



**VNiVERSiDAD
D SALAMANCA**

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL

*Nafarroako
Unibertsitate
Publikoa*



Universidad
Pública de
Navarra

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho Privado

Máster en Derecho Privado Patrimonial

Trabajo de Fin de Máster

**Régimen Jurídico de la Publicidad
Comparativa y nuevos planteamientos en el
Anteproyecto de Código Mercantil**

CARLOS JAVIER GONZÁLEZ LÓPEZ

Dirigido por Prof.^ª Dr.^ª Eva María Domínguez Pérez

Codirigido por Prof.^ª Dr.^ª Isabel García Martín

Salamanca, 2014

Régimen Jurídico de la Publicidad Comparativa y nuevos planteamientos en el Anteproyecto de Código Mercantil

Trabajo de Fin de Máster realizado y presentado por Carlos Javier González López

Dirigido por Dr.ª D.ª Eva María Domínguez Pérez

Codirigido por Dr.ª D.ª Isabel García Martín

El alumno:

VºBº de las tutoras:


Prof. Eva M. Domínguez Pérez

A mis tutoras, por su motivación y comprensión

ÍNDICE DE CONTENIDOS:

I. NOTAS SOBRE LA PUBLICIDAD COMPARATIVA: PRINCIPIOS SOBRE LA PUBLICIDAD COMPARATIVA; SU BENEFICIO EN EL MERCADO; EVOLUCIÓN:	7
1.1.- INTRODUCCIÓN:	7
1.2.- ARGUMENTOS A FAVOR DE LA PUBLICIDAD COMPARATIVA: ESPECIAL REFERENCIA A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN EN EL CONTEXTO ACTUAL:	12
1.3.- PUBLICIDAD COMPARATIVA Y COMPARACIÓN PÚBLICA:	19
II. MARCO REGULATORIO: REQUISITOS PARA LA PUBLICIDAD COMPARATIVA LEAL. REFERENCIA A LA TUTELA DEL CONSUMIDOR A TRAVÉS DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY GENERAL PARA LA DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS:	21
2.1.- LAS DIRECTIVAS DE LA UE SOBRE PUBLICIDAD COMPARATIVA:	21
2.2.- REGULACIÓN DE LA PUBLICIDAD COMPARATIVA EN LA LCD:	23
2.2.1.- Art. 10 LCD:	23
2.2.2.- El consumidor medio:	29
2.3.- CONDICIONES DE UTILIZACIÓN:	30
2.3.1.- Requisitos relativos al objeto de la comparación:	33
2.3.2.- Requisitos relativos a los parámetros de comparación:	37
2.3.3.- Requisitos relativos al contenido de la comparación:	39
2.4.- EL APARTADO E) DEL ART. 10 LCD Y LA TUTELA DEL CONSUMIDOR:	43
III. BREVE REFERENCIA AL JURADO DE LA PUBLICIDAD Y A LA ASOCIACIÓN DE AUTOCONTROL DE PUBLICIDAD:	51
3.1.- LA AUTORREGULACIÓN:	51
3.2.- ASOCIACIÓN DE AUTOCONTROL DE PUBLICIDAD:	54
3.3.- RESOLUCIONES DEL JURADO DE LA PUBLICIDAD:	55
IV.- EL ANTEPROYECTO DE LEY DE CÓDIGO MERCANTIL Y SU IMPACTO EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN GENERAL, Y EN LA PUBLICIDAD COMPARATIVA EN PARTICULAR:	63
4.1.- LA REALIZACIÓN EN EL MERCADO Y CON FINES CONCURRENCIALES:	65
4.1.1.- «Forma de comunicación» (art. 2 LGP):	71
4.2.- PRINCIPIOS GENERALES EN MATERIA DE COMPETENCIA: INTERESES PROTEGIDOS:	75
4.3.- “ACTOS DE COMPARACIÓN” EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DE CÓDIGO MERCANTIL:	77
4.4.- REFLEXIÓN FINAL:	79
V. CONCLUSIONES:	81
VI. BIBLIOGRAFÍA:	93
VII. JURISPRUDENCIA Y RESOLUCIONES DEL JURADO DE AUTOCONTROL CITADAS:	97

ÍNDICE DE ABREVIATURAS:

ADI: Actas de Derecho Industrial.

CC: Código Civil.

CCP: Código de Conducta Publicitaria.

CE: Constitución Española.

CECO: Código Ético de Confianza Online.

CEDH: Convenio Europeo de Derechos Humanos / Convención Europea de Derechos Humanos.

CNMC: Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

CPE: Convenio de la Patente Europea.

IIA: Instituto de Agentes Autorizados ante la Oficina Europea de Patentes.

IIC: International Review of Industrial Property and Competition Law.

LCD: Ley de Competencia Desleal.

LDC: Ley de Defensa de la Competencia.

LOCM: Ley de Ordenación del Comercio Minorista.

LSSI: Ley de Servicios de la Sociedad de la Información.

RAE: Real Academia de la Lengua Española.

RCD: Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución.

RDM: Revista de Derecho Mercantil.

TC: Tribunal Constitucional.

TCE: Tratado de la Comunidad Europea.

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

TJUE/TJCE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea/Comunidades Europeas.

TRLGDCU: Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios.

TS: Tribunal Supremo.

ULPGC: Universidad de Las Palmas de Gran Canaria.

I. Notas sobre la publicidad comparativa: principios sobre la publicidad comparativa; su beneficio en el mercado; evolución:

1.1.- Introducción:

Se cree que la primera comparación publicitaria se dio en la antigua Grecia (s. V a.C.) cuando Euthymides, alfarero, grabó en un pote por él fabricado una inscripción donde señalaba la superioridad de su producto sobre el de Euphronios¹. Se puede apreciar ya desde el primer momento cierta hostilidad en este tipo de modalidad publicitaria que a lo largo de los siglos ha sido moderada, o no², a través de mensajes mucho más sutiles, pero en cualquier caso sin perder ese componente intuitivo que la hace merecedora de cierta especificidad regulatoria, no ha estado por ello exenta de polémica dicha estrategia comercial y tanto es así que la regulación dentro de la Unión Europea ha sido muy distinta habiendo países en los que estaba expresamente prohibida, y, donde no lo estaba, se daban diferencias sustanciales en los requisitos de licitud entre unos y otros que minaban la seguridad jurídica de los empresarios que querían promocionar sus productos en los distintos Estados miembros de la Unión. Es por ello, que en el campo de la competencia desleal cuyo contenido no ha sido armonizado en el territorio de la UE sino limitadamente, ha considerado el legislador comunitario aproximar las legislaciones en materia de publicidad comparativa como una figura relevante para cumplir con algunos los fines del Tratado de la Unión Europea como es la realización y consolidación del mercado interior en torno a una economía social competitiva, ya que, de entre las virtudes de la figura se dice que «*puede estimular la competencia entre los proveedores de bienes y servicios en beneficio del consumidor*»³. Reconociendo a su vez, en el Tratado de Funcionamiento, que la eliminación de los obstáculos existentes para fijar la Unión

¹ Así lo expone LEMA DEVESA, CARLOS, “La publicidad comparativa en la Unión Europea”, *Revista de Derecho Mercantil (RDM)*, 291/2014, Civitas, Madrid, p. 314.

² Vid. v. g. BERCOVITZ ÁLVAREZ, RAUL, “Supuestos de publicidad comparativa y publicidad excluyente en una guerra publicitaria: zumos Don Simón vs. Zumos Pascual (Resoluciones del Jurado de Autocontrol)”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución (RCD)*, 2/2008, LA LEY, Madrid, pp. 161 y ss.

³ Considerando sexto de la DIRECTIVA 2006/114/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, de 12 de diciembre de 2006, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa (en adelante Directiva 2006/114). Que deroga la Directiva 84/450/CEE del Consejo, de 10 de septiembre de 1984, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa procediendo a su codificación tras las diversas e importantes modificaciones llevadas a cabo (considerando 1 y art. 10 de la Directiva 2006/114).

necesita de *«una acción concertada para garantizar un desarrollo económico estable, un intercambio comercial equilibrado y una competencia leal»*.

Pero para argumentar las bondades de cualquier conducta y por ello ser merecedora de cobertura que otorgue seguridad jurídica, se hace primeramente requisito indispensable aportar una noción que haga una primera delimitación del tipo de actividad recogido en la norma y para ello, parece, debemos deslindar sus elementos para finalmente señalar un concepto unitario de lo que fuera nuestro objeto de estudio, esto es, la comparación pública en general y la publicidad comparativa en particular.

Así, el art. 2 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad (en adelante LGP) define la publicidad como *«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»*, en términos similares se expresa el art. 2.a) de la Directiva 2006/114 que señala que, a los efectos del citado texto, se entenderá por 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»*. De esta forma queda, de momento, al margen el concepto de “comunicación comercial” incorporado en nuestro Ordenamiento por la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información (LSSI) que transpone fundamentalmente la Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos de los servicios de la sociedad de la información, en particular, el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre comercio electrónico), y sobre el cual volveremos posteriormente para intentar clarificar la coordinación de las diferentes normas europeas aquí mencionadas en torno a las resoluciones del TJUE, también al hilo de las nuevas posibles formas de publicidad comparativa debido a los avances tecnológicos. Estamos, en definitiva, ante una comunicación encaminada a la promoción de la contratación de bienes y servicios como elemento, a nuestro juicio, más característico.

Si examinamos, por otra parte, la comparación, una primera aproximación nos la otorga la definición establecida en el Diccionario de la RAE para el verbo “comparar”: *«Fijar la atención en dos o más objetos para descubrir sus relaciones o estimar sus*

diferencias o semejanza» acorde, estimamos, al concepto unitario de publicidad comparativa que otorga la Directiva 2006/114 en su art. 2.c) y a la noción de comparación pública (que incluye la publicidad comparativa) del art. 10 LCD que, como señala la doctrina, parecen confundir la publicidad comparativa con la publicidad alusiva⁴, pues si bien el remarque de las diferencias nos da una primera toma de contacto con la comparación juridificada⁵, hacer notar las semejanzas constituye una de las características de la publicidad adhesiva⁶ que, sin embargo, se ha aceptado dentro de la definición de publicidad comparativa por el Tribunal de Justicia de la Unión. Además, no se puede perder de vista el componente subjetivo que da sentido a la comparación publicitaria mostrando las bondades de lo propio frente a lo ajeno⁷ para fomentar la contratación de lo promocionado por el anunciante⁸. Del mismo modo, referido a la comparación pública se trata de poner de manifiesto las ventajas de las prestaciones propias frente a las del competidor, en este último caso sin ser necesaria la finalidad de promoción contractual⁹, pero con suficiente finalidad concurrencial¹⁰.

En definitiva, podemos aproximar un concepto de publicidad comparativa¹¹ a partir de los elementos que la caracterizan, 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*

⁴ V.g. GÓMEZ LOZANO, M^a DEL MAR, “Artículo 10. Actos de comparación”, en AA.VV. (dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, ALBERTO), *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, 2011, Aranzadi, Pamplona, pp.257-258.

⁵ Un exhaustivo análisis sobre la juridificación del acto de comparación en DE LA VEGA GARCÍA, FERNANDO L., “La comparación en sentido jurídico como acto de concurrencia lícito”, *RDM*, 227/1998, Civitas, pp. 155 y ss.

⁶ TATO PLAZA, ANXO, “Publicidad comparativa y publicidad adhesiva”, *La publicidad comparativa*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 45-48.

⁷ V.g. DOMÍNGUEZ PÉREZ, EVA M^a, “Problemática de la publicidad comparativa a través del factor «precio» y de la «selección de productos de una gama o serie»”, *RCD*, 10/2012, LA LEY, Madrid, p. 188.

⁸ TATO PLAZA, ANXO, últ. ob. cit., p.20.

⁹ GÓMEZ LOZANO, M^a DEL MAR, ob. cit., pp. 254-255.

¹⁰ Vid. MASSAGUER FUENTES, JOSÉ, “Artículo 10. Actos de comparación”, *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Civitas, Madrid, 1999, p. 311.

¹¹ Para un análisis sobre los posibles conceptos de publicidad comparativa y las diferencias doctrinales vid. GUTIERREZ SANJUÁN, LUIS, “Estudio del concepto de publicidad comparativa”, *Publicidad comparativa*, 2003, tesis doctoral Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, pp. 340 y ss., disponible en <http://acceda.ulpgc.es/handle/10553/1862>.

*resaltar las ventajas de los propios productos o servicios frente a los ajenos»*¹², esos elementos característicos, para toda comparación pública, serían¹³:

1. confrontación pública;
2. referencia a uno o varios competidores;
3. el objeto: entablar la comparación entre unos y otros productos o servicios.
4. la finalidad: mostrar las virtudes de los productos o servicios propios¹⁴, para captar parte del volumen de contratación de productos o servicios del competidor¹⁵.

Podemos concluir entonces que, la publicidad comparativa, es un tipo de promoción comercial en virtud de la cual un operador confronta su producto o servicio con el producto o servicio de otro operador en el mercado.

Cabe entonces plantearse cuáles son las ventajas de la publicidad comparativa. Básicamente, se ha venido señalando que cumpliendo unos requisitos debe admitirse porque supone un medio adecuado para incrementar la información que reciben los consumidores en el mercado, y para ello el operador lo que hace es ofrecer su producto junto a otro similar, destacando las ventajas de su producto frente a las carencias del producto o servicio de otro empresario.

