

RUIZ RICO RUIZ, J. M. y MORENO-TORRES HERRERA, M. L. (Coord.): *La responsabilidad civil en la Ley de Ordenación de la Edificación*, Comares, 2002.

SAN SEGUNDO MANUEL, T.: *La recepción del contrato de obra*, CISS, Valencia, 2002.

RESUMEN

PROMOTOR INMOBILIARIO

La figura del promotor inmobiliario ha irrumpido de lleno en el ámbito de la construcción tras su inclusión en la Ley de Ordenación de la Edificación como uno de los agentes que intervienen en el proceso constructivo, llegando incluso a asumir el mayor grado de responsabilidad que el resto de los agentes intervinientes, ya que responde solidariamente con cualquiera de ellos a los que se les pueda imputar los vicios, defectos o la ruina de un edificio.

ABSTRACT

REAL ESTATE DEVELOPER

The construction field is awash with real estate developers now that the Construction Planning Act regards the developer as one of the major players participating in the construction process. A real estate developer may even assume more liability than all the rest of the players, because the developer is severally liable with any other player who may be held responsible for the flaws, defects or ruin of a building.

NOTAS SOBRE LA PUBLICIDAD COMPARATIVA.

por

LOURDES TEJEDOR MUÑOZ
Profesora titular de Derecho Civil UNED

I. MARCO JURÍDICO DE LA PUBLICIDAD COMPARATIVA EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

Tal y como señala al artículo 6 bis 1 de la Ley 34/1988, General de Publicidad (1), de 11 de noviembre de 1988, debe entenderse que:

«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».

Es aquella publicidad en la que el anunciante compara sus productos o servicios con la de los competidores, normalmente para destacar la superioridad de los mismos. O lo que es lo mismo, para que exista un supuesto de publicidad comparativa, la comparación deberá realizarse entre el producto del anunciante y uno o varios productos de los competidores, que deberán ser identificados o ser inequívocamente identificables.

(1) BOE de 15 de noviembre de 1988. En adelante LGP. Ley por la que se derogó la Ley 61/1964, de 11 de junio, que regulaba el Estatuto de la Publicidad (BOE de 15 de junio de 1964).

Se consideraba que la publicidad comparativa lícita, por un lado, favorece el desarrollo de las empresas, la comunicación comercial, y generara transparencia de mercado, y por otro lado, sirve para que el consumidor esté más informado y tenga más elementos de juicio sobre las características de los productos comparados, lo que le ayudaba para adoptar su decisión de compra. Con la publicidad comparativa los consumidores pueden, en definitiva, obtener beneficios en el mercado, al actuar con conocimiento de causa en las decisiones que va a tomar ante los variados productos y servicios que existen en el mercado.

Debe destacarse que la ley española permitía la publicidad comparativa antes de que se introdujera la publicidad comparativa a nivel comunitario por la Directiva 97/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de octubre de 1997 (2), sobre publicidad comparativa que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, de 10 de septiembre de 1984, sobre publicidad engañosa (3).

No obstante, es necesario señalar que la sentencia del Tribunal de Justicia, de 28 de noviembre de 2002, asunto C-392/01. Caso Comisión contra Reino de España declaró que España había incumplido las obligaciones que le incumbían en virtud de la Directiva 84/450/CEE, al no haber adaptado las disposiciones legales al Derecho interno, en el plazo señalado, para dar cumplimiento a lo dispuesto en dicha Directiva. El plazo para realizar la transposición de la Directiva 97/55/CE terminaba el 23 de abril de 2000. La transposición se realizó por la Ley 39/2002, de 28 de octubre (4), que incorporó al ordenamiento jurídico español diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios, y reformó parcialmente la Ley General de Publicidad, dado que la armonización en materia de publicidad comparativa tenía que ser total.

(2) DO núm. L 290, de 23 de octubre de 1997.

(3) DO núm. L 250, de 19 de septiembre de 1984.

La evolución seguida por las diversas Directivas en el ámbito de la publicidad de forma sintética es la siguiente:

- 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.

Modificada por:

- La Directiva 97/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de octubre de 1997, sobre publicidad comparativa. A partir de la cual, como ya hemos advertido, se sustituye el Título de la Directiva 84/450/CEE por el de Directiva del Consejo, de 10 de septiembre de 1984, sobre publicidad engañosa y comparativa con el que nos referiremos en adelante a la misma.
 - La Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 1998, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores.
 - La Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior.
- (4) BOE núm. 259, de 29 de octubre de 2002.

