deusto SA, Bilbao, 2001.

FERNÁNDEZ NOVOA C, "La explotación publicitaria de los bienes de la personalidad", en *Estudios de Derecho de la Publicidad*. Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Santiago, 1989.

- "Publicidad comparativa" en *Estudios de Derecho de la publicidad*, Homenaje da Facultade de Dereito o autor Doctor Carlos Fernández Novoa, Universidad de Santiago de Compostela, 1989.

- "Reflexiones preliminares sobre la Ley de Competencia Desleal" *La Ley*, 1991, 2, p. 1.181 ss.

- "Estudios de Derecho de la Publicidad", *Servicio de publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela*, 1989.

- "La interpretación jurídica de las expresiones publicitarias. Introducción al estudio de los principios generales de la publicidad", en *RDM*, numero 107, 1968, p. 11 y ss.

- "La sujeción de las expresiones publicitarias al principio de veracidad. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala Tercera), de 2 de febrero de 1974", en *ADI*, Tomo II, año 1975, pp.369 y ss.

- *La publicidad de tono estrictamente personal*, en Estudios Garrigues, Madrid, 1971, I, p. 115 ss.

- *Derecho de marcas*, Montecorvo, Madrid, 1995.

FERRER ROSELLO, *El consumidor frente a la publicidad*, 2ª edición, Madrid, 1980.

FRANCO B, "Die Vergleichende Werbung", *GRUR Int.*, 1977, p. 93 ss.

FUSI M, *La comunicazione pubbllicitaria nei suoi aspetti giuridici*, Milán, Giuffré, 1970.

GARRIGUES DIAZ-CAÑABATE J, "Publicidad y competencia ilícita", en *La publicidad y sus fundamentos científicos*, Instituto Nacional de Publicidad, Madrid, 1996, pp. 5 ss.

GARCIA VIDAL A, *El uso descriptivo de la marca ajena*, ed, Marcial Pons, Barcelona, 2000.

GIMENO OLCINA L, "Algunos problemas de la Ley de Competencia desleal", *La Ley*, 18-5-1993, pp. 1 ss.

GÖDDE J, *Grenzen und Zulässigkeit der vergleichende Werbung*, Diss. Dortmund, 1996.

GOMEZ SEGADE J. A, "Los análisis comparativos y la publicidad" *Problemas actuales del Derecho de la Publicidad*, Instituto Nacional de Publicidad, Madrid, 1984, pp. 231 ss.

GOMEZ SEGADE J. A, y LEMA DEVESA C., "La autodisciplina publicitaria en Derecho comparado y en Derecho español", *ADI*, VII, 1981.

GROSSSBART, MUEHLING y KANGUN, "Verbal and visual references to competition in comparative advertising", *Journal of advertising*, 15, 1, 1986, pp. 10-23

HERNANDEZ RODRÍGUEZ, *Precios predatorios y Derecho anti trust*, Tesis doctoral, Santiago de Compostela, 1994.

HIGUERAS, I, *Valor comercial de la imagen*, Ed. Eunsa, Pamplona 2001.

HERREROA ARCONADA, *Teoría de la publicidad*, Madrid, 1994.

HOLTJE, *Publicidad*, Bogota, 1980, p. 3.

HULDELMAIER, *Die neuere praxis zur vergleichenden Werbung*, p. 109.

IGLESIAS y ROJO, *Publicidad*, en UDI-DM, UNED, 1979.

INTERNATIONAL CHAMBER OF COMERSE, International code of advertising practise, [en línea] <<http://www.iccwbo.org>>, [Consulta: 2-03-2002], 1997.

JAECKEL KOVACS, "La publicidad comparativa", en Revista teleley [en línea], <www.jaekkelabogados.com>, [consulta: 22-5-2002], Bogota, Colombia.

JACKSON, BROWN y HARMON (1979), "Comparative magazine ads", *Journal of advertising research*, 19, diciembre, 1979, pp. 10-23.

KRÄMER L, *EEC Consumer law*, ed. Centre de droit de la consommation, Bruxelles, 1986.

KENNETH GALBRAITH, *El consumismo y la publicidad agresiva*.

KOHLER, *MuW*, XVI.

LAMB, PRIDER y PLETCHER (1987), "A taxonomy for comparative advertising", *Journal of advertising*, 7, 4, pp. 43-47.