Sin embargo, el anterior planteamiento de medio idóneo para aumentar la información al consumidor en los países miembros de la Unión no siempre se ha visto así (en EEUU, por ejemplo, se viene haciendo desde hace más años y se tiene por más normal), en Alemania desde principios del siglo XX no se admitía¹⁶ esta modalidad publicitaria, igual sucedía en el Reino Unido con manifestaciones frecuentes en los tribunales en contra de este tipo de mensaje publicitario. Estos dos países esgrimían distintos argumentos para negarla¹⁷:

¹² TATO PLAZA, ANXO, últ ob. cit., p. 41.

¹³ GOMÉZ LOZANO, M^a DEL MAR, ob. cit., p. 258, más desarrollado en TATO PLAZA, ANXO, últ. ob. cit., pp. 20 y ss.

¹⁴ Vid. MASSAGUER FUENTES, JOSÉ, "Artículo 10. Actos de comparación", *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 316 y ss.

¹⁵ DE LA VEGA GARCÍA, FERNANDO L., ob. cit., p. 158: [...] *el acto de comparación, pues persigue, como regla general, poner de manifiesto las ventajas propias o ajenas con respecto a un tercero con el fin de captar parte de su volumen de ventas o servicios. [...]*.

¹⁶ En relación a la deslealtad de esta modalidad publicitaria vid. DOMÍNGUEZ PÉREZ, EVA M^a, "Review of Comparative Advertising. German Case Law in Light of EC Directive", *International Review of Industrial Property and Competition Law (IIC)*, 1/2001, pp. 20-51.

¹⁷ TATO PLAZA, ANXO, últ. ob. cit., pp. 71 y ss.

1. el primero es que un operador no tiene derecho a mencionar una marca de la que no es titular;
2. además consideraban que esa mención de marca de tercero por parte de un operador en el mercado suponía un aprovechamiento indebido de la reputación ajena, es decir, de la reputación de otro signo distintivo del que no eran titulares.

Por ello no es hasta 1997¹⁸ cuando las posiciones empiezan a cambiar, momento en que se modifica la Directiva sobre publicidad engañosa (Directiva 84/450) para incluir la publicidad comparativa, siempre que se realice bajo unos determinados requisitos.

En este orden de ideas puedo recordar aún que durante mi infancia y adolescencia a principios y mediados de los noventa se emitieron en televisión algunos spots que mencionaban una marca ajena para promocionar la propia, lamentablemente no soy capaz de recordar ni encontrar ninguno en concreto, pero sí tengo grabado el impacto y la emoción que nos produjo a mí y mis amigos este hecho que llegamos a comentar en grupo; a ninguno se nos escapaba un cierto aire desleal, traicionero, e incluso tramposo. Sin duda, tal vez por percibirlo como algo novedoso, tanto mis compañeros de juegos como yo teníamos una visión de la oferta publicitaria un tanto corporativista y corta de miras, afortunadamente cada vez más superada en beneficio de un mercado donde la figura central sea el ciudadano-consumidor.

La regulación de la competencia desleal se presenta en un primer momento como medio de protección de unos empresarios frente a otros competidores, y que además sean directos como premisa fundamental, que pretenden posicionarse en el mercado a través de técnicas nada caballerosas con sus homólogos, pero la evolución legislativa ha seguido un desarrollo creemos que lógico con los valores sociales y económicos que se han impuesto a través de las constituciones occidentales y la sistemática que debe regir todo Ordenamiento Jurídico, así, el interés que persigue actualmente la regulación de la competencia desleal tiene presente el correcto funcionamiento del sistema competitivo de mercado pensando en todos sus participantes: competidores y consumidores. En este sentido, y tras la recepción en España de la normativa de defensa de la competencia

¹⁸ 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 (Directiva 97/55).

convergen el Derecho antitrust y desleal, obligando a competir, pero al mismo tiempo posicionados en un tablero de juego que sancione las formas incorrectas, si a esto le sumamos el movimiento consumerista y su desarrollo legislativo que presenta al consumidor como árbitro del gran zoco tenemos configurada la protección del sistema competitivo de economía de mercado.

1.2.- Argumentos a favor de la publicidad comparativa: especial referencia a la libertad de expresión e información en el contexto actual:

En un sistema de liberalismo rancio donde únicamente la mano invisible es capaz de ordenar el egoísmo individual de los hombres en favor de todos, se puede llegar casi de manera hipotético-deductiva a concluir que unas reglas de comportamiento en el mercado pensadas por y para empresarios son el mejor arma de defensa y protección de sus intereses que pueden tener los consumidores, pero paralelamente a la corrección de los órdenes político-económicos, al menos en lo que solemos llamar civilización occidental, la evolución de la regulación concurrencial también ha ido desarrollándose¹⁹ hacia un modelo social²⁰, pero, bien pensado, si ya desde los primeros momentos de esta rama legal se trataba de que el mercado colocase a cada uno en su lugar, aunque casi como un acto de fe, parece una contradicción impedir de plano cualquier medio que aspire a dar a los demandantes de productos o servicios la mayor información posible sin antes realizar un exhaustivo examen de su procedencia en relación con el resto del Ordenamiento. Este control al que nos referimos ha sido elaborado a través de un proceso de evolución histórico que al menos en el ámbito de la Unión Europea ha llevado a concluir la virtualidad de la publicidad comparativa siempre que se lleve a cabo de una manera leal, tal y como está contextualizada legalmente.

Sin embargo, también cabe preguntarse actualmente si debido a la eclosión informativa que supone internet es realmente una virtualidad para el consumidor esta práctica publicitaria, dado que hoy por hoy nosotros mismos podemos ser capaces de

¹⁹ En este sentido el preámbulo de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (LCD), otorga al texto un valor histórico relevante cuando señala que con esta Ley el Derecho de la competencia desleal «deja de concebirse como un ordenamiento primariamente dirigido a resolver los conflictos entre competidores, para convertirse en un instrumento de ordenación y control de las conductas en el mercado» haciéndose portadora también de los intereses colectivos del consumo.

²⁰ Un somero repaso del proceso histórico nos lo ofrece TATO PLAZA, ANXO, últ. ob. cit., pp. 71 y ss.

comparar no sólo las características esenciales, pertinentes, verificables y representativas de los bienes o servicios desde las propias informaciones más o menos objetivas que suministran los fabricantes y otros terceros a través de estudios, o sin ser estudios, comparativos, sino que podemos investigar todo tipo de información (corporativa, responsabilidad social, comercial...) presentada de forma convencional por los empresarios y profesionales en la web, además de compartir todo tipo de experiencias con otros usuarios sobre los elementos que nos interesen a la hora de seleccionar un producto y que jamás podríamos esperar que nos la suministrase un competidor so pena de caer bajo la esfera de un ilícito concurrencial, como por ejemplo si decido no consumir productos catalanes o productos de una empresa cuyo máximo accionista sea una mujer, y para ello rastreo las diferentes marcas de los productos habituales en mi cesta de la compra para poder tomar una decisión que me satisfaga. En estos casos nuestra conducta sería equivalente a una publicidad comparativa de corte denigratorio, pero involuntariamente exitosa para quien colma nuestras preferencias territoriales o de género. Incluso a través de distintos portales de reproducción de vídeo, blogs..., podemos encontrar y visualizar campañas publicitarias sobre las que se dictó una resolución de cesación. Con esto queremos poner de relieve que, a día de hoy, aunque que se regulen los requisitos de licitud de la publicidad comparativa, cualquier consumidor con acceso a la red puede, sin burlar la finalidad²¹ de la norma, menoscabar el interés general que sin embargo es otro de los pilares sobre los que se sustenta la actual regulación concurrencial (art. 1 LCD).

En otros epígrafes de este trabajo nos referiremos a las nuevas formas de publicidad comparativa junto con algunas apreciaciones jurisprudenciales en este sentido, y a la pertinencia o no de los requisitos de licitud del art. 10 LCD. Baste en este momento señalar que, si bien es cierto que existe plena libertad en el consumidor para realizar su decisión de adquisición de bienes y servicios, por mucho que los consumidores y usuarios tengan cada vez más fácil rastrear todo tipo de información, tampoco es deseable al menos de momento prescindir de todo límite a la comparación por mucho que el comportamiento de los destinatarios pueda socavar dichos contornos legales, aunque la Directiva 2006/114 tenga por objeto proteger a los comerciantes únicamente frente a la publicidad engañosa mientras que respecto a la publicidad comparativa sólo impone sus condiciones, entonces

²¹ La protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado (art. 1 LCD), en el mantenimiento de mercados altamente transparentes y competitivos (preámbulo III.2).

¿para amparar a quién?, parece, por tanto, que esta disciplina está avocada a tutelar diversos intereses en cualquier ámbito territorial de regulación.

Pero es que además la misma premisa en relación a las muchas posibilidades de captación de información de los consumidores nos puede llevar a la deducción contraria, y es que si el consumidor puede facilitarse toda la información relevante a sí mismo para llevar a cabo “su” contratación óptima²² podemos prescindir de la figura que estamos estudiando prohibiendo su uso a los empresarios y profesionales que actúan en el mercado, solución esta aunque más restrictiva, más acorde con el resto de objetivos que persiguen la regulación concurrencial. En este sentido cabe destacar que en 2011 el Ministerio de Sanidad en su guía de actuación²³ proponía unas nuevas condiciones para realizar publicidad comparativa en el ámbito de medicamentos dirigidos al público en general²⁴ que haría desaparecer la figura para este concreto ámbito publicitario²⁵, si bien es cierto que las motivaciones pudieran ser distintas o al menos ir más allá de la enorme base de datos informativa que supone la red para sus usuarios, y que por ende podría hacer prescindir de la necesidad de establecer la lealtad de los actos de comparación entre comerciantes, proclamando, por otra parte, su interdicción. En cualquier caso, estas pautas no han tenido desarrollo legal, de modo que conforme al art. 6.1.b) del Real Decreto 1416/1994, de 25 de junio, por el que se regula la publicidad de los medicamentos de uso humano, el límite específico establecido se refiere a que *«la publicidad de un medicamento destinado al público no podrá incluir ningún elemento que: [...] b) Sugiera que su efecto [...] es superior o igual al de otro tratamiento u otro medicamento»*. En este sentido, para este concreto ámbito, parece razonable mantener su licitud, pues es obvio que de la propia naturaleza del medicamento se infiere que su promoción debe dirigirse en mayor medida a la información que a su consumo²⁶.

Cuando hablamos de la función que cumplen este tipo de actuaciones en el mercado, creemos que no se puede partir de una visión demasiado simplista que considere la mayor información del consumidor en su beneficio considerado en su papel de juez del

²² TATO PLAZA, ANXO, últ. ob. cit., p. 77

²³ http://www.msps.es/novedades/docs/MSPSI_GuiaPublicidadMedicamentos.pdf.

²⁴ LÓPEZ-BELLOSTA, MONTSERRAT y SEBÉ MARTÍN, SONIA, “Publicidad comparativa de medicamentos”, *Cuadernos de Derecho farmacéutico*, 42/2012, CEFI, Madrid, pp. 46 y ss.

²⁵ «La comparación entre medicamentos sólo se podrá realizar si pertenecen al mismo laboratorio. [...]»

²⁶ DE LA VEGA GARCÍA, FERNANDO L., ob. cit., p. 192.

mercado como uno de los pilares del actual modelo de regulación concurrencial sin tener en cuenta también los otros dos cimientos del sistema normativo desleal actual²⁷, así lo confirma la propia regulación cuando prohíbe por ejemplo las comparaciones que aunque verídicas supongan una denigración intolerable para el competidor comparado (el último de los requisitos del art. 10 LCD señala: «*La comparación no podrá contravenir lo establecido por los artículos 5, 7, 9, 12 y 20 en materia de actos de engaño, denigración y explotación de la reputación ajena.*»), siendo admitido por la doctrina que todo acto de comparación lleva un componente denigratorio intrínseco²⁸. Así, el equilibrio de intereses ha de darse teniendo también presentes a los competidores y al mercado en general²⁹ y por tanto la regulación para la elección del ciudadano-consumidor debería estar orientada hacia la decisión óptima³⁰ más que personal³¹, porque hay otros valores ya desde la propia Constitución de los que no puede prescindir esta rama normativa concurrencial sin caer en el arcaísmo³². Por ello, independientemente de las motivaciones subjetivas que pueda tener el comprador a la hora de seleccionar una oferta, la situación de acceso ilimitado a una infinidad de contenidos informativos de toda índole sobre empresarios, productos, establecimientos..., no debe suponer un argumento en favor de la posibilidad de prescindir de la publicidad comparativa por el hecho de que el consumidor pueda auto-informarse omitiendo cualquier tipo de componente subjetivo que inevitablemente pueda arrastrar el anunciante, más al contrario, debe suponer un arma para el legislador en la consecución de objetivos incluso constitucionalmente deseables, así, una regulación óptima³³ de la

²⁷ El punto II del preámbulo de la LCD dice: «[...] para el conjunto de los intereses que confluyen en el sector: El interés privado de los empresarios, el interés colectivo de los consumidores y el propio interés público del Estado al mantenimiento de un orden concurrencial debidamente saneado. [...]».