II. REQUISITOS PARA QUE LA PUBLICIDAD COMPARATIVA ESTÉ PERMITIDA

Es necesario llamar la atención sobre los casos en los que la publicidad comparativa (5) está admitida. En efecto, la publicidad comparativa (6) es lícita precisamente cuando se mueva dentro de los requisitos permitidos, requisitos que bien contemplados en el artículo 6 *bis*:

- Que los bienes o servicios comparados tengan la misma finalidad o que satisfagan las mismas necesidades.

Por lo tanto, los productos comparados deben ser similares, sin que sea necesario que exista una total identidad en los productos, sometidos a comparación. Bastando con que cuando, perteneciendo a un mismo género cubren una misma necesidad o finalidad:

- Que la comparación se realice de modo objetivo entre una o más características esenciales pertinentes, verificables, y representativas de los bienes y servicios, entre las que podrá incluirse el precio.

No estarán incluidas en la comparación las declaraciones que consistan en puros juicios de valor, en el que simplemente se expresan opiniones personales. Siendo necesario para que la comparación sea lícita que la comparación de las características de los bienes sea demostrable por métodos objetivos, lo que permite al consumidor conocer las ventajas de los diferentes productos comparados.

- Que en el caso de productos amparados por una denominación de origen o indicación geográfica, denominación específica o especialidad tradicional garantizada, la comparación sólo podrá hacerse con productos de la misma denominación.
- Que no se presenten bienes o servicios como imitaciones o réplicas de otros a los que se le aplique una marca o un nombre comercial protegido.
- Que si la comparación hace referencia a una *oferta especial* se indicará la fecha de inicio, si no hubiera comenzado aún, y la de su terminación.
- Que al realizar la comparación no saque ventaja indebida de la reputación de una marca, nombre comercial u otro signo distintivo de algún competidor, o de su denominación de origen o indicaciones geográficas, denominaciones específicas o especialidades tradicionales garantizadas que amparen productos competidores. Tampoco podrá sacarse ventaja indebida del método de producción ecológica de los productos competidores (7).

(5) Vid. sobre publicidad comparativa: BOTIJA, M. A., «Ilícitos desleal y publicitario en la publicidad comparativa o engañosa», en *La Ley*, 16 de agosto de 1994, pág. 1 y sigs. DÍAZ RUIZ, E., «Competencia desleal a través de la publicidad comparativa», en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 215, 1995, págs. 59 a 97. MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, A.: «Reflexiones sobre el nuevo régimen jurídico de la publicidad comparativa en el Derecho español», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 583, junio de 2003, págs. 1 a 6.

(6) La licitud de la publicidad comparativa viene contemplada, también, en la Ley de Competencia Desleal, en efecto, la comparación desleal se regula en el artículo 10 de la Ley de Competencia Desleal.

(7) Compartimos la opinión de quienes creen que la técnica utilizada para adecuar la publicidad comparativa a la normativa comunitaria no ha sido correcta. La transpo-

Se puede hacer referencia a una marca, nombre comercial u otros signos distintivos, siempre que se utilice para distinguir los productos de una empresa frente a los de un competidor, de tal forma que se resalten las diferencias de forma objetiva.

Es necesario subrayar que las condiciones para que la publicidad comparativa sea admitida en la Unión Europea, han sido reformadas por la Directiva 2005/29/CE, de 11 de mayo de 2005, de prácticas comerciales desleales (8). Por lo que de nuevo será necesario ajustar la legislación española al Derecho comunitario. El plazo para transponer la citada Directiva será, a más tardar, el 12 de junio de 2007.

III. CLASES DE PUBLICIDAD DESLEAL

PUBLICIDAD DESLEAL

Bajo la denominación de publicidad desleal (9) aparecen diversos tipos de publicidad ilícita, que se caracterizan porque el anunciante no sólo hace publicidad de sus productos o servicios, sino que además hace referencia a la persona o a los productos o servicios de un competidor.

Debe observarse que en numerosas ocasiones es difícil deslindar entre los diferentes supuestos que bajo esta denominación se engloban, y por otro, el mensaje ilícito es susceptible de incardinarse en más de un supuesto, y creemos que ocurre, porque todos las modalidades contempladas bajo esta denominación implican una comparación ilícita (10).