LARENZ, *Metodología*.

LEMA DEVESA C, *La publicidad de tono excluyente*, ed. Montecorvo, Fundación Barrié de la Maza, Madrid, 1980.

- "Publicidad engañosa y exageración publicitaria", *Revista Publicidad y Consumo*, Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal, 1998, hay separata.

- "La publicidad engañosa en el moderno Derecho español", *Revista Jurídica Española La Ley*, 2, 1995, p. 869 ss.

- "La publicidad indirecta", *ADI*, XIX, 1998.

- "La mención de la marca ajena en la publicidad", *La Ley*, numero 4, 1993, p. 917 ss.

- "La publicidad desleal: modalidades y problemas", *RGD*, numero 562-563, Valencia, julio-agosto, 1991, p. 6135 ss, con separata.

- "La publicidad indirecta", *ADI*, XIX, 1998.

- Reflexiones sobre la futura Ley general de publicidad, [en línea], <<http://www.quadernsdigital.net/articles/telos5/t5reflexiones.htm>>, [consulta: 4-4-2002].

- La exageración publicitaria en el derecho español, en *ADI*, 1978, p. 263 ss..

LEMA DEVESA C, y GÓMEZ MONTERO, *Código de publicidad*, Madrid, editorial Marcial Pons, 2001.

LORCA NAVARRETE A. M, "Cuestiones procesales relativas a la publicidad ilícita", *La Ley*, 1989-1, p. 1093 ss.

LUGO LOVATÓN Z, "La Publicidad Comparativa en la República Dominicana", [en línea], [Consulta: 5-4-2002].

MADRENAS y BOADAS C, *Sobre la interpretación de la publicidad engañosa y desleal. La parcialidad de la publicidad y los costes de la competencia*, Civitas Madrid 1990

MARCO ALCALA, CJ, núm. 14 (diciembre de 1993).

MARTINEZ MEDRANO G. A, *El uso de una marca ajena en publicidad comparativa. argentina, mercosur y derecho comparado*, Revista Asociación Brasileña de Propiedad Intelectual nº 62, enero-febrero, 2003.

MARTÍN OVIEDO, *Curso de derecho publicitario español*, Madrid, 1975.

MARTI J, "La publicidad y el derecho deber de información", *Estudios de Consumo*, numero 2, 1999.

MASSAGUER FUENTES J, *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, ed. Civitas, Madrid, 1999.

- "Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 1992", *CCJCiv*, núm. 29 (1992), pp. 605 ss.

MENDEZ TOMAS R, *Publicidad*, 1999.

MENÉNDEZ, M. A, *La competencia desleal*, ed. Civitas, Madrid, 1988.

METTANG, *Die Kristiche werbliche Bezugnahme*.

MEYER J, *Die Kritisierende Vergleichende Werbung*, Regensburg, S. Roderer Verlag, 1991.

MONTIANO MONTEAGUDO, MASSAGUER FUENTES, ALBERTO BERCOVITZ, *El nuevo derecho de marcas, Ley 7/2001, 7 diciembre, de Marcas*, ed. Comares, Granada, 2002.

MOUREAU, *Traité de la concurrence illicite*,

MUCCHIELLI, *Psicología de la publicidad y de la propaganda*, Bilbao, 1977, p. 54.

NELSON P. "Information and consumer behavior", *Journal Political of economy*, 78 (1970), p. 311-329.

"Advertising as information", *Journal Political of economy*, 82 (1974), p. 729-754.

NERRETER, *Vergleichende reklame*, GRUR, 1933.

NIPPERDEY, H, *Wettbewerb und Existenzvernichtung*, Berlin, Carl Heymanns, 1930.

OCHOA IGNACIO, *Publicidad*, 1999.

OTAMENDI RODRÍGUEZ-BETHENCOURT J. J, *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Pamplona, 1994.

OTERO LASTRES J. M, "La nueva Ley sobre competencia desleal", *La Ley*, 1991-4, pp. 1053 ss.

- La protección de los consumidores contra la publicidad ilícita, en *ADI*, 1977, p. 113 ss.

- "La publicidad comparativa, licitud o ilicitud", en *Estudios en homenaje al profesor Aurelio Menéndez. Tomo I, revista La Ley*, pp. 935 a 952, Madrid, 1999.