²⁸ V.g. ORTUÑO BAEZA, M^a TERESA, “Las condiciones de licitud de la publicidad comparativa tras la Ley 29/2009: un análisis a la luz de la jurisprudencia comunitaria”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor (ADI)*, 31/2010-2011, Marcial Pons, Madrid, p. 366.

²⁹ Vid. v. g. MARTÍN ARESTI, PILAR, “Consumidor, marcas y publicidad”, en AA.VV. (dir./coord. MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, ÁNGEL), *Marca y publicidad comercial. Un enfoque interdisciplinar*, LA LEY, Madrid, 2009.

³⁰ MASSAGUER FUENTES, JOSÉ, ob. cit., p.313

³¹ Creemos que en este interés trabaja también el legislador europeo cuando en el considerando séptimo de la Directiva 97/55 señala: «*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.*»

³² TATO PLAZA, ANXO, “La reforma de la Ley General de Publicidad”, *RCD*, 7/2010, LA LEY, Madrid, p. 145 «[...] En definitiva, sólo bajo una visión arcaica del Derecho contra la competencia desleal se puede sostener que resulta ajena a este sector del ordenamiento la represión de ciertas conductas o prácticas competitivas que -al margen ya de su incidencia en los intereses de los competidores o consumidores- entren en abierta contradicción con valores o derechos constitucionalmente protegidos y, por ende, con el interés general. [...]»

³³ TATO PLAZA, A., últ. ob. cit., pp. 144-145.

publicidad comparativa en los tiempos venideros ayudará a mantener firmes los tres pilares en los que se sustenta la regulación concurrencial. Por tanto, no sólo debemos puntualizar la importancia del consumidor como juez del mercado y la virtualidad que supone todo tipo de información que le permita tomar decisiones racionales, sino que también poniendo el acento en los competidores, podemos encontrar argumentos favorables a la publicidad comparativa, por ejemplo, la libertad de expresión genera unas implicaciones de alcance constitucional que tienen repercusión en este tipo de actuaciones publicitarias³⁴, se ha llegado a justificar por parte de la doctrina³⁵, para defender las conductas de los empresarios y profesionales comparando las ventajas de sus prestaciones frente a las de otros competidores, que constituyen un acto amparado por el art. 20 CE, merece la pena detenerse en determinados aspectos de este argumento también en relación con la CEDH y TEDH.

Sobre el alcance de la libertad de expresión e información, art. 20.1.a) y d) CE, teniendo en cuenta el marco de libertad de empresa en una economía de mercado (art. 38 CE), el principio rector de defensa de los consumidores (art. 51 CE), y, como no, el art. 10 Convención Europea de Derechos Humanos, que señala: “*Artículo 10 Libertad de expresión. [] 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas, sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa. [] 2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.*”, a la luz de los órganos competentes para interpretarlo.

³⁴ TATO PLAZA, ANXO, “Las implicaciones constitucionales de la publicidad comparativa: publicidad comparativa y libertad de expresión”, *La publicidad comparativa*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 97 y ss.; también GUTIERREZ SANJUÁN, LUIS, ob. cit., pp. 47 y ss.

³⁵ MASSAGUER FUENTES, JOSÉ, ob. cit., p. 313.

Si, como señala el proyecto de Código Mercantil³⁶, la premisa fundamental del bloque competencial recae sobre la protección del consumidor, en contra de la jurisprudencia tanto del TS como del TC³⁷ anterior ya no habría motivos para limitar el alcance del art. 20 CE al marco político³⁸, en la línea aperturista de la CEDH y TEDH³⁹ muy al contrario, todo tipo de información será constitucionalmente relevante para el ciudadano en tanto que hoy más que nunca además es consumidor, sin perjuicio del resto de derechos y libertades que habrá que ponderar en cada caso (art. 20.4 CE), en este marco legal, para otorgar mayor coherencia al sistema, la información comercial no puede quedar limitada por tanto al desarrollo de los arts. 38 y 51 CE, siempre eso sí, poniendo el acento en la libertad de información -del ciudadano en tanto que consumidor- más que en la libertad de expresión del comerciante o profesional, sin perjuicio de la posible inclusión del discurso comercial dentro de la protección de éste último derecho fundamental, precisamente porque al final, y siempre que se cumplan con los requisitos de licitud comparativos, constituye una forma de información con lo cual libertad de expresión del competidor e información del consumidor quedarían vinculadas irremediabilmente, tesis sobre la cual han trabajado algunos autores⁴⁰, en caso de no cumplirse con los requisitos contenidos en el art. 10 LCD que serían la lógica vara de medir el requisito de veracidad del art. 20.1.d) CE (si bien es cierto que un mensaje comparativo puede ser veraz, pero ilícito, ya se ha señalado el límite del art. 20.4 CE de

³⁶ Anteproyecto de Ley del Código Mercantil, aprobado en Consejo de Ministros, de 30 de mayo del 2014 (ACM).

³⁷ V. g. DE LA VEGA GARCÍA FERNANDO L., ob. cit., pp. 170 y ss., en este sentido destaca la tesis expuesta en la STS, sala tercera, de 23 de septiembre de 1988 donde señala: «[...] 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, puesto que no se produce la mera expresión de un pensamiento, ideas y opiniones mediante palabra, escrito o cualquier otro medio de reproducción, como indica este precepto, sino la existencia de una actividad profesional con la finalidad de alcanzar un provecho material relativo a esa actividad [...]».

³⁸ En este sentido ya se venía destacando el carácter más amplio de este derecho si bien la protección del mensaje dependería de su acercamiento al núcleo del mismo, esto es, que constituya un mensaje verbal (oral o escrito) sobre asuntos políticos, cuando más cercano menos dudosa es su incardinación, v. g., DÍEZ-PICAZO, LUIS M^º, “La libertad de expresión e información”, *Sistema de derechos fundamentales*, 3^a edición, Aranzadi, Pamplona, 2008, pp. 335-338.

³⁹ Aunque sendos órganos no lo han expresado al mismo tiempo, vid. TATO PLAZA, ANXO, *La publicidad comparativa*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 100-119. La Convención ya lo señaló en 1979 en el asunto *Pastor X e Iglesia de la Cienciología c. Reino de Suecia*, en el TEDH fue en 1994 en el asunto *Casado Coca c. Reino de España*.

⁴⁰ Por todos, v. g., RUBÍ I PUIG, ANTONI, *Publicidad y libertad de expresión*, Aranzadi, Pamplona, 2008. Estudiando las funciones que tradicionalmente se atribuyen a la libertad de expresión y que en este campo también contribuirían al libre desarrollo de la personalidad, autonomía individual, información...; y el grado de protección de la norma en el sentido de que no es absoluto dependiendo de si un concreto mensaje entra en su ámbito o no.

estas libertades que incluye, por ejemplo, el desarrollo legal de la protección consumerista y libertad de empresa, en este sentido al margen de la veracidad del mensaje los requisitos de licitud del art. 10 LCD jugarían un papel relevante), estaríamos únicamente dentro del ámbito de la libertad de expresión, la relevancia consumerista sería mínima (como ya se ha señalado puede haber actos denigratorios que sin embargo tengan el mayor interés para un grupo de consumidores) e incluso nula por cuanto estaríamos ante un acto desleal, y por tanto en aplicación de la doctrina constitucional expuesta no gozaría necesariamente del ámbito de protección del art. 20.1.a) CE, y si en un mismo acto se dieran manifestaciones de distinta naturaleza⁴¹ como por ejemplo opiniones e información, art. 20.a) y .d) CE, de acuerdo con la doctrina constitucionalista, si lo relevante fuera la información no yendo los juicios de valor más allá del componente subjetivo de la expresión comparativa publicitaria aceptable, o dicho de otro modo, la denigración aceptada, entonces estaríamos ante publicidad comparativa lícita y protegida constitucionalmente, en caso de que la carga de la libertad de expresión supere lo deseable dejando la información en un segundo plano dejaríamos de estar ante publicidad comparativa lícita y, por consiguiente, en principio fuera de la esfera del art. 20 CE, sin perjuicio de la doctrina expuesta por los órganos que fiscalizan el Convenio Europeo de Derechos Humanos, que aceptan la inclusión del mensaje publicitario dentro del ámbito de la libertad de expresión.

En definitiva, en la línea de la jurisprudencia de la CEDH y TEDH, que reconocen la libertad de expresión en las comunicaciones comerciales a la vez que han observado por otra parte que la mayoría de restricciones a su ejercicio que han enjuiciado se acomodan al Convenio (art. 10.2 CEDH), en cuyo contexto la libertad de expresión incluye la libertad de información, toda expresión comercial sería constitucionalmente relevante siempre que aporte una información significativa para el ciudadano-consumidor, en cualquier otro caso la libertad de expresión del profesional o comerciante debería observarse, en la línea expuesta por DÍEZ PICAZO⁴², por su cercanía al núcleo de protección del art. 20.1.a) CE, en este sentido sin duda la publicidad comparativa lícita encontraría acomodo constitucional en el art. 20 de la Carta Magna española, para cualquier otro discurso publicitario habría que valorar cada caso.

⁴¹ Como señala DE LA VEGA GARCÍA, FERNANDO L., ob. cit., pp. 172-173.

⁴² Ob. cit.

Todo lo expuesto se vería apoyado por el entendimiento en el seno de la Unión Europea del derecho a la información como uno de los derechos básicos de los consumidores y de la bondad de la publicidad comparativa lícita en colmar dicho derecho⁴³.

En definitiva, si estamos ante publicidad comparativa lícita podría llegar a ser reconducible por el Derecho Fundamental de libre información, con las implicaciones que ello conlleva en virtud del art. 53.2 CE, esto es, un procedimiento preferente y sumario ante los tribunales ordinarios para recabar su tutela y, de manera subsidiaria, a través del amparo constitucional⁴⁴. Ello implica, además, que el destinatario de la información gozaría de legitimación activa para impugnar las perturbaciones a dicha comunicación, por cuanto el art. 20.e) CE incluye dos derechos como cara y cruz de una misma moneda, esto es, comunicar, por un lado, y recibir, por otro, libremente información veraz. Por su parte, en caso de estar ante una difusión publicitaria comparativa ilícita, sustentada en juicios de valor, podría ser reconducible hacia la libertad de expresión, art. 20.a) CE, pero dadas las circunstancias se podría prohibir la difusión, y además suprimir su tutela constitucional, por ser ésta una medida equitativa en una sociedad democrática.

1.3.- Publicidad comparativa y comparación pública:

Sin perjuicio de las implicaciones que en este ámbito puede traer el potencialmente próximo Código Mercantil y que examinaré en el epígrafe

⁴³ Así el considerando quinto de la Directiva 97/55 dice: «Considerando 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.»

⁴⁴ Piénsese en la relevancia de esta cuestión, por ejemplo, si un empresario consigue probar por estudios propios científicamente aceptables y contrastados que un componente del producto de la competencia es perjudicial para la salud, ya que no siempre los trabajos de las autoridades sanitarias son los que ponen de manifiesto estas cuestiones, sino que, en ocasiones, es a raíz de trabajos independientes, privados y de investigadores académicos en sus tesis y publicaciones, cuando se decide reconsiderar la aptitud de cierto elemento para su uso o consumo humano.

correspondiente de esta obra, actualmente para distinguir entre comparación pública, como género de la especie de publicidad comparativa⁴⁵, y ésta última se aludía a la definición de publicidad, lo cual es perfectamente lógico si se tiene en cuenta que la regulación a partir de la reforma de 2009 para ambas figuras es exactamente la misma y estando ambas figuras bajo el ámbito objetivo de la Ley 31/1991, esto es, actos realizados en el mercado con fines concurrenciales, la bifurcación entre los dos comportamientos se da precisamente en la definición de publicidad que otorga la aún vigente LGP, a pesar de la Ley 29/2009 (de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios), y que según parte de la doctrina no alcanzaría al resto de los actos de comparación, por tanto cualquier tipo de comparación en el mercado sería una comparación pública, y no publicidad, cuando, cumpliendo los ámbitos de aplicación de la LCD, no esté destinada a promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones.

⁴⁵ GÓMEZ LOZANO, M^a DEL MAR, ob. cit. pp. 254 y ss.

II. Marco regulatorio: requisitos para la publicidad comparativa leal. Referencia a la tutela del consumidor a través del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios⁴⁶:

2.1.- Las directivas de la UE sobre publicidad comparativa:

Ciertamente la armonización comunitaria en esta materia ha sido un tanto confusa en su planteamiento normativo⁴⁷, pues si bien desde un primer momento la Directiva 84/450⁴⁸, que precede a la actual Directiva 2006/114, asumía ya la regulación concurrencial en beneficio de todos los que intervienen en el mercado, la Directiva 29/2005⁴⁹ introduce unas pautas de armonización que distinguen y solapan, al menos en nuestro país, conductas en función de cual sea la víctima de la práctica desleal dando lugar a un pobre planteamiento técnico-sistemático⁵⁰. No obstante, pensamos que la regulación europea no pierde de vista en ningún momento el nivel de abstracción superior del campo normativo que abarca: la competencia desleal, y que la regulación general en este ámbito es en beneficio de todos los participantes, sean empresarios o consumidores, así como en el interés general del mercado. Por ejemplo, si bien es cierto que la Directiva 29/2005 se establece para la protección de los consumidores su considerando cuarto señala aspectos de especial interés para los competidores: *«Estas disparidades provocan incertidumbre en cuanto a cuáles son las normas nacionales aplicables a las prácticas comerciales desleales que perjudican a los intereses económicos de los consumidores y crean numerosas barreras que afectan a las empresas y a los consumidores. Estos obstáculos incrementan el coste que supone para las empresas el ejercicio de las libertades del mercado interior, en particular cuando desean realizar actividades de comercialización transfronteriza, campañas de publicidad y promociones de ventas.*

⁴⁶ Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

⁴⁷ V. g. vid., BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, ALBERTO, "Nociones introductorias", en AA. VV. (coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, ALBERTO) *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, 2011, Aranzadi, Pamplona, pp. 52 y ss.