Veamos los casos que se agrupan bajo esta denominación:

a) *Publicidad denigratoria: de tono estrictamente personal*

En los supuestos en los que en la publicidad de un producto se hace referencia a la persona de un competidor o a su empresa, productos o servi-

sición podía haberse hecho sin necesidad de reproducir «casi» literalmente los requisitos de licitud. Teniendo en cuenta que algunos ya estaban recogidos en la ley, y bastaba con añadir los que faltaban. Pese a todo, optándose por reproducir el artículo de la Directiva, debería haberse hecho en su totalidad, lo que tampoco ha ocurrido.

Como afirma la sentencia de 8 de abril de 2003, del Tribunal de Justicia (TJCE 2003/99). Asunto C-44/01, Pippig contra Hartlauer: «la Directiva procedió a una armonización exhaustiva de las condiciones con arreglo a las cuales la publicidad comparativa está permitida en los Estados miembros. A este fin, el artículo 3 bis de la Directiva enumera los requisitos que debe cumplir la publicidad comparativa entre los que se encuentra que no sea engañosa... que no dé lugar a confusión en el mercado entre las marcas del anunciante y las de un competidor, que no desacredite ni denigre las marcas de un competidor... De ello se deduce que cuando el objeto o el efecto de la comparación no sea originar tales situaciones de competencia desleal, el Derecho comunitario autoriza la utilización de una marca de un competidor».

(8) El artículo 3 bis ha sido modificado por la Directiva 2005/29/CE, de 11 de mayo de 2005, de prácticas comerciales desleales.

(9) Artículo 6 LGP.

(10) Sobre publicidad desleal, puede verse TEJEDOR MUÑOZ, L., Capítulo XI: «La publicidad engañosa y comparativa», en *Derecho Civil Comunitario*, dirigida por DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, AA.VV., 2.ª edición, Colex, 2003.

cios, para denigrarlos o menospreciarlos, se habla en general por la doctrina de publicidad denigratoria.

Si la referencia produce descrédito de un empresario competidor se habla de, en concreto, de publicidad personal o de tono estrictamente personal. Ambas formas de publicidad denigratoria vienen contemplada en el artículo 6.a) de la Ley General de Publicidad, que señala como 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».

Debe tenerse en cuenta que bastará con que las manifestaciones produzcan descrédito para que la publicidad se considere desleal, sin entrar a examinar la veracidad de las alegaciones (11).

b) *Publicidad confusionista*

Se conoce por tal la publicidad en la se pretende crear confusión entre la empresa anunciada, su actividad, prestaciones, nombres, marcas o signos distintivos y la de un competidor.

Viene contemplada (12) en el artículo 6.º b) de la Ley General de Publicidad.

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 distintivas de otras empresas o instituciones, y, en general, la que sea contraria a las normas de corrección y buenos usos mercantiles.

Puede incluirse en este tipo de publicidad desleal los supuestos de imitación. Contiene una cláusula general prohibitiva de la publicidad desleal.

c) *Publicidad confusionista*

Aparece en los supuestos en los que, en la publicidad de un producto, se hace referencia a los productos de un competidor para aproximarse a él, aprovechando su reputación en el mercado, siempre que haga uso injustificado de la denominación, siglas, marcas o distintivas de otras empresas o instituciones, denominándose a este tipo de publicidad adhesiva o parasitaria.

A través de la publicidad adhesiva, el anunciante trata de apropiarse de la reputación ajena en beneficio propio, destacando las características comunes de sus mercancías y de las mercancías de su rival. De esta manera, el anunciante atribuye a sus productos o servicios el *goodwill* que suelen poseer los productos o servicios de un tercero, identificados a través de una marca notoria o renombrada.

Esta clase de publicidad lleva al consumidor a error, confundiendo el origen empresarial de los productos, por ejemplo, cuando se utilizan formatos idénticos a los utilizados por una empresa consolidada en el mercado.

(11) La Ley de Competencia Desleal regula los actos de denigración en el artículo 9, pero exceptúa de los mismos los actos que pese a menoscabar el crédito de un tercero se basen en referencias que sean exactas, verdaderas o pertinentes.

(12) Artículo 6.1 de la Ley de Competencia Desleal.

Generalmente se considera que se trata de un supuesto de publicidad por confusión, que no tiene entidad para considerarse una modalidad dentro de la publicidad desleal.