- "Actos relevantes de competencia desleal: confusión, imitación y venta a pérdida", en *Propiedad Industrial y competencia desleal: perspectiva comunitaria, mercados virtuales y regulación procesal*, Editorial Comares, Granada, 2.001, pp. 63-97.

PALAU RAMIREZ F, "El consumidor medio y los sondeos de opinión en las prohibiciones de engaño en Derecho español y Europeo", *ADI*, XIX 1998.

PAZ ARES C, "El ilícito concurrencial: de la dogmática monopolística a la política anti trust (un ensayo sobre el derecho alemán de la competencia desleal)", *RDM*, 1981, pp. 7 ss.

PEINADO GARCIA J. I., "Comparación y denigración publicitaria de la imagen de empresas directamente aludidas", *RDM*, num. 230, 1998, pp. 1601 ss.

PEREZ-SOLERO PUIG, R, "Reflexiones sobre el Derecho a la imagen y su coincidencia en la publicidad", *Bol. As. Aut.*, num. 17, febrero 1998.

PETTY R. D, "The evolution the comparative advertising law: has the lanhan act gone too far?" *Journal of public Policy and Marketing*, 10, 2, 1991, pp. 161-175.

PORTELLANO DIEZ P, *La imitación en el derecho de la competencia desleal*, ed. Civitas, Madrid, 1995.

REIMER Dietrich, *Personalities und Vergleichende Werbung in der deutschen und franzosischen rechtsprechung*, Colonia, Carl Heymanns, 1955, (cit. Personalities und Vergleichende Werbung).

REIMER Eduard/VON Gamm Otto, *Wettbewerbs und Warenzeichenrecht*, 4º edición, Colonia, Carl Eymans, 1972.

RICKETT CH y TELFER TH, *Internacional perspectives on consumers' access to justice*, editorial Librería Jurídica Andaluza, 2003.

RODRIGO URÍA, *Derecho mercantil*, 6ª edición, Madrid, 1968.

SANCHEZ FERRIZ R, *El derecho a la información*, Valencia, 1974,

- *Derecho civil I*, UNED, Madrid, 1981.

SANTAELLA LÓPEZ M, *Introducción al Derecho de la Publicidad*, ed. Civitas, Madrid, 1982.

- *El nuevo Derecho de la Publicidad*, ed. Civitas, Madrid, 1989.

SANTA MARIA TRILLO, J, "España: competencia desleal. Adaptación de la legislación interna a los principios del Derecho europeo", *La Ley*, 14-6-1991, p. 1 ss.

SCHRICKER, Gerhard, "Die Angleichung des rechts des unlauteren Wettbewerbs in Gemeinsamen Markt", *WRP*, 1977. pp. 1 ss.

SPENGLER, A, "20% unter listenpreis", *MA*, 1958, p. 795 ss.

- «Die wettberbsrechtline problematik des Warenvergleichs » *MA*, 1962, p. 283 ss.

SWINERS, (1983) "La publicité comparative, une école de rigueur publicitaire", *Revue française de marketing*, pp. 83-93.

TAPIA HERMIDA A. J, "Publicidad comparativa denigratoria y <<exceptio veritatis>>, a propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 3 de septiembre de 1996", *RGD*, num. 639, diciembre, 1997, p. 14437 ss.

TATO PLAZA A, *La publicidad comparativa*, editorial Marcial Pons, Madrid, 1996.

- "El nuevo sistema de autodisciplina en el derecho publicitario español", *ADI*, XVII, 1997.

- "publicidad comercial y libertad de expresión en la jurisprudencia norteamericana", *14 ADI*, (1991-1992), pp. 169 ss.

- "publicidad comercial y libertad de expresión en la jurisprudencia norteamericana", *15 ADI*, (1993), pp. 843 ss.

- "Publicidad comparativa y movimiento de defensa de los consumidores" en *RDM*, num. 206, Madrid, 1992, pp. 863 ss.

- "La publicidad ilícita en la jurisprudencia y en la doctrina del Jurado de Publicidad", *AAP Revista Autocontrol de la publicidad*, 27, enero 1999, p. 19 ss.

- "Proyecto de ley de modificación de la Ley General de Publicidad", tomo XX *ADI*, 1999, pp. 1411 ss.

- "Nuevo proyecto de ley para la modificación de la Ley General de Publicidad", tomo XXI *ADI*, 2001, pp. 1537 ss.