⁴⁸ Directiva 1984/450/CEE, de 10 de septiembre, de aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad engañosa. Derogada en virtud el art. 10 de la Directiva 2006/114.

⁴⁹ Recientemente derogada el día 13/06/2014, en virtud del art. 31 de la Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre: «La Directiva 85/577/CEE y la Directiva 97/7/CE, [...], y las Directivas 2005/29/CE y 2007/64/CE, quedan derogadas a partir del 13 de junio de 2014.», si bien ya armonizada.

⁵⁰ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, ALBERTO, últ. ob. cit., p. 56.

Dichos obstáculos también crean incertidumbre a los consumidores sobre sus derechos, y merman su confianza en el mercado interior.», asimismo como objeto de la norma declara en su art. 1: «*La presente Directiva tiene por objeto contribuir al buen funcionamiento del mercado interior [...]»*», creemos por tanto que este desarrollo sectorial tiene más que ver con cuestiones de política legislativa en el sentido de un avance superior en cuanto al campo de protección de la normativa consumerista, así, independientemente de la Directiva 2006/114 que es la que en realidad nos interesa, es la Directiva 2005/29 la que supone el alma máter de la Ley 29/2009 que dio su nueva configuración a la LCD, LGP, TRLGDCU, y LOCM⁵¹ (Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista), intentando dar coherencia además al Ordenamiento interno coordinando los textos citados. En cualquier caso resulta palmario que la libertad de los Estados Miembros para configurar la competencia desleal cuando no afecta a consumidores es mayor, y así de algún modo no se acaba de completar el interés en unificar criterios en beneficio de la seguridad jurídica de empresarios y profesionales⁵² en sus relaciones entre ellos, en este sentido también resulta llamativa la modificación que opera la Directiva 2005/29 en la Directiva 2006/114 a través de la cual delimita el ámbito de aplicación subjetivo de la misma para las relaciones entre comerciantes⁵³, que no son, sin embargo, los destinatarios de la publicidad, nos referimos lógicamente en el marco de esta Directiva 2006/114 ya que es obvio que entre empresarios y profesionales se negocia y comercia y evidentemente se dan campañas publicitarias destinadas precisamente a esos comerciantes-clientes, e incluso para todo tipo de comprador sea mayorista o minorista. Así el art. 14 de la Directiva 2005/29 establece que el objeto del citado texto, aún entonces Directiva 84/450⁵⁴, es proteger a los comerciantes contra la publicidad engañosa, en este orden de ideas hay que decir que esa protección se refiere no como destinatarios de la publicidad sino como competidores. Igualmente para la publicidad comparativa se establecen condiciones que garanticen una competencia leal más que protejan al consumidor, se considera por tanto que no hay que proteger a los consumidores de estos tipos de publicidad específicamente, bastando las previsiones de la Directiva 2005/29, lo cual pone de relieve que el sistema de armonización europeo aunque parciario no pierde

⁵¹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, ALBERTO, “Principio de corrección en el tráfico económico: La competencia desleal”, *Apuntes de Derecho Mercantil*, Aranzadi, Pamplona, 2013, p. 377.

⁵² BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, ALBERTO, *últ. ob. cit.*, p. 378.

⁵³ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, ALBERTO, *últ. ob. cit.*, p. 382.

⁵⁴ Que ya incluía la publicidad comparativa en virtud de la modificación que se operó en su contenido a través de la Directiva 97/55, a fin de incluir en la misma la publicidad comparativa.

de vista la unidad del bloque normativo en cuanto a los intereses que protege. En este sentido, desde aquí entendemos que estableciendo unos requisitos de licitud idóneos se puede proteger tanto a los empresarios y profesionales como al ciudadano-consumidor en vista del interés general. En cuanto al engaño, en el ámbito de esta directiva no es sino un solapamiento del mismo engaño frente al que se protege a los consumidores en la Directiva de 2005/29, en este caso centrado en la publicidad y poniendo el acento en la perspectiva de los competidores.

2.2.- Regulación de la publicidad comparativa en la LCD:

2.2.1.- Art. 10 LCD:

Para comprender plenamente el alcance de la regulación es deseable realizar una breve clasificación conforme a la legislación relativa a nuestro objeto de estudio. En este sentido, cabe diferenciar de esta figura la forma, el contenido y las condiciones de utilización.

En cuanto a *la forma* hay que tener en cuenta el deslinde entre comparación pública y publicidad comparativa, aunque ya nos detendremos posteriormente al examinar el Anteproyecto de Código Mercantil baste ahora señalar que la distinción entre unos y otros radicaría en la finalidad de la conducta y no en el medio, por tanto no se trataría tanto de una relación de género y especie como se ha venido señalando por parte de la doctrina, en este sentido para el propio texto comunitario no habría diferencia entre unos y otros en cuanto a su ámbito de protección no distinguiéndolos, al menos cuando el destinatario de la comparación es un consumidor⁵⁵. Nuestro legislador, por su parte, a pesar de eliminar la posible relación de género y especie ha preferido mantener los dos grupos de conductas por separado, si bien a efectos concurrenciales hoy por hoy la regulación es exactamente la misma y por tanto no habría mayores problemas, no obstante ya adelantado que defenderemos que la forma de esta figura siempre será publicitaria, salvo exclusiones expresas del legislador en determinados contextos, debido al amplio concepto de publicidad.

⁵⁵ Vid. infra 2.4 (p. 49).

Con respecto *al contenido*, al igual que la forma publicitaria acoge una concepción amplia, esto es, cualquier tipo de alusión explícita o implícita bien sea a un competidor o competidores, bien a los bienes o servicios ofertados por él o ellos, en definitiva, cualquier tipo de referencia que permita al destinatario del mensaje identificar de forma objetiva una comparación cierta.

Estos dos elementos permiten ya por tanto obtener una *definición legal* del acto de comparación como toda comunicación realizada en el mercado y con fines concurrenciales que aluda de cualquier manera, explícita o implícitamente y sobre cualquier característica material o inmaterial, a un competidor o competidores incluidas todas sus prestaciones y establecimientos, permitiendo al destinatario del mensaje identificar de modo objetivo una comparación, del tipo y sobre el objeto que sea, entre el emisor y el aludido. Distinguiendo luego entre la comparación y la publicidad en función de la finalidad última del mensaje: bien sea la contratación cuestión aceptada aún hoy como característica del mensaje publicitario, o como veremos posteriormente influir, directa o indirectamente, en las decisiones de los destinatarios a tenor del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil.

Identificada ya la definición legal de la comparación hay que delimitar sus *condiciones de utilización* para que cumpla con los objetivos de su tipificación, esto es, informar legítimamente o de forma adecuada a los consumidores y destinatarios en general, y estimular y no distorsionar la competencia de modo que no perjudique a los competidores ni ejerza un efecto negativo sobre la elección de los consumidores, más al contrario ayude a todos los participantes del mercado a tomar decisiones óptimas, contribuyendo al buen funcionamiento del mercado nacional y europeo, pero no sin antes realizar algunas clarificaciones sobre los elementos que puedan dar lugar a mayores problemas de su definición a la luz de la jurisprudencia europea y nacional.

Los textos que la regulan la delimitan más concretamente del modo siguiente, así, la Directiva 2006/114 señala, en su art. 2.c), que se entenderá por publicidad comparativa: *«toda publicidad que alude explícitamente o implícitamente a un competidor o a los bienes o servicios ofrecidos por un competidor»*, asimismo el art. 10 LCD la conceptúa como *«una alusión explícita o implícita a un competidor»*.

En *primer lugar*, hay que destacar debido al concepto amplio que se recoge que no está permitida una alusión al competidor en abstracto, es decir, si no es para hacer una comparación⁵⁶, o mejor dicho, si no es para informar al público de extremos relevantes que impliquen la relación del anunciante con el aludido, asumiendo dentro del concepto tipos promocionales que en principio no serían publicidad comparativa como por ejemplo la publicidad adhesiva que busca equiparar⁵⁷ en orden a un concepto amplio de comparación como el recogido en la RAE que admite mostrar las semejanzas, y como veremos más adelante, no siempre tendrá porqué implicar un aprovechamiento indebido de la reputación ajena. Por tanto, debido a la legislación y jurisprudencia europea consideramos que no podemos limitar ya la noción de comparación pública en su concepto que por el contrario acoge todo tipo de alusión para dar cabida a toda forma publicitaria comparativa, cuestión que ha sido acogida de manera satisfactoria por el Tribunal de Justicia europeo en diversas resoluciones⁵⁸, tan sólo a través de sus requisitos se puede filtrar el tipo de conducta, pero éstos tampoco delimitan hacia el concepto clásico sino que acogen la presentación de semejanzas dentro del acto de comparación, no obstante en un análisis en otro epígrafe posterior sobre las resoluciones de Autocontrol, y en las conclusiones, volveremos más detalladamente sobre este asunto, pues el Jurado de la publicidad delimita de forma precisa los distintos tipos publicitarios que actualmente se pueden confundir con la publicidad comparativa. En este momento baste señalar que la publicidad comparativa se sustenta en otorgar una información relevante al consumidor demostrando las ventajas de los productos objetivamente comparables fomentando además la competencia, por otra parte, en caso contrario, podría entrarse en contradicción con la legislación marcaría.

En *segundo lugar*, la publicidad comparativa puede ser explícita o implícita, la primera es la que se denomina “directa”: se realiza la publicidad comparativa mencionando la marca o la designación habitual del concreto producto o servicio competidor, o la propia denominación del empresario o profesional, así por ejemplo en la lucha por adquirir cuota de mercado en detrimento del comparado entre Don Simón y

⁵⁶ Asunto C-112/99 (caso Toshiba), apartados 33 a 37.

⁵⁷ GALÁN CORONA, EDUARDO, “Análisis de la jurisprudencia comunitaria (PARTE II)”, *Autocontrol*, 146/2009, Asociación de autocontrol de la publicidad, Madrid, p. 12.

⁵⁸ Así asuntos C-220/98 (TJCE 2000, 4), C-112/99 (TJCE 2001, 295), C-44/2001 (TJCE 2003,99), asunto C-533/06 (TJCE 2008, 130)...

Pascual⁵⁹, donde se dieron algunos supuestos también de publicidad de tono excluyente que delimitaremos posteriormente.

En el caso de la referencia implícita o “indirecta”, ha de ser inequívoca, como por ejemplo a través de un signo similar a un derecho exclusivo pero claramente identificable⁶⁰, por tanto no bastará una mención genérica que aluda al resto de competidores, que en todo caso se trataría como publicidad de tono excluyente, lo cual ampliaría de manera desorbitada los casos de publicidad comparativa. Se da cuando un sector significativo del público destinatario del mensaje pueda deducir, en función de las circunstancias, a qué competidor o competidores se está haciendo referencia en el anuncio publicitario, por tanto la alusión indirecta sería el supuesto en que el operador no menciona directamente al otro producto o servicio, por ejemplo, el clásico supuesto resuelto de manera poco afortunada por el TS español⁶¹: cantante de rap que bebe Pepsi⁶², no se alude directamente al rival pero se identifica claramente ya que el mercado de bebidas refrescantes de cola está poco compartimentado, no se tuvo en cuenta su estructura, pero se debería haber apreciado la referencia inequívoca⁶³, pues objetivamente los consumidores van a identificar al único competidor real del anunciante, en sentido contrario el Tribunal señaló: *“del anuncio no «puede inferirse una comparación entre "Coca Cola" y "Pepsi Cola", si no es desde una "propia posición subjetiva de la actora", el anuncio no contiene 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». [...] Es pura deducción subjetiva, so pretexto de mantener una posición predominante en el mercado, atribuirse la condición de víctima del anuncio cuando es evidente que son varias las «otras colas» existentes en el mercado.”*, en definitiva, según la definición expuesta anteriormente elaborada por TATO PLAZA, la referencia implícita requiere que tal alusión sea inequívoca, esto es, dentro del contexto publicitario, que un número de consumidores importante identifique una comparación concreta sobre un único o varios competidores. Este tipo de alusiones indirectas se presentan como una pieza fundamental para identificar nuevas formas de publicidad

⁵⁹ BERCOVITZ ÁLVAREZ, RAUL, “Supuestos de publicidad comparativa y publicidad excluyente en una guerra publicitaria: zumos Don Simón vs. Zumos Pascual (Resoluciones del Jurado de Autocontrol)”, *RCD*, 2/2008, LA LEY, Madrid, pp. 161 y ss.