IV. JURISPRUDENCIA AL RESPECTO

Sobre publicidad adhesiva en la que se menciona a un competidor para aprovecharse o sacar indebidamente ventaja su reputación.

Recientemente, se ha pronunciado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el 23 de febrero de 2006 (13), en el asunto C-59/05, Siemens contra VIPA, en el que se plantea como la decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del artículo 3 bis apartado 1, letra g) de la Directiva 84/450/CEE del Consejo, de 10 de septiembre de 1984, modificada por la Directiva 97/55 CEE, de 6 de octubre de 1997. En el marco del litigio entre Siemens y VIPA sobre la publicidad hecha por ésta para promocionar la venta de componentes compatibles con autónomas programables fabricados y comercializados por Siemens. Considera que no saca indebidamente ventaja de la reputación de una marca, nombre comercial u otro signo distintivo de algún competidor, el proveedor que utiliza en sus catálogos el sistema de números de pedido de los productos de un fabricante conocido entre el público especializado.

— Cabe destacar sobre la diferencia entre publicidad adhesiva y comparativa la sentencia de 14 de octubre de 2005, de la Audiencia Provincial de Madrid (AC 2005/2123). En el presente caso existía intención de aprovecharse del prestigio alcanzado entre el colectivo médico español por el medicamento *Prozac* comercializado por las actoras. La demandada *Ratiopharm España* comercializaba el medicamento genérico de *Fluoxetina* *Ratiopharm* mediante cápsulas del mismo color y tamaño que el medicamento específico *Prozac* (comercializado por Eli Lilly and Company, a través de su distribuidora Dista, S. A.). Dicha combinación de colores en cápsulas que viola los derechos de la actora. Por otra parte, ninguna norma autoriza, ni obliga, a que las especialidades farmacéuticas de denominación genérica deban utilizar formas farmacéuticas con las mismas combinaciones de colores que el medicamento de marca registrada, por más que ello pudiera o no ser beneficioso para los pacientes.

El uso de la marca ajena en la publicidad de los productos o servicios propios es una actividad muy controvertida desde el punto de vista del Derecho. Un ejemplo claro de explotación o aprovechamiento de la reputación ajena es el de la denominada publicidad parasitaria o adhesiva, a través de la cual un empresario anunciante intenta equiparar su oferta a la de uno o varios competidores, buscando de este modo aprovechar para sí el prestigio, la reputación o el renombre que éstos hayan podido alcanzar en el mercado. Publicidad adhesiva y publicidad comparativa son realidades diferentes. La denominada publicidad comparativa puede definirse, según la doctrina, como «aquella publicidad en la 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». Por tanto, en la publicidad comparativa se busca el distanciarse del competidor para mostrar al consumidor la superioridad de la propia oferta. En la publicidad adhesiva o parasitaria

(13) TJCE 2006/59.

lo que se busca es equipararse a la oferta ajena, intentando colocar la oferta propia en un plano de igualdad respecto de la oferta competidora.

Es un hecho no discutido que «Dista, S. A.» y «Eli Lully and Company» comercializan en España con gran éxito el medicamento «Prozac», uno de los más conocidos y vendidos del mercado. La publicidad efectuada por la demandada debe considerarse indudablemente adhesiva y no meramente comparativa, pues, examinada en su conjunto, resulta evidente que pretende aprovecharse del prestigio alcanzado entre el colectivo médico español por el medicamento comercializado por las actoras, utilizando en su propio beneficio la marca Prozac de la es titular en exclusiva Eli Lully And Company.

La publicidad adhesiva, por la finalidad que persigue y por el aprovechamiento gratuito y no consentido que representa del prestigio alcanzado por otros competidores, con un fuerte gasto, debe ser calificada sin duda de desleal. Así el artículo 6.1.b) de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, considera que es publicidad desleal: «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, y, en general, la que sea contraria a las normas de corrección y buenos usos mercantiles», en correlación el artículo 12 de la Ley 3/91, de 10 de enero, de Competencia Desleal, prohíbe la explotación de la reputación ajena, vetando el uso de los signos distintivos acompañados de expresiones como «modelo», «sistema», «tipo», clase o similares.