- "En torno a la reciente evolución de la jurisprudencia publicitaria", Base de datos para la regulación publicitaria, *Revista Autocontrol. Asociación para la Autorregulación publicitaria*, 2003.

TORRES CARLOS M, "Notas sobre el autocontrol de la publicidad en Latinoamérica", Tomo XX *ADI*, 1999, pp. 1569 ss.

- "Normas sobre libre competencia en Latinoamérica", Tomo XXI *ADI*, 2000, pp. 1252 ss.

HULDELMAIER, *Die neuere praxis zur vergleichenden Werbung*.

THEODOR WEIS, *Die concurrence deloyale*, pp. 44-45.

URIA RODRIGO, *Derecho mercantil*, 28ª edición, revisada y puesta al DIA con la colaboración de APARICIO M. L., ed. Marcial Pons, Madrid, 2002.

VALLE FECED M. DEL y PETER HOFER, en "Regulación europea de la publicidad comparativa", *Derecho de los Negocios*, p. 3 a 6, junio. 1999.

VAN DEN VERGH R, LEHMANN M, "informationsökonomie und Verbraucherschutz im Wettbewerbs" *GRUR*, int., 1992, pp. 598 ss.

VEGA GARCIA DE LA F, "La comparación en sentido jurídico como acto de concurrencia ilícito. Aspectos generales", *RDM* 1998, pp. 155-203.

VICENT CHULIA F, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, tomo I, volumen 2º, 3ª edición, ed. Bosch, Barcelona, 1990 y 1991.

VICENT CHULIA F, "Publicidad desleal", *RGD*, 1993 (octubre-noviembre).

VEGA F. DE LA "La comparación en sentido jurídico como acto de concurrencia ilícita", *RDM*, num. 215, 1995, p. 59 ss.

VERGEZ MERCEDES, "La publicidad engañosa y la publicidad comparativa", en *Revista teleley* [en línea], <www.jaeckelabogados.com>, [consulta: 22-5-2002].

VICIANO J, "Coca Cola vs Pepsi Cola": un caso de publicidad comparativa", *RDM*, num. 226, 1997, p. 2015 ss.

VON GAMM O, *Wettbewerbsrecht*, Colonia, 5ª edición, Carl Heimanns, 1997.

WERNER O, *Zulässigkeit und Grenzen der objektiv vergleichenden Werbung*, Diss., Colonia, 1967.

WIRTH SIBYLLE M, *Vergleichende Werbung in der Schweiz, den Usa und der EG*, in *civilrecht, Werbe und Medienkodizes*, Zurich, Schulthess Poligraphischer Verlag, 1993 (Cit. *Vergleichende Werbung*).

ZANOT E. J, "A reviw of eight years of NARB casework: guidelines and parameters of deceptive advertising", *Journal of advertising*, 1908.

ZURIMENDI A, "Publicidad comparativa y denigrante. En torno a la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 1997", *RGD*, num. 654, 1999.

INDICE DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES CITADAS

TRIBUNAL SUPREMO

STS 2-02-1974	capitulo IV, epígrafe 3
STC 15-01-1992	capitulo III, epígrafe 5
STS 30-05-1992	capitulo IV, epígrafe 6
STS 29-11-1993	capitulo IV, epígrafe 6
STS 18-02-1994	capitulo I, epígrafe 5
STS 20-03-1996	capitulo IV, epígrafe 6
STS 24-02-1997	capitulo V, epígrafe 2
STS 08-05-1997	capitulo IV, epígrafe 3
STS 23-9-1988	capitulo I, epígrafe 5
STS 4-06-2002	capitulo IV, epígrafe 6
STS 4-06-2002	capitulo IV, epígrafe 3
STS 17-10-2002	capitulo IV, epígrafe 4

AUDIENCIAS PROVINCIALES

SAP Zamora 29-07-1991	capitulo I, epígrafe 6
SAP Madrid 8-3-1993	capitulo IV, epígrafe 6
SAP Madrid 16-03-1994	capitulo IV, epígrafe 6
SAP Barcelona 4-09-1995	capitulo IV, epígrafe 6
SAP Barcelona 3-09-1996	capitulo IV, epígrafe 6
SAP Asturias, 18-02-1998	capitulo IV, epígrafe 6
SAP Navarra 4-05-1998	capitulo IV, epígrafe 6
SAP Valencia 19-05-1998	capitulo IV, epígrafe 6
SAP Vizcaya, 14-06-1999	capitulo V, epígrafe 6
SAP Vizcaya, 29-12-1999	capitulo IV, epígrafe 6
SAP Álava, 22-02-2000	capitulo IV, epígrafe 6
SAP Barcelona 22-03-2000	capitulo V, epígrafe 6
SAP Madrid, 3-04-2000	capitulo IV, epígrafe 6