⁶⁰ En este sentido el apartado 44 de la STJCE de 12 de junio de 2008, asunto C-533/06 (TJCE 2008, 130).

⁶¹ STS de 24 de febrero de 1997 (RJ 1997,1195).

⁶² Vid. <http://www.youtube.com/watch?v=PGBg5X7lnwo>.

⁶³ GALÁN CORONA, EDUARDO, últ. ob. cit., p. 11.

comparativa que trataremos más adelante, asunto sobre el que echa luz de manera crucial la sentencia del TJUE de 11 de julio de 2013⁶⁴ resolviendo que tanto el uso de una dirección web como la utilización de metatags en el código fuente de la página en la red pueden ser conductas incardinadas en el concepto de publicidad comparativa.

En *tercer lugar*, la referencia al competidor -aludido- también se contempla de forma amplia de manera coherente a los principios que subyacen a esta figura, esto es, no se entiende de manera restrictiva que la comparación sea sobre una empresa o profesional o uno de sus productos o servicios, en este sentido la regulación española deja entrever más abiertamente esta noción cuando señala que se requiere identificar a un competidor. En el contexto de una alusión implícita o explícita parece obvio que no importa el objeto de la comparación siempre que se pueda apreciar la comparación de modo objetivo por el destinatario. Asimismo, la jurisprudencia comunitaria principalmente en los casos “Toshiba” y “De Landtsheer Emmanuel”⁶⁵ defiende la interpretación amplia de la definición destacando en el último caso que la comparación puede abarcar un tipo de productos y no uno determinado mientras se pueda identificar al competidor⁶⁶, negando de forma palmaria la interpretación restrictiva del concepto. También clarifica en este sentido la SAP de Madrid, 981/2004, de 26 de octubre de 2004⁶⁷ donde se alegaba que la comparación era engañosa pues sólo hacía referencia a la tarifa básica del competidor omitiendo todo tipo de ofertas y tarifas especiales y de fidelización, en este sentido el Tribunal responde que este tipo de publicidad no exige una comparación exhaustiva de todos y cada uno de los caracteres del objeto de la comparación y ni tan sólo todas las esenciales⁶⁸, sin perjuicio de que en función del caso concreto se pueda apreciar que estemos, por este concreto comportamiento omitiendo la comparación sobre determinadas características, ante publicidad ilícita, por ejemplo, si constituye publicidad engañosa por omisión dando una imagen global errónea o incorrecta.

En *cuarto lugar*, actualmente en virtud del art. 3 LDC se relacionan los comportamientos desleales con la libre competencia, si sale adelante el Anteproyecto de

⁶⁴ Asunto C-657/11 (TJCE 2013, 198).

⁶⁵ Asuntos C-112/99 y C-381/05 respectivamente.

⁶⁶ GÓMEZ LOZANO, M^a DEL MAR, ob. cit., p. 258.

⁶⁷ AC 2005\176 (Telefónica c. Tele2), confirmada por ATS de 4 noviembre 2008 (JUR 2008\365854) que inadmite el recurso por defectos procesales sin entrar a valorar la materia sustantiva.

⁶⁸ V. g., MASSAGUER FUENTES, JOSÉ, ob. cit., p. 327.

Código Mercantil, esta relación se dará de inicio desde los principios generales concurrenciales que alcanzan tanto la corrección en el mercado como la defensa de la competencia, en este sentido la Exposición de Motivos de lo que sería el futuro texto se encarga de precisar esta relación cuando señala: «[...] *se extienden al ámbito de la defensa de la competencia lo anteriormente previsto en materia de competencia desleal sobre finalidad, incluida la prohibición de las conductas ilícitas que se determinarán en los Títulos siguientes [...]*».

Finalmente dada la sistemática del Texto en que se encuadra la conducta que estamos estudiando hay que mencionar su relación con la cláusula general del art. 4 LCD, «*Cláusula general [] 1. Se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe. [...]*», en efecto su dicción y título pueden llevar a interpretaciones de corte corporativista en las que cada precepto regule una actividad dañina para el mercado independientemente de la naturaleza del comportamiento del competidor y que en todo caso cuando se menoscabe la buena fe objetiva entendida como el comportamiento que se debe esperar de todos los que operan en el mercado estemos ante un comportamiento desleal. Pensamos que ésta interpretación no tiene sentido desde un punto de vista teleológico, así pues, no se trata de demonizar todo tipo de actuaciones que resulten incómodas para los competidores, se trata por tanto de diseñar un marco honesto entre empresarios, que además equilibre la posición de los consumidores con éstos, y que sea pro-competitivo, es por ello que las conductas de los participantes del mercado no han de vulnerar lo dispuesto en los supuestos articulados en clave de deslealtad⁶⁹, y en cualquier caso cumplido lo dispuesto para una determinada conducta es indiferente cualquier otro tipo de valoración concurrencial, en definitiva, el art. 4 LCD se relaciona con el resto de conductas de manera paritaria y así lo ha declarado el propio TS⁷⁰, esto implica que si bien la norma ha de ser flexible e intentar cubrir posibles futuros comportamientos desleales aún no conocidos a través de un tipo abierto basado en la buena fe objetiva, no estamos ante una cláusula concéntrica y más amplia que el resto de

⁶⁹ Aunque precisamente en el caso de los actos de comparación se trata de cumplir todos los requisitos enumerados en el art. 10 LCD para que sean lícitos, rompiendo la estructura de la Ley como señala GÓMEZ LOZANO, M^º DEL MAR, ob. cit., pp. 249 y ss.

⁷⁰ Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, ALBERTO, últ. ob. cit., p. 392 que señala una amplia nómina de sentencias en este sentido.

conductas desleales que pretenda cubrir actuaciones cercanas al resto de supuestos regulados, pero que no impliquen deslealtad por faltar alguno de los requisitos⁷¹ exigidos.

2.2.2.- El consumidor medio:

Para afrontar este punto hay que partir, como no puede ser de otra manera, de la STJCE de 16 de julio de 1998⁷² (*Gut Springenheide*), en un estado de la tutela consumerista en muchos aspectos aún incipiente, esta sentencia señala, si bien apoyada en doctrina anterior (FF 30 y 31), el consumidor de referencia para determinar si un acto, de un empresario o profesional, puede inducirle a error, esto es, el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz⁷³, sin ser estrictamente necesario un tratamiento pericial, siendo una cuestión por tanto que puede apreciar el Tribunal correspondiente en su sano arbitrio, entre otras cosas porque también son consumidores, en este sentido la SAP de Burgos, 129/2010, de 22 de marzo⁷⁴, acoge la definición otorgada por el TJCE y además señala «...*un consumidor medio (como por ejemplo yo misma que intenta buscar lo mejor para su familia) asocia el frío a la conservación de las características naturales o nutritivas del producto en mejores condiciones que otro que se comercializa en la estantería a temperatura ambiente...*».

Hoy día es un concepto actualmente recogido en el art. 4 párrafo segundo LCD, introducido por la Directiva 2005/29 que ya se preocupa de definirlo en su Considerando decimoctavo «...*está normalmente informado y es razonablemente atento y perspicaz, teniendo en cuenta los factores sociales, culturales y lingüísticos...*», y tipificarlo en su art. 5 como víctima de un comportamiento desleal, asimismo la Ley 29/2009 en su preámbulo se expresa en los mismos términos conceptuales.

Por lo demás no siempre estaremos ante conductas relevantes para el consumidor medio sino que en función de las circunstancias puedan afectar únicamente a un determinado rango de población por sus especiales características, para ello se tendrá en cuenta el miembro medio de ese concreto sector.

⁷¹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, ALBERTO, últ. ob. cit., p. 392.

⁷² Asunto C-210/96 (TJCE 1998, 174)

⁷³ Vid. v. g. MARTÍN ARESTI, PILAR, “Consumidor, marcas y publicidad”, en AA.VV. (dir./coord. MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, ÁNGEL), *Marca y publicidad comercial. Un enfoque interdisciplinar*, LA LEY, Madrid, 2009.

⁷⁴ AC 2010, 364.

Sin embargo, por otra parte, puede haber determinadas promociones o conductas hacia consumidores que por su especialización no sean susceptibles de ser tratados así, pues su grado de conocimiento en ese ámbito es amplio y similar. Igualmente pensando en destinatarios más allá de los consumidores y usuarios, se difumina este concepto medio, pues es viable que por su nivel de profesionalización no requieran un trato, de algún modo, estadístico.

2.3.- Condiciones de utilización:

Seguidamente examinaremos las condiciones de licitud, pero básicamente para que la publicidad comparativa sea leal requiere:

- que se comparen elementos objetivos, pudiendo incluirse el precio aunque como es sabido es un dato variable, además en relación a dicho elemento de comparación se plantea otro problema como es determinar la comparación entre gamas de productos o precios medios,
- los productos comparados deben ser sustitutivos objetivamente considerados.

Indagando en la redundante regulación que supone el art. 10 LCD, resulta palmario que los requisitos expuestos en los apartados a) y b) no son sino actuaciones concretas de actos de engaño o denigración según el caso. En efecto, al comparar bienes que no satisfagan la misma finalidad estaríamos cuanto menos ante información que aun siendo veraz por su contenido o presentación puede llevar a caer en un error a los destinatarios de la misma, en función de la hostilidad de la actuación del empresario comparador, pudiendo llegar a suponer un acto de omisión engañosa; en el caso del segundo requisito de licitud su vulneración podría implicar además una conducta de corte denigratorio. Igualmente el apartado c) sería un supuesto específico de engaño, y dentro del párrafo d) podrían darse actos de imitación, denigración y explotación de la reputación ajena⁷⁵. Aunque si bien, como expondremos posteriormente, cuando hablamos del apartado e) su posible vulneración implicaría enjuiciar su licitud conforme al supuesto de hecho expuesto en los artículos a los que se refiere, por la propia remisión, pero además en coherencia con la doctrina sobre el fraude de ley. Lo cual no sería la opción en los supuestos desarrollados en el propio art. 10 LCD en los cuatro apartados anteriores (a-d),

⁷⁵ V.g. GÓMEZ LOZANO, M^a DEL MAR, ob. cit., p. 265.

si bien podemos defender como ya se ha señalado que su actuación es una concreción más de otras conductas normadas en un nivel superior de abstracción⁷⁶, su dicción y concreción implica que debiéramos resolver los posibles litigios en la propia esfera del art. 10 LCD⁷⁷.

Relacionando las ventajas que puede aportar la publicidad comparativa con estas condiciones para que sean efectivas, el Jurado de Autocontrol ha señalado de manera coherente a las ideas expuestas en el epígrafe anterior que «[...] A través de estos requisitos, en primer término, se pretende asegurar la transmisión al consumidor de una información objetiva y veraz. Y, además, se pretenden también tutelar los legítimos intereses de los competidores aludidos en la comparación, de modo que éstos sólo se vean sacrificados cuando, a través del cumplimiento de ciertos requisitos, se asegure la utilidad de la información transmitida a través de las comparaciones publicitarias. [...]»⁷⁸. Por ello se ha entendido que la interpretación de los requisitos de licitud ha de ser lo más favorable posible a este tipo de comportamiento concurrencial por sus efectos favorables en los consumidores y la competencia. Esto implica, por un lado, como señala el art. 8 de la Directiva 2006/114 que la comparación no podrá ser gravada por los Estados miembros, esto es, al transponer no se podrá otorgar una protección más amplia de *los comerciantes y los competidores* lo que ha llevado por parte de la doctrina a calificar el texto como una Directiva de máximos. Por otra parte implica que los requisitos relativos a los parámetros de comparación han de ser interpretados de manera flexible⁷⁹, parece que los tribunales siempre que puedan encontrar una interpretación conforme al resto de principios que regulan la competencia desleal que dé viabilidad a la actuación sería la que

⁷⁶ Vid. v. g. MASSAGUER FUENTES, JOSÉ, ob. cit., p. 315.

⁷⁷ En este sentido se presenta perfectamente válida la siguiente afirmación del Jurado de la Publicidad en Resolución de Pleno de 13/05/2011, -Asunto: GlaxoSmithKline Consumer Healthcare, S.A. vs. Colgate Palmolive España, S.A. “Colgate Sensitive Pro-Alivio”-:«*Del contenido de los fundamentos que acabamos de reproducir se desprende con claridad y sin duda alguna que la Sección –como reclama la recurrente- ya examinó la alegación “elige el dentífrico más eficaz contra la sensibilidad” a la luz del principio de veracidad. Y lo hizo como corresponde en un caso de publicidad comparativa como el que nos ocupa: aplicando la norma especial (artículo 22), que ya reitera de manera específica para la publicidad comparativa la exigencia general de veracidad que para cualquier mensaje publicitario recoge la norma general (artículo 14 del Código de Conducta). De suerte que el análisis de aquella expresión a la luz de la norma 22 del Código de Conducta hace innecesario y reiterativo un ulterior análisis de la misma a la luz de la norma 14.*»

⁷⁸ Resolución del Pleno del Jurado de Autocontrol de 3/03/2011, -Asunto: El Corte Inglés, S.A. vs. Media Markt Saturn Admón. España, S.A.U. “¿Sabes qué es lo único que no tenemos en televisores? ¡Competencia!”, Fundamento deontológico (FD) 2

⁷⁹ ORTUÑO BAEZA, M^a TERESA, últ. ob. cit., p. 360.

prime. En este sentido, cabe señalar que el legislador español podría haberse excedido del mandato comunitario al incluir figuras no expresamente previstas en la normativa europea en relación a los productos de calidad, en sentido contrario, en Alemania no se ha incluido esta concreción en relación a las denominaciones de origen⁸⁰, si bien en este último caso no parece que haya problema en aceptarlo teniendo presente que no se está otorgando una protección más amplia a los comerciantes y competidores (lo cual llama más la atención si pensamos que Alemania precisamente era uno de los países donde este comportamiento estaba prohibido), más al contrario, se están favoreciendo más los actos de comparación independientemente de que en algunas circunstancias comportamientos de este tipo puedan ser considerados engañosos, tampoco se desprende de ningún precepto o considerando de la Directiva que ésta pretenda una armonización completa sino, más bien, se busca el favorecimiento de estas conductas siempre que no sean desleales aunque los competidores tengan que soportar actuaciones molestas de sus homólogos.