SOBRE PUBLICIDAD DENIGRATORIA

— Puede verse la sentencia de 22 de febrero de 2006 del Tribunal Supremo (*JUR* 2006/83596). El Corte Inglés contra Engel (perfumerías Cañellas). En este caso, la demandada con el fin de promover la venta de sus productos y con ocasión de la apertura de un establecimiento de El Corte Inglés, distribuyó durante aproximadamente un año el siguiente mensaje publicitario: «en fragancias y perfumes el nuevo Corte se queda corto... Ante el gran recorte de siempre de perfumería Cañellas». Dicho mensaje se distribuyó mediante papeles por buzoneo y en el interior de la prensa, así como con un gran cartel colocado en la fachada del local del establecimiento. En este caso, el mensaje publicitario contiene referencia, no expresa pero sí inequívoca, a una competidora de la anunciante («el nuevo Corte...»), en términos tales que sus destinatarios no podían sino identificarla de modo nítido (la actora acababa de abrir un nuevo establecimiento en la ciudad). Además, se establece en él una comparación entre la oferta de la anunciante (...«ante el gran recorte de siempre en Perfumerías Cañellas») y la de la competidora (...«se queda corto»), con la finalidad de destacar que los precios de unos productos eran mejores para los consumidores que los de los otros.

Puesto que el mensaje... alude explícita o implícitamente a un competidor o a los bienes o servicios ofrecidos por un competidor, hay que entender que se trata de un supuesto de publicidad comparativa, la cual está permitida siempre que cumpla los requisitos que la norma le impone y que, en principio, son más rigurosos que los exigidos para otras modalidades, como consecuencia de la necesidad de tutelar los legítimos intereses de los competidores aludidos, además de garantizar a los consumidores una información objetiva y veraz.

Dado que toda comparación implica un cierto grado de descrédito para la actividad, las prestaciones o el establecimiento ajenos, la medida de lo tolerable depende del contenido del mensaje, que ha de ser interpretado en su conjunto, sin descomponerlo en partes y atendiendo a la impresión global que sea susceptible de generar en los destinatarios, así como de la necesidad de utilizar la minusvaloración para llevar a cabo una comparación adecuada a todas las exigencias legales que la convierten en lícita.

Con la publicidad cuestionada se trasladó a los consumidores de los productos de perfumería un doble mensaje: el de afirmación de que los precios establecidos por la anunciante eran más bajos que los de su nueva competidora (lo que, como se señala en la sentencia de la primera instancia, no se ha demostrado cierto); y el consistente en que los precios de la demandante, que acababa de abrir su establecimiento en la ciudad y se hallaba en la urgente situación de captar clientela, eran elevados, no sólo en relación con los de la anunciante, sino con lo que las circunstancias exigían («...se queda corto»), lo que constituía un juicio de valor apto para desprestigiar la actividad comercial de la competidora, innecesario al fin de establecer una comparación útil o tolerable para el buen funcionamiento del sistema concurrencial».

Resulta de gran interés la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio del 2002 (RJ 2002/4978). Trataba de un anuncio que realiza comparación denigratoria entre los servicios prestados por las entidades litigantes en el que se imputaba falta de higiene en las instalaciones, deficiente estado de conservación y limpieza de las mismas.

La entidad Bon Preu, S. A., insertó un anuncio en el bisemanario comarcal «El 9 nou», publicado el 8 de julio de 1994, en relación con el «establecimiento» de la empresa demandante Distribuidora Internacional de Alimentación, S. A. (DIA), 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, S. A., compara su propia actuación con la demandante, en términos que constituyen «paradigma de la 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 la 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.

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.

En el mismo sentido, puede verse la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1997 (RAJ 1997, 3876). En este caso, se considera engañosa la publicidad realizada por una empresa sobre un producto para mantener desinfectada el agua de las piscinas, en el que se resaltaban los efectos perniciosos del cloro y se ocultaba que el producto anunciado por la empresa al entrar en contacto con el agua libera también cloro. Por lo que el consumidor puede verse inducido a error, pues la publicidad parece indicar que el producto anunciado prescinde del uso de productos cuando en realidad no es así. Por un lado, se considera que se trata de una publicidad desleal, que provoca descrédito, denigración o menosprecio de los productos químicos que producen la cloración y, por otra, realiza una clara comparación del producto propio, anunciado, con los productos químicos, con la cloración, con el cloro, que no se apoya en características esenciales, afines y objetivamente demostradas de los productos, es decir, no es objetiva, pues no se apoya en los caracteres demostrados.

También puede verse la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 1997 (RAJ 1997/1195). En este caso, se denunciaba un anuncio televisivo de la marca Pepsi, en el que la acción se desarrollaba en un concierto de música rap, en el que el aparecía el cantante de música MCH, durante la actuación bebía una Pepsi, pero, de pronto, una voz en *off* anunciaba el cambio de bebida que consumía «por otro refresco de cola», tras injerirlo, el cantante comenzaba a tocar una canción melancólica, ante el desconcierto del auditorio, hasta que uno de los espectadores le lanzaba un bote de Pepsi, y

cuando bebió, la música recuperó el ritmo trepidante del rap. Coca-Cola consideró que se trataba de una publicidad desleal y comparativa ilícita, ya que tras beber el refresco de Pepsi, se opera un cambio en la personalidad del cantante, y que este hecho podía inducir a error a los consumidores respecto de las propiedades de la bebida refrescante anunciada. El Tribunal Supremo consideró que el cambio no puede realmente obedecer a la ingestión de la bebida. Estando perfectamente valorado el carácter del anuncio, como exagerado e ingenuo, se trata de una historia inverosímil precisamente por lo desorbitado del resultado que no resulta creíble y no lleva a engaño o confusión al público. Que no existía publicidad denigradora, pues no es denigrante para ningún refresco que no produzca excitación o marcha, como se dice en el lenguaje vulgar al uso. Ni existe publicidad comparativa, porque no identifica la marca de la competencia, ni explícita ni implícitamente, porque ni la nombra ni puede darse por aludida la actora cuyos consumidores conocen perfectamente los efectos que produce su ingestión.

Caben destacar por su interés las siguientes sentencias de las Audiencias: Sentencia de 22 de marzo de 2000, de la Audiencia Provincial de Barcelona (AC 2000/1479), en la que se señala que la publicidad comparativa no puede reputarse *per se* ilícita en nuestro Derecho, si bien en este caso era engañosa y denigratoria, pues se utilizan imágenes y textos que relacionen el uso de chupetes semejantes a los comercializados por Chicco España bajo la denominación *Cereza* y *Gota* y sus efectos con la succión del dedo pulgar e índice y sus efectos. En el supuesto analizado los mensajes publicitarios 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. No resulta probado... que los chupetes *Cereza* y *Gota* produzcan en el niño los mismos efectos que el dedo pulgar y meñique.

Por el contrario, la sentencia del Tribunal Supremo, de 5 de octubre de 2005 (RJ 2005/8755), considera que no existe publicidad denigratoria en el anuncio de televisor de alta gama en una revista publicitaria confrontándolo con un mueble escritorio de estilo clásico diseñado y fabricado por los actores. Se considera que hay ausencia de ilicitud publicitaria al ensalzarse el producto ajeno tomándolo como referencia de calidad.

En este caso la empresa que hacía la comparación se dedicaba a la electrónica, mientras que la actora se dedicaba a la elaboración de muebles de estilo. Difícilmente cabe encuadrar el anuncio litigioso en la modalidad comparativa de publicidad desleal: en primer lugar, porque si bien es cierto que la redacción del artículo 6.c), aplicable al caso, no presupone la alusión explícita o implícita a un competidor, como ahora sí hace ese mismo artículo por relación con el nuevo artículo 6 bis, no lo es menos, de un lado, que tal requisito podía considerarse latente en el espíritu del precepto y, por otro, que en cualquier caso la comparación del anuncio litigioso nunca buscaba ensalzar las ventajas del producto propio sobre el ajeno sino, muy al contrario, ensalzar aquél resaltando las excelencias de éste; y en segundo lugar, en suma, porque en la impresión causada por el anuncio litigioso siempre prevalecería la confrontación de dos productos tan distintos como excelentes, un mueble

escritorio de estilo o aire clásico, lo que no excluye su fabricación actual, y un televisor de alta resolución perteneciente a la gama más alta de una de las marcas de mayor renombre mundial, todo ello unido a la publicación del anuncio en una revista dirigida a los clientes con tarjeta de la más importante cadena española de centros comerciales.

Por lo que se refiere al descrédito o menosprecio de la actora-recurrente, el rechazo de tal argumento del recurso, pues en realidad se presentaba el televisor de la empresa anunciante como un producto excelente, tomando el mueble escritorio descrédito y menosprecio.

— En el mismo sentido puede verse la sentencia de 26 de octubre de 2006, de la Audiencia Provincial de Madrid (AC 2005/176). En este caso se trata de una campaña publicitaria para la promoción de llamadas telefónicas interprovinciales: publicidad «comparativa»: anuncio de productos análogos. Afirma la comparación que no tiene que recaer de manera exhaustiva sobre todas y cada una de las características esenciales de los bienes. Conviene observar, sin embargo, que toda comparación, incluso la lícita, incorpora de suyo, de forma consustancial, un cierto grado de descrédito para el competidor concernido. Como expresa el conocido adagio popular, todas las comparaciones son odiosas. Mas, porque otra interpretación conduciría al absurdo y resultaría paradójica la permisión de la publicidad comparativa con la prohibición de la publicidad denigratoria, debe preconizarse que sólo será ilícita la publicidad comparativa que resulte inútilmente ofensiva, esto es, aquella que produzca, innecesariamente, un descrédito o denigración superior al implícito en toda comparación; la cual, por otra parte, tampoco es preciso que observe pautas determinadas de estilo. V. gr., será ilícita la que aluda a características o situaciones personales del competidor que no guarden relación con los productos comparados, o que aun circunscritas a estos últimos, sean excesivas, extremadamente agresivas o inútilmente ofensivas.

La denigración publicitaria se califica como publicidad desleal en el artículo 6 de la Ley General de Publicidad. De acuerdo con este precepto es desleal la publicidad 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.

Como ha señalado la doctrina, esta definición recoge un concepto amplísimo de denigración publicitaria, ya que en rigor esta manifestación deformada de la publicidad se produce cuando se desacreditan los productos o servicios de un empresario. Ahora bien, el concepto expuesto en la Ley General de Publicidad recoge la denominada publicidad de tono estrictamente personal, subhipótesis de la denigración publicitaria que surge cuando se desacredita a otro empresario, aludiendo a circunstancias ajenas al ámbito empresarial: nacionalidad, raza, ideología. Es decir: circunstancias que caen dentro de la esfera privada de esa persona.

No obstante, la LGP no exige que las correspondientes alegaciones sean falsas. Así, si el mensaje publicitario es veraz pero sirve para desacreditar o menospreciar a una persona, empresa o a sus productos o servicios, la misma merecerá el calificativo de publicidad desleal. De ahí que para LGP sea irrelevante la veracidad del mensaje.

Tampoco consideró que había descrédito la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, de 18 de febrero de 1998 (AC 1988, 244). Al subrayar que no puede considerar que estamos ante un supuesto de publicidad comparativa denigratoria. Cuando se trata de la campaña emprendida por entidad

bancaria para promocionar planes de pensiones: ausencia de desprestigio de los gestores administrativos y sus colegios profesionales.

En definitiva, 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 del 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.

CONCLUSIÓN

En los países de la Unión queda prohibida la comparación publicitaria que pueda ocasionar engaño, confusión, denigración o aprovechamiento de reputación ajena, y presentar un producto o servicio como imitación o réplica de otro, siendo necesario que el objeto de la comparación se refiera a productos o servicios afines o similares, y, debiendo compararse —todo caso— características esenciales, pertinentes, verificables y representativas de los productos o servicios.

Por otro lado, debe recordarse que, en materia de publicidad comparativa, la carga de la prueba de la veracidad de las afirmaciones que se realicen en la publicidad corresponde siempre al anunciante. De tal forma que debe ser el anunciante el que aporte las pruebas que acrediten la veracidad de todos los datos objetivos recogidos en la comparación.

RESUMEN

PUBLICIDAD ILÍCITA

El objeto de este breve comentario consiste en realizar algunas consideraciones en torno a la publicidad comparativa. En particular, sobre las condiciones que deben reunir este tipo de publicidad para considerarse admitida, y la referencia a algunos supuestos en los que la comparación sólo sirve para desprestigiar o para sacar ventaja de la reputación de una marca, y, por tanto, la comparación debe ser rechazada.

ABSTRACT

ILLEGAL ADVERTISING

The object of this brief commentary is to make a few points about comparative advertising, particularly the conditions comparative advertising must meet in order to be considered acceptable. Reference is also made to some cases where comparisons are only used to disparage a brand or take advantage of a brand's reputation and therefore must be disallowed.