SAP Barcelona, 27-06-2000	capítulo IV, epígrafe 6
SAP Valladolid, 26-12-2000	capítulo IV, epígrafe 6
SAP Cádiz, 9-01-2001	capítulo IV, epígrafe 6
SAP Granada, 10-03-2001	capítulo IV, epígrafe 6
SAP Alicante, 28-09-2001	capítulo IV, epígrafe 6

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA

SJPI nº 2, Zamora, 30-11-1990	capítulo IV, epígrafe 6
SJPI 06-06-1991	capítulo IV, epígrafe 6
SJPI nº 44, Madrid, 7-01-1992	capítulo IV, epígrafe 6
SJPI nº 4, Alicante, 7-01-1998	capítulo IV, epígrafe 2
SJPI nº 1 de Majadahonda	capítulo IV, epígrafe 6
SJPI nº 11 de Madrid	capítulo IV, epígrafe 6

RESOLUCIONES DEL JURADO CENTRAL DE PUBLICIDAD

RJCP 3-02-1967	capítulo IV, epígrafe 1
RJCP 26-01-1972	capítulo V, epígrafe 5
RJCP 4-11-1976	capítulo IV, epígrafe 1
RJCP 4-05-1978	capítulo V, epígrafe 2

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

RTDC 26-02-1999	capítulo IV, epígrafe 4
-----------------------	-------------------------

RESOLUCIONES DEL JURADO DE ASOCIACION DE AUTOCONTROL DE PUBLICIDAD -RJAAP-

RJAAP, 25-06-1998	capítulo IV, epígrafe 6
RJAAP, 11-02-2002	capítulo IV, epígrafe 6
RJAAP, 25-06-2002	capítulo IV, epígrafe 5

RJAAP, 30-07-2002 capítulo IV, epígrafe 6

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

STJCE 25-11-1971 capítulo III, epígrafe 3
STJCE 11-6-1974 capítulo III, epígrafe 3
STJCE 22-2-1979 capítulo III, epígrafe 3
STJCE 25-07-1991 capítulo III, epígrafe 3
STJCE 24-12-1993 capítulo III, epígrafe 3
STJCE 6-06-1995 capítulo III, epígrafe 3
STJCE 8-03-2001 capítulo III, epígrafe 3
STPI 28-03-2001 capítulo III. Epígrafe 3
STJCE 25-10-2001 capítulo III, epígrafe 3
STJCE 6-12-2001 Capítulo III, epígrafe 3

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHO HUMANOS

STEDH 7-12-1976 capítulo I, epígrafe 5
STEDH 26-04-1979 capítulo I, epígrafe 5
STEDH 25-03-1985 capítulo I, epígrafe 5
STEDH 20-11-1989 capítulo I, epígrafe 5
STEDH de 28-3-1990 capítulo I, epígrafe 5
STEDH, 22-05-1990 capítulo I, epígrafe 5
STEDH, 24-02-1994 capítulo I, epígrafe 5

DECISIONES DE LA COMISION EUROPEA DE DERECHO HUMANOS

CEDH 5-05-1979 capítulo I, epígrafe 5
CEDH 1-12-1992 capítulo I, epígrafe 5
CEDH de 1-03-1983 capítulo I, epígrafe 5
CEDH de 13-07-1983 capítulo I, epígrafe 5
CEDH 18-12-1987 capítulo I, epígrafe 5
CEDH 1-12-1982