Estos requisitos de licitud, o condiciones de utilización, se han clasificado de diversas formas por la doctrina⁸¹, prefiriéndose la clasificación de TATO PLAZA, que abrirá los sub-epígrafes siguientes, por resultar más intuitiva sin menoscabo del resto. No obstante, comparto con GÓMEZ LOZANO que al menos en nuestro ordenamiento, como ya se ha señalado, no son sino especificaciones de otras conductas genéricas recogidas en la LCD señaladas además como último requisito del propio art. 10 del Texto citado. Lo cual no es óbice por otra parte para que no podamos clasificarlas en aras de una mejor comprensión y sistematización, y además es algo perfectamente lógico teniendo en cuenta que nuestro legislador al margen de los actos de comparación ha pretendido abarcar de forma general todas las conductas ilícitas en el mercado. En este sentido, entendemos que no sería deseable que entre las condiciones de utilización hubiera especificaciones que no fueran actos desleales pues se correría el claro peligro de corporativizar de nuevo, al menos en relación a esta conducta la regulación, pues, en el estado actual de la regulación concurrencial, difícilmente añadiendo más requisitos de licitud que no supongan conductas incorrectas en el tráfico se beneficiarían tanto el consumidor como el interés general.

⁸⁰ ORTUÑO BAEZA, M^a TERESA, últ. ob. cit., p. 357 señala que el § 6 Gesetz gegen unlauteren no hace referencia a la misma.

⁸¹ Otra similar a la escogida con diferente nomenclatura pero idéntica en la sustancia en ORTUÑO BAEZA, M^a TERESA, últ. ob. cit., pp. 347 y ss.

Por otra parte, puesto que se trata de tipificar una conducta que per se sería libre mientras no fuese incorrecta, dado que en el ámbito de la UE la regulación de los Estados Miembros no era armoniosa y con el ánimo de otorgar seguridad jurídica a los competidores, la delimitación de la conducta exige que se cumplan todas y cada una de las concreciones de comportamientos desleales expresadas en la norma, así lo señala por ejemplo en su apartado 67 la STJCE de 18 de junio de 2009⁸².

Antes de entrar en el análisis detallado de los distintos apartados del art. 4 de la Directiva 2006/114, que no olvidemos consolida la Directiva 84/450 tras las modificaciones operadas por la Directiva 97/55 y la Directiva 2005/29, y art. 10 LCD, cabe preguntarse si la veracidad de las afirmaciones publicitarias es un elemento constitutivo de la publicidad comparativa o requisito de su licitud. Parte de la doctrina ha afirmado que además de la referencia conjunta entre dos objetos (en el sentido amplio de la palabra) del mismo género, uno propio y otro extraño para compararlos y mostrar las ventajas del primero, la veracidad del contenido publicitario es un elemento definitorio de esta conducta. TATO PLAZA⁸³ ya defendió este elemento como requisito de licitud y no dentro de su concepción, hoy es más que nunca aceptable esta apreciación dada la noción legal que manejamos donde prácticamente todo lo que implique una identificación de otro empresario o profesional cabe y tan sólo las condiciones de uso de la figura son las que permiten concretar de manera más bien amplia la delimitación de la figura, por tanto aquel acto publicitario que relativice los productos propios frente a los ajenos sobre datos que no son verdad es publicidad comparativa, si bien devendrá ilícita por su carácter engañoso. En este sentido, en el desarrollo de las disposiciones relativas a las condiciones de uso, el acto de comparación deberá ser verificable y además no puede ser engañoso.

2.3.1.- Requisitos relativos al objeto de la comparación:

A.- La publicidad comparativa es lícita cuando «*compare bienes o servicios que satisfagan las mismas necesidades o tengan la misma finalidad*». En relación con este art. 4.b) Directiva 2006/114 -art. 10.a) LCD-, gráficamente TATO PLAZA⁸⁴ expresaba que

⁸² Asunto C-487/07 (TJCE 2009, 191).

⁸³ “Concepto de publicidad comparativa”, *La publicidad comparativa*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 40-41.

⁸⁴ Últ. ob. cit., p. 227.

no sería posible comparar flores con bombones⁸⁵ como objetos de regalo puesto que son productos que no pertenecen a un mismo género, es decir, no son homogéneos, algo ya puramente intuitivo, sin que sea necesaria por otra parte la identidad en el objeto de la comparación, parece obvio que no tiene sentido pretender comparar un ladrillo con una viga aunque ambos se destinen a la construcción ya que cada cual tiene su finalidad en la obra, así, la finalidad de los bombones y flores, será normal y respectivamente saborearlos y decorar. En este sentido, el TJUE (caso Lidl), en sentencia de 18 de noviembre de 2010⁸⁶ ha expresado la licitud de comparar productos alimenticios independientemente del amplio grado de subjetividad que ostentan en el consumidor, de otro modo habrían de ser para ello idénticos. Además, reduciendo a lo absurdo cualquier producto o servicio en el mercado puede ser destinado como regalo, por tanto, no podemos compartir los criterios subjetivos que dan por cumplido este requisito con que al consumidor le resulten intercambiables los productos comparados. Tal nivel de subjetividad puede traer además problemas de otra índole con respecto a los requisitos de licitud según qué intereses se protejan en la premisa que da lugar a la regulación concurrencial⁸⁷, aunque bien es cierto que cumplido este requisito no implica la licitud de la conducta, y que conforme a esta visión subjetiva el filtro vendría determinado por el requisito relativo a los parámetros de comparación que supone que la relativización de los productos ha de ser objetiva y verificable⁸⁸. Por tanto, se trata de que sean productos objetiva y «suficientemente intercambiables» como expresó el Tribunal de Justicia en la sentencia de 18 de noviembre de 2010⁸⁹ mencionada, en este sentido los productos también tendrán, en función de las circunstancias y objeto de la comparación, que corresponder a la misma gama, no siendo en ciertos casos suficiente que pertenezcan al mismo género⁹⁰, pues resulta palmario que hay productos de marca blanca a precios asequibles difícilmente comparables con sus homólogos marcados de características notablemente superiores. En este asunto que

⁸⁵ Otra cuestión distinta es la relativa al ámbito de aplicación subjetivo de la LCD que no requiere una relación de competencia entre los sujetos activo y pasivo como señala el art. 3.2 del citado Texto, no obstante, aunque parece ya superado, se ha defendido la sustituibilidad, en contraposición a la homogeneidad, de estos productos a la hora de valorar si estamos ante un supuesto de publicidad comparativa.

⁸⁶ Asunto C-159/09.

⁸⁷ Vid. infra 4.2 (pp. 75 y ss.)

⁸⁸ ORTUÑO BAEZA, M^a TERESA, últ. ob. cit., p. 355.

⁸⁹ Vid. DOMÍNGUEZ PÉREZ, EVA M^a, "Problemática de la publicidad comparativa a través del factor "precio" y de la "selección de productos de una gama o serie": A propósito de la sentencia TJCE de 18 de noviembre de 2010, asunto "Lidl SNC contra Vierzon Distribution SA", *RCD*, 10/2012, LA LEY, Madrid, pp. 185-206.

⁹⁰ Vid. DOMÍNGUEZ PÉREZ, EVA M^a, últ. ob. cit., p. 196.

enfrenta a Lidl contra Vierzon, el primero demanda al segundo porque cuando sale el ticket de caja, de un cliente, del ordenador, automáticamente en la parte inferior del mismo se destaca una alusión que pone de manifiesto lo que se ha ahorrado al no haber hecho esa compra en Lidl, según ésta es publicidad comparativa desleal y engañosa, señala que se están comparando en esa información productos que no son análogos, como el precio de un artículo de marca blanca con el de una marca renombrada; el segundo argumento que apunta Lidl es que los precios no son exactamente como dice el ticket, no se ajustan a la realidad porque han cambiado y, por tanto, eso da lugar a un engaño. El Tribunal de Justicia resuelve que efectivamente se pueden comparar gamas o series de productos pero no así, se han de presentar los productos exactamente confrontados siendo de la misma gama (marca blanca con marca blanca).

No obstante aquí habría que puntualizar respecto a la doctrina expuesta para los productos distinguidos con garantías de calidad del apartado e) de la Directiva, c) en la LCD, puesto que como se expondrá en el párrafo siguiente no siempre estará prohibido para el producto que no goce de denominación de origen ejercer una comparación con el que sí la tiene, habrá que estar a las circunstancias, doctrina perfectamente predicable en este caso en el que dependerá más bien de cómo y bajo qué condiciones se presente la comparación, teniendo en cuenta además que esta necesidad de que el objeto de la comparación tenga la misma finalidad que el comparado es origen de la regulación comparativa sobre los productos con denominación de origen⁹¹.

B.- Con respecto al requisito relativo a que la comparación se refiera, «*en productos con denominación de origen, a productos con la misma denominación*», se ha entendido dentro de la clasificación realizada por TATO PLAZA como un supuesto específico respecto al objeto de la comparación y así ha sido entendido por gran parte de la doctrina entre los que cabe incluir al Abogado General MENGOZZI⁹², se discute la posibilidad de que el legislador español al transponer se haya excedido dado que estamos ante una directiva de máximos en virtud del art. 8 de la misma⁹³, otorgando idéntica regulación de licitud específica a figuras que no están expresadas en la norma europea, esto es, indicaciones geográficas, denominaciones específicas o especialidades

⁹¹ GÓMEZ LOZANO, M^a DE MAR, ob. cit., p. 267.

⁹² Conclusiones del Abogado General en la STJCE de 19 de abril de 2007 (C-381-05).

⁹³ En relación a este problema v. g. GÓMEZ LOZANO, M^a DEL MAR, ob. cit., pp. 269 y ss.

tradicionales garantizadas, parece que buscando apoyo en el considerando decimosegundo de la Directiva 2006/114/CE⁹⁴ tampoco habría demasiado problema en admitir la transposición de nuestro legislador en orden a una interpretación global del Texto, pues ahí se admite literalmente la protección de las indicaciones geográficas registradas de los actos de sus competidores y da pie a la tutela analógica de otros distintivos de calidad en el sector agrícola⁹⁵, como serían las denominaciones específicas o especialidades tradicionales garantizadas en orden a esa especial motivación de la Unión en proteger la vida rural y su producción agrícola, en este sentido la adaptación alemana que prescinde de este requisito tampoco habría problema en admitirse como ya he señalado anteriormente, además porque la protección de los productos amparados bajo estos distintivos se puede hallar en el resto de requisitos o incluso en última instancia no habría por qué pensar que la regulación de la publicidad comparativa sirva para vulnerar las disposiciones aplicables a la tutela de los productos denominados originalmente (como también se verá posteriormente al hablar de la relación con el Derecho marcario), lo cual deja, aunque no haya mayor problema en aceptarla, igualmente fútil la mayor redacción de la transposición española. Aunque en torno a la jurisprudencia comunitaria sobre este requisito cabría preguntarse si en realidad supone una mayor tutela para estos productos de calidad o una limitación a la comparación para los mismos.

Por este motivo merece la pena mencionar la STJCE de 19 de abril de 2007⁹⁶ donde el órgano jurisdiccional señala que su literalidad es absoluta cuando el comparador está adscrito a una denominación de origen, pero habrá que estar al caso concreto cuando quien pretenda comparar sea un empresario no vinculado a ninguna garantía de calidad de este tipo y por tanto, en esta última situación no se puede preconizar su ilicitud en todo caso, esto es así, según el Tribunal, teniendo en cuenta los objetivos de la Directiva (de 1984 reformada por la de 1997), el órgano jurisdiccional, al contrario que su Abogado General, parece desmarcarse del entendimiento de esta regulación como una concreción

⁹⁴ Considerando que se encontraba con la misma numeración en la Directiva 1997/55 que modificó la Directiva 1984/450 y que supuso la reforma de la LGP en este sentido introduciendo el art. 6 bis relativo a la publicidad comparativa, en dicha reforma ya se introdujo este supuesto específico en relación a las denominaciones de origen, indicaciones geográficas, denominaciones específicas y especialidades tradicionales garantizadas.

⁹⁵ Dice literalmente: «(12) Considerando que estas condiciones deben incluir, en particular, la observancia de las disposiciones resultantes del Reglamento (CEE) n° 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 y, en particular, de su artículo 13, así como las demás disposiciones comunitarias adoptadas en el sector agrícola;»

⁹⁶ Asunto C-381-05.

del requisito de homogeneidad de la comparación⁹⁷, pues no se predica de manera simétrica, dejando la figura como un supuesto específico para productos de calidad⁹⁸ que sin embargo no habría problema de entender como una especificación de actos de engaño, y sin perjuicio de que al compararse un empresario con productos amparados bajo alguna de estas garantías de calidad, en clave interna, se vulnera algún otro requisito de licitud, especialmente por aprovechamiento indebido de la reputación ajena. En definitiva, lo que viene a señalar la sentencia es que este requisito no es un compartimento estanco dentro del precepto y por tanto hay que relacionarlo con el resto, en concreto con el apartado f) del mismo artículo, pues si entendemos que la condición es simétrica, es decir, que se predique igualmente cuando quien compara ostenta denominación como cuando quien compara no la tiene, se estaría vaciando de contenido el citado apartado que señala que no se puede obtener una ventaja indebida de las denominaciones de origen de productos competidores.

2.3.2.- Requisitos relativos a los parámetros de comparación:

La figura que es objeto de nuestro estudio también deberá comparar *«de modo objetivo una o más características esenciales, pertinentes, verificables y representativas de dichos bienes y servicios, entre las que podrá incluirse el precio»*, art. 4.b) de la Directiva, 10.b) LCD, a sensu contrario no podrán compararse aspectos irrelevantes y de tal carga subjetiva que no permitan la prueba⁹⁹, lo cual es plenamente coherente con la tesis en este trabajo expuesta en relación a la labor legislativa de optar por especificaciones de conductas desleales que den seguridad jurídica y sean tendentes a la elección óptima. En cuanto a *la prueba*, además, en coherencia con la LEC¹⁰⁰, aunque este trabajo no alcanza a aspectos procesales cabe mencionar en este apartado lo dispuesto en el art. 217.4 LEC: *«En los procesos sobre competencia desleal y sobre publicidad ilícita corresponderá al demandado la carga de la prueba de la exactitud y veracidad de las indicaciones y manifestaciones realizadas y de los datos materiales que la publicidad exprese, respectivamente.»*, en relación con el considerando 19 de la Directiva 2006/114, que señala la necesidad de otorgar a los tribunales o autoridades administrativas la

⁹⁷ ORTUÑO BAEZA, M^a TERESA, últ. ob. cit., p. 358.

⁹⁸ GÓMEZ LOZANO, M^a DEL MAR, ob. cit. pp. 269 y ss.

⁹⁹ GÓMEZ LOZANO, M^a DEL MAR, ob. cit., p. 268.

¹⁰⁰ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

capacidad de exigir a los competidores la prueba de la exactitud de las afirmaciones de hecho realizadas, lo cual queda expuesto en su art. 7.

Se estima que la publicidad comparativa cuando compara aspectos esenciales, pertinentes, verificables y representativos es una forma lícita de informar a los consumidores de las bondades del comparador respecto al comparado. El problema que se plantea con algún elemento comparativo como el precio que es, a priori, el parámetro de comparación más problemático¹⁰¹, es que es un elemento objetivo, pero puede variar, aunque por otra parte es un parámetro competitivo de primer orden y por tanto tiene todo el sentido del mundo incluirlo, además es obvio que no todos los productos y servicios que se ofrecen en el mercado tienen la misma sensibilidad a las variaciones de precio, así mientras que en un supermercado las oscilaciones son frecuentes, es difícil que una sala de cine varíe el importe de los pases habitualmente, por tanto, para según qué comparaciones se quieran realizar los operadores habrán de cuidarse de no hacerlo de manera engañosa, se puede ver cómo en algunos hipermercados en la estantería sitúan junto al precio de venta propio el de las marcas blancas de otros establecimientos. En principio no se podría demandar si el precio del competidor que indica es exacto, el problema es que éstos cambian y en las referencias colocadas en los estantes han de cuidarse de que es el precio a día de hoy y modificarlo cuantas veces sea necesario.

En definitiva, deberán ser esenciales, no irrelevantes, con respecto a la satisfacción de necesidades o finalidad de los productos o servicios; pertinentes, es decir, que afecten a la elección óptima al hilo de lo expuesto en la introducción de este trabajo, en este sentido no se ha considerado como tal, SAP de Barcelona de 14 de enero de 2003¹⁰², por no ser relevante para tomar una decisión en el mercado con sujeción en el principio de competencia basada en la eficiencia de las propias prestaciones¹⁰³, una publicidad comparativa en relación a los hábitos de un empresario o profesional que señala la existencia de un expediente sancionador al mismo por vulnerar las normas del Consejo Regulador de su denominación de origen, si bien es cierto que en este caso corrigiendo la decisión del juzgado de primera instancia; verificables, que puedan ser comprobables lo cual lleva implícito inevitablemente un componente de veracidad, aunque ya se exprese

¹⁰¹ Vid. DOMÍNGUEZ PÉREZ, EVA M^a, últ. ob. cit., p. 192.

¹⁰² JUR 2004, 14172.

¹⁰³ Vid. v. g. MARTÍN ARESTI, PILAR, "Consumidor, marcas y publicidad", en AA.VV. (dir./coord. MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, ÁNGEL), *Marca y publicidad comercial. Un enfoque interdisciplinar*, LA LEY, Madrid, 2009.

de forma independiente la prohibición de la publicidad comparativa engañosa¹⁰⁴, parece que para poder comprobar satisfactoriamente cualquier afirmación de hecho ésta deberá ser exacta y verdadera; y representativas, esto es, características que expresen la sustancia de lo comparado.

2.3.3.- Requisitos relativos al contenido de la comparación:

A.- La publicidad comparativa también deberá comparar de manera «*que no desacredite ni denigre las marcas, nombres comerciales, otros signos distintivos, bienes servicios, actividades o circunstancias de algún competidor*», art. 4.d) de la Directiva 2006/114, que en nuestro Derecho nacional se ha reconducido a través del apartado e) del art. 10 LCD, parece que por resultar obvia esta especificación con respecto a la conducta general denigratoria. En este sentido, en el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil tampoco se contempla, por este motivo como ha señalado ya alguna sentencia con respecto al antiguo art. 10.2 LCD que decía «*Se reputa también desleal la comparación que contravenga lo establecido por los artículos 7 y 9 en materia de prácticas engañosas y denigrantes.*», pero perfectamente trasladable a la redacción actual, el hecho de que al haber una remisión expresa al art. 9 el control de licitud se haga conforme a los parámetros establecidos en este último precepto¹⁰⁵, en el citado Anteproyecto no hay remisión expresa conforme al número de artículo en el previsiblemente futuro art. 322-8.2 del Código Mercantil, lo cual no implica el menoscabo de esta doctrina por cuanto el precepto se remite a lo expuesto en el Código respecto a los distintos tipos de actos, en cualquier caso, como ya se ha reiterado, ninguna comparación debería poder vulnerar el resto de comportamientos leales.

De manera que toda publicidad comparativa trae consigo cierta denigración en el competidor¹⁰⁶, lo que pasa es que a veces esa denigración es innecesaria, es todo casuístico y de ahí que este requisito sea uno de los más referidos en los tribunales, así como en el Jurado de Autocontrol como veremos posteriormente.

¹⁰⁴ Vid. nota 77.

¹⁰⁵ Entre otras SAP de Barcelona de 18 de febrero de 2004, FJ tercero (AC 2004, 894).

¹⁰⁶ Vid. DOMÍNGUEZ PÉREZ, EVA MARÍA, “De nuevo sobre la publicidad comparativa (comentario a la Sentencia de la AP de Álava de 22 de febrero de 2000, caso Guiaraba)”, *ADI*, 22/2001, Marcial Pons, Madrid, pp. 547-564.

Por otra parte, hay que señalar que el hecho de que la comparación se haga de modo objetivo es, a todas luces un requisito, aunque implícito al resto de condiciones, relativo al contenido de la comparación¹⁰⁷, si bien ha sido expuesto junto con los parámetros por hacer la clasificación lo menos compleja posible.

B.- Se ha incluido dentro del grupo de requisitos relativos al objeto de la comparación el recogido en el art. 4.g de la Directiva, «*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*», 10.d) LCD, podría ser, en nuestra opinión, más bien un requisito relativo al contenido de la comparación pues aunque se refiere al objeto lo hace desde el punto de vista de la presentación publicitaria, es decir, desde el contenido del mensaje. En relación a este aspecto el TJCE ha señalado que se aplica a todo tipo de imitación o réplica y no exclusivamente a la falsificación teniendo en cuenta además que no ha de ser expresa (perfume aroma Channel), en orden al propio tenor literal del precepto, sino que caben aquellas promociones que sean idóneas para transmitir la idea a los consumidores, cualquiera que sea la extensión de la imitación, es decir, de la totalidad del producto o parcialmente¹⁰⁸.

C.- Los apartados f) y h) de la Directiva señalan respectivamente que la comparación no puede obtener «*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*»; tampoco puede dar «*lugar a confusión entre los comerciantes, 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*», en el art. 10.e) LCD se hace alusión a la tutela de la reputación ajena evitando su explotación.

Cabe preguntarse si el uso de la marca ajena en la publicidad comparativa, ¿es un límite al derecho exclusivo o sencillamente si se dan las condiciones de licitud del acto comparativo no habría infracción marcaria?¹⁰⁹, parece que si se considera límite el uso en publicidad comparativa ilícita igualmente estaría permitido y por tanto la protección de

¹⁰⁷ Vid. MASSAGUER FUENTES, JOSÉ, ob. cit., pp. 328 y ss.

¹⁰⁸ STJCE de 18 de junio de 2009 (asunto C-487/07). Apartados 73, 75 y 76.

¹⁰⁹ Vid. v. g. MARTÍN ARESTI, PILAR, “Consumidor, marcas y publicidad”, en AA.VV. (dir./coord. MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, ÁNGEL), *Marca y publicidad comercial. Un enfoque interdisciplinar*, LA LEY, Madrid, 2009.

la marca sólo podría tutelarse por el Derecho marcario, sin perjuicio de que además la publicidad sea desleal. El considerando 15 de la Directiva 2006/114 señala 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.», por tanto más que un límite parece presentarse una coordinación entre ambos textos¹¹⁰ de manera que la licitud de uno implica necesariamente la no vulneración del otro, parece claro por las condiciones que estamos examinando que un uso de publicidad comparativa lícito no vulneraría ninguna de las funciones de la marca, consideramos que esta es la interpretación deseable pues en este sentido parece que ya no basta con alegar que se trata de un uso descriptivo y no a título de marca¹¹¹ de acuerdo con la jurisprudencia en la materia¹¹², en este sentido, además, cabe señalar la distinta regulación del ejercicio del ius prohibendi del antiguo art. 31 de la derogada Ley 32/1988, de 10 de noviembre, de Marcas que hacía específicamente referencia a la posibilidad de ejercitarlo si el uso del signo idéntico o semejante era utilizado «para distinguir productos o servicios idénticos o similares»¹¹³, referencia que ya no existe en el actual art. 34 de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas.

Las SSTJCE en los casos L'Oréal y O2¹¹⁴ dan las pautas en este sentido. En el primer caso se enumeran incluso los requisitos del uso de la marca en la publicidad comparativa en relación con el resto de condiciones de licitud del art. 4 de la Directiva 2006/114, esto es, que no genere confusión, no denigre la marca, no extraiga indebida ventaja de la reputación ajena, y no presente un producto como imitación o réplica de otro

¹¹⁰ Vid. CURTO POLO MERCEDES, "1814. SENTENCIA DE 17 DE MAYO DE 2004: Acumulación de protecciones otorgadas por la Ley de Marcas y la Ley de Competencia Desleal. Inexistencia de infracción de marca. Uso del signo sin fines distintivos. Inexistencia de actuación desleal susceptible de provocar la confusión o el aprovechamiento indebido de la reputación ajena. Inexistencia de imitación desleal", *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, 68/2005, Civitas, Pamplona, p. 591.

¹¹¹ Vid. ORTUÑO BAEZA, M^a TERESA, "La marca en la comparación publicitaria", en AA. VV. (dir./coord. MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, ÁNGEL), *Marca y publicidad comercial. Un enfoque interdisciplinar*, LA LEY, Madrid, 2009.

¹¹² En lo referente a marcas renombradas, y cuando se trate de cualquier signo idéntico a la marca para productos o servicios idénticos a aquellos para los que la marca esté registrada; no así en el caso de cualquier signo que, por ser idéntico o similar a la marca y por ser idénticos o similares los productos o servicios designados por la marca y el signo, implique un riesgo de confusión por parte del público, en cuyo caso el riesgo de confusión exige la posibilidad de un perjuicio para la función esencial de la marca. STJCE de 18 de junio de 2009 (L'Oréal), asunto C-487/07, apartados 59 a 65.

¹¹³ Vid. CURTO POLO MERCEDES, ob. cit., p. 595.

¹¹⁴ C-487/07 y C-533/06 respectivamente.

marcado. En ambas resoluciones se entiende que el uso de la marca es un uso para producto y servicios, y por tanto de acuerdo con la Directiva de marcas¹¹⁵ el titular del derecho exclusivo lo podría prohibir, no será así en este caso cuando se cumplan los requisitos de licitud, en relación a marcas similares el riesgo de confusión contenido en el art. 5.1.b) de la Directiva de marcas y el art. 4.h) es el mismo, y por tanto si examinado el art. 5.1.b) se dan las condiciones para prohibir su uso la publicidad comparativa no será lícita, lo cual no implica necesariamente que el ius prohibendi se equipare a la ilicitud de la comparación, en efecto, el titular del derecho sólo podrá ejercer su uso exclusivo conforme a la legislación marcaria y como ya se ha dicho la publicidad comparativa no parece tratarse de un límite. En caso de signos idénticos para productos o servicios idénticos, para marcas renombradas basta que el uso de la marca por tercero comporte una ventaja desleal, lo cual tiene su imagen especular en las condiciones de licitud de la publicidad comparativa, por tanto creemos que una interpretación coherente ya para el caso de signos idénticos y mercaderías idénticas implicaría necesariamente que la comparación lícita no vulnera funciones de la marca¹¹⁶ (de otro modo habría que establecer los requisitos de coordinación de ambos textos, lo cual no parece deseable a la luz de los objetivos de la regulación de la publicidad comparativa cuya licitud no debería ser alterada por factores exógenos), y por tanto si es ilícita podría prohibirse¹¹⁷, aunque en este caso habría que examinar si conforme al Derecho marcario por vulnerar alguna función del signo distintivo, o por el Derecho de la competencia desleal en caso de no hacerlo¹¹⁸.

Este requisito referido a la no obtención de ventaja indebida de la reputación de un signo distintivo ajeno, prohíbe de facto la publicidad comparativa cuando quien compara es una marca desconocida en el mercado sobre otro producto que goza de notoriedad o renombre, si en el mismo mercado existen otras marcas asentadas que al menos en la característica o características comparadas presenten inferioridad con respecto a la comparación del anunciante. La propia conducta per se parece que implica aprovechamiento, pero se puede hacer una interpretación correctora y así ha sido por parte del Tribunal de Justicia europeo otorgando una lectura económico-finalista: “un

¹¹⁵ En su versión codificada DIRECTIVA 2008/95/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 22 de octubre de 2008 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas.

¹¹⁶ Vid. MASSAGUER FUENTES, JOSÉ, ob. cit., p. 332.

¹¹⁷ ORTUÑO BAEZA, M^ª TERESA, últ. ob. cit.

¹¹⁸ Vid. CURTO POLO, MERCEDES, ob. cit., pp. 590 y ss.

anunciante no obtiene una ventaja indebida de la reputación de los signos distintivos de un competidor, cuando la referencia a los mismos es necesaria para una competencia efectiva en el mercado” (STJCE 23/02/2006: Caso Siemens AG).

El caso Toshiba resulta relevante en este aspecto, como ya se ha apuntado las condiciones de comparación han de ser interpretadas de manera flexible, así lo hace el tribunal en este asunto, y por tanto no toda publicidad adhesiva como especie de la publicidad comparativa debido a la concepción de esta última por el legislador sería ilícita, no toda equiparación por tanto resulta una indebida explotación de la reputación ajena, lo cual únicamente sucedería en el caso de que el público asocie al comparador con el comparado de modo que la reputación del último se trasladara al primero, para apreciar esta situación habrá que tener en cuenta todas las circunstancias en las que se da la publicidad, en especial la presentación de sendos signos distintivos.

2.4.- El apartado e) del art. 10 LCD y la tutela del consumidor:

Desde luego no resultaría necesaria la remisión a otros preceptos de la LCD, así el art. 6.4 CC señala que *«los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir»*, en efecto, mediante la aplicación de la doctrina del fraude de ley no podríamos realizar una comparación pública ni si quiera mediante publicidad que supusiera simultáneamente la realización de otro acto prohibido por el ordenamiento.

Además teniendo presente la máxima, principio general incluso, extendidamente aceptada en los Ordenamientos democráticos y sociales a modo de aforismo que permite que los particulares actúen a su arbitrio siempre que tal conducta no esté interdicha, esto es *«permissum videtur in omne, quod non prohibitum»* (está permitido todo lo que no está prohibido) *como regla inspiradora de todo el Derecho privado de indudable raigambre constitucional*¹¹⁹. Si nuestra regulación concurrencial no recogiera la figura, ya sea prohibiendo o delimitando, que estamos estudiando, no habría motivos para impedir que

¹¹⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, JAVIER, “¿Cabe formula una OPA bajo condición? A propósito de una polémica reciente” *Diario La Ley (Sección doctrina)*, Ref. D-133, tomo 4 (2000), LA LEY, Madrid.

los participantes en el mercado la llevaran a cabo, pero como es lógico y en virtud igualmente del principio mencionado no podrían con ello ejecutar actuaciones desleales, en este sentido razones de seguridad jurídica para competidores, ya sea a nivel interno, para evitar que la jurisprudencia cargue con el peso de delimitar los requisitos, o europeo, en aras de armonizar para mejor funcionamiento del mercado interior; e incluso de interés general como se ha expuesto anteriormente también en beneficio del ciudadano-consumidor, llevan a tipificar la figura estableciendo unos requisitos de licitud configurados entre otras cosas hacia un comportamiento óptimo también en la elección, especificando algunos de los comportamientos prohibidos con carácter general.

Sin embargo, la referencia a otros comportamientos establecidos en la Ley del apartado e) parece innecesaria¹²⁰, puede ser un problema de transposición. La normativa concurrencial no tiene un nivel de armonización aceptable para la sana competencia del mercado común y en este sentido es lógico que el legislador comunitario remarque determinadas situaciones (engaño o denigración), que debe relacionar con la publicidad comparativa equilibrando intereses jurídicos con el fin de que ésta sea lícita, pero pensando en clave de Derecho nacional no parece necesario hacer referencia a comportamientos que ya sabemos que son desleales y sobre los que no se señala ninguna excepción a su ilicitud, ¿o acaso un acto de imitación, por ejemplo, que es conforme de acuerdo con lo establecido en el art. 11 LCD, pero que supone un acto de engaño en virtud los preceptos que regulan esta práctica en la LCD seguiría siendo permitido? La comparación pública, según la jurisprudencia, debe superar los límites dispuestos con carácter general para todas las conductas realizadas en el mercado y con finalidad concurrencial.

En este sentido parece que nuestro legislador se ha dejado llevar por la inercia de la regulación desleal en los textos supranacionales. Podemos comprobar como en un primer momento el Convenio de la Unión de París¹²¹, de 20 de marzo de 1883, para la protección de la propiedad industrial no contenía referencia alguna a la competencia

¹²⁰ En este sentido la Resolución de Pleno del Jurado de la Publicidad de 5/09/2013 señala lo siguiente: «Por otra parte -y como no podía ser de otra forma- esta modalidad publicitaria también está sometida a los límites generales aplicables a cualquier publicidad, de modo que -entre otros límites- no podrá ser engañosa ni denigratoria.»

¹²¹ La versión actual se puede consultar en la web de la Oficina Mundial de la Propiedad Intelectual WIPO en sus siglas inglesas: http://www.wipo.int/treaties/es/text.jsp?file_id=288515#P31_999.

desleal¹²², tras sus dos primeras revisiones, se publica en la Gaceta de Madrid nº 185 de 4 de julio de 1913 una versión consolidada en la que encontramos un nuevo art. 10 bis que reza lo siguiente: *«Todos los países contratantes se obligan a asegurar a los súbditos o ciudadanos de los países de la Unión una protección efectiva contra la competencia desleal»*, dejando como vemos un amplio margen a los Estados miembros para acomodar sus legislaciones, incluyendo igualmente la represión de la competencia desleal entre las materias sobre las que los ciudadanos o súbditos de las Altas partes contratantes obtendrían la equiparación respecto a los nacionales en cualquier otro país además del suyo propio, pero lógicamente como ya se ha puesto de manifiesto con la regulación del art. 10 bis, en el campo que nos interesa no sólo se trataba de igualar el trato para que los ciudadanos o súbditos extranjeros en un miembro del Convenio tuvieran la misma tutela que los nacionales, sino que efectivamente se indicaban pautas para dotar de un contenido mínimo de protección a las legislaciones de los Estados contratantes de modo que entre las regulaciones no hubiera graves diferencias, pronto los países participantes se dieron cuenta de que una efectiva protección de la propiedad industrial requería de reglas de conducta leales, pues de nada serviría conseguir registrar y proteger mi marca como nacional en un país extranjero, si ésta no obtiene posteriormente una tutela contra cualquier tipo de uso ilegítimo. Ya en el BOE nº 114 de 23 de abril de 1956 se publicaba una nueva actualización de dicho convenio tras diversas posteriores reformas, la última de ellas el 2 de junio de 1934 en Londres cuyo art. 10 bis señala ahora: *«1.- Los países de la Unión quedarán obligados a asegurar a los súbditos de la misma una protección efectiva contra la competencia desleal. [] 2. Será acto de competencia desleal cualquier acto de competencia contrario a las costumbres de probidad en materia industrial o comercial. [] Especialmente deberán prohibirse: 1º Todos los actos que pudieran crear una confusión de cualquier forma con el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor. [] 2º Las alegaciones falsas, en el ejercicio del comercio, que puedan desacreditar el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor.»*, vemos que ya incluso se contenía una cláusula

¹²² Aunque ya sabemos que esta regulación es anterior a la defensa de la competencia, vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, ALBERTO, "Principio de corrección en el tráfico económico: La competencia desleal", *Apuntes de Derecho Mercantil*, Aranzadi, Pamplona, 2013, pp. 369 y ss.

general y, aún en clave de modelo profesional¹²³, se hace hincapié en los actos confusión, la cual puede ser generada sin duda por el engaño (art. 20 LCD), y denigratorios.¹²⁴

Aunque ha perdido importancia a medida que la integración europea se ha ido desarrollando y nuevos convenios en propiedad intelectual en sentido amplio han aparecido, este Texto parece ser la base de nuestra regulación de competencia desleal así como de nuestro entorno, con esto pretendemos poner de manifiesto que la virtualidad de ciertas precisiones en contextos transfronterizos en orden a una mejor armonización no tienen que llevar a la redundancia interna, en este sentido el legislador europeo sin duda influenciado por el texto analizado ha pretendido poner de manifiesto para los miembros de la UE una base lógica y previa a la licitud de la publicidad comparativa, y posiblemente si se decidiera armonizar sobre otra conducta concreta como por ejemplo los actos de imitación, amén de las especificaciones que debieran hacerse similarmente a nuestro art. 11 LCD se señalaría que no deberá ser engañosa, ni denigratoria ni por la que se obtenga ventaja indebida de la reputación ajena, pero siendo circunstancias reguladas y sistematizadas con carácter general en nuestra Ley de Competencia Desleal no sería necesario reincidir en ellas al regular ciertas conductas concretas que alcanzan sustantividad propia como es el caso de los actos de comparación.

Pero la realidad es que el art. 10 LCD contiene un apartado e) que apunta: *«la comparación no podrá contravenir lo establecido por los artículos 5, 7, 9, 12 y 20 en materia de actos de engaño, denigración y explotación de la reputación ajena»*. Lo primero que llama la atención es que no se recoge de manera nominal como límite a la comparación los actos de confusión ni tampoco se remite al art. 6 LCD, únicamente a través del art. 20 LCD, dentro de las prácticas comerciales con los consumidores y usuarios contenidas en el capítulo III de la Ley, se contempla esta conducta como un

¹²³ Vid. TATO PLAZA, ANXO, últ. ob. cit. pp. 71 y ss.

¹²⁴ Una última actualización de dicho artículo en 1967, lo dispone con la siguiente fórmula: *«1) Los países de la Unión están obligados a asegurar a los nacionales de los países de la Unión una protección eficaz contra la competencia desleal. [] 2) Constituye acto de competencia desleal todo acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial. [] 3) En particular deberán prohibirse: [] i) cualquier acto capaz de crear una confusión, por cualquier medio que sea, respecto del establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor; [] ii) las aseveraciones falsas, en el ejercicio del comercio, capaces de desacreditar el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor; [] iii) las indicaciones o aseveraciones cuyo empleo, en el ejercicio del comercio, pudieren inducir al público a error sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos.»*, incluyendo ya de forma explícita los actos de engaño.

requisito de licitud, por tanto, ¿habría de considerarse que un acto de comparación que pueda crear confusión con respecto a la actividad, las prestaciones o el establecimiento ajenos (art. 6 LCD) es lícito si cumple con el art. 10 LCD?

Es realmente difícil, por no decir imposible, que esto ocurra de acuerdo con los requisitos de licitud y además es más que probable que tal conducta sea engañosa, pero téngase en cuenta que el art. 20 LCD relaciona el riesgo de confusión con elementos distintos de los recogidos en el art. 6 LCD, es decir, con cualesquiera bienes y servicios los cuales no son equivalentes a prestaciones como ha sido señalado por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO¹²⁵, marcas registradas, nombres comerciales u otras marcas distintivas de un competidor. Aunque no haya identidad en la regulación, como se ha dicho no parece razonable que la publicidad comparativa pueda ser desleal con respecto al resto de conductas