SENTENCIAS DE TRIBUNALES ALEMANES

BGE 23-11-1895	capitulo II, epígrafe 5
RG 11-6-1908	capitulo II, epígrafe 7
RG, 19-01-1912	capitulo III, epígrafe 6
RG 26-11-1912	capitulo II, epígrafe 7
BG 15-01-1930	capitulo IV, epígrafe 3
RG 12-12-1930	capitulo V, epígrafe 2
RG 30-06-1931	capitulo V, epígrafe 5
RG, 06-10-1931	capitulo I, epígrafe 3
RG 20-10-1931	capitulo V, epígrafe 5
BG 20-12-1932	capitulo IV, epígrafe 3
BG, 3-12-1935	capitulo II, epígrafe 5
RG 25-01-1943	capitulo II, epígrafe 6
RG 17-04-1944	capitulo V, epígrafe 2
BGH 08-05-1952	capitulo V, epígrafe 2
OLG Stuttgart, 11-2-1954	capitulo V, epígrafe 2
OLG Nuremberg, 15-12-1955	capitulo V, epígrafe 5
OLG Frankfurt 03-04-1957	capitulo V, epígrafe 5
OLG de 5-4-1957	capitulo V, epígrafe 2
OLG Colonia, 29-5-1959	capitulo V, epígrafe 5
BG 9-05-1961	capitulo III, epígrafe 5
BGH, 9-10-1964	capitulo II, epígrafe 8
OLG Bochun, 25-2-1965	capitulo V, epígrafe 5
OLG Dusseldorf, 2-7-1965	capitulo V, epígrafe 5
BGH 10-1-1968	capitulo IV, epígrafe 3
23-2-1968	capitulo II, epígrafe 8
BGH 4-12-1968	capitulo IV, epígrafe 3
BGH, 23-12-1968	capitulo II, epígrafe 4
BG, 18-05-1976	capitulo II, epígrafe 6
BGH 05-02-1965	capitulo V, epígrafe 2
OLG, Sttugart, 25-04-1980	capitulo V, epígrafe 2
OLG, Dusseldorf, 2-07-1981	capitulo IV, epígrafe 3
BGH 11-3-1982	capitulo V, epígrafe 5

VGH 18-1-1983	capítulo IV, epígrafe 3
OLG Dusseldorf, 7-6-1984	capítulo IV, epígrafe 3
BGH, 22-05-1986	capítulo V, epígrafe 2
OLG, Munich, 25-04-1989	capítulo II, epígrafe 6
OLG Munich, 17-8-1989	capítulo IV, epígrafe 3
OLG, Sttugart, 11-02-1995	capítulo II, epígrafe 6
OLG Dusseldorf 20-07-1997	capítulo III, epígrafe 5
GRUR 5-02-1998	capítulo II, epígrafe 7
BB 23-04-1998	capítulo II, epígrafe 7

SENTENCIAS DE TRIBUNALES EUROPEOS

Tribunal de Comercio de Bruselas, 7-2-1924	capítulo II, epígrafe 6
Tribunal de Milano, 6-10-1928	capítulo II, epígrafe 8
Tribunal de Paris, de 3-3-1936	capítulo II, epígrafe 4
Tribunal de Monza, 20-10-1938	capítulo II, epígrafe 8
Tribunal de Apelación, Génova, 24-2-1939	capítulo II, epígrafe 8
Tribunal de Milano, 9-12-1955	capítulo II, epígrafe 8
Tribunal de Paris, 14-2-1958	capítulo II, epígrafe 4
Tribunal de Casación, 17-04-1962	capítulo II, epígrafe 8
STS de Austria, 26-9-1978	capítulo V, epígrafe 2
Tribunal de Apelación de Bruselas, 3-6-1983	capítulo II, epígrafe 6
Tribunal de Casación 12-12-1983	capítulo II, epígrafe 4
Tribunal de Casación, 22-7-1986	capítulo II, epígrafe 4
Tribunal Constitucional de Francia 15-01-1992	capítulo II, epígrafe 4

TRIBUNAL SUPREMO DE NORTE AMERICA

STS of USA, 16-06-1975	capítulo I, epígrafe 5
STS of USA, 24-05-1976	capítulo I, epígrafe 5

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 16-03-1981	capítulo I, epígrafe 5
STC 31-03-1982	capítulo V, epígrafe 5
STC 01-06-1982	capítulo I, epígrafe 5
STC 31-12-1982	capítulo I, epígrafe 5
STC 23-11-1983	capítulo I, epígrafe 5
STC 17-07-1986	capítulo I, epígrafe 5
STC 22-12-1986	capítulo I, epígrafe 5
STC 27-10-1987	capítulo I, epígrafe 5
STC 21-01-1988	capítulo I, epígrafe 5
STC 19-04-1993	capítulo I, epígrafe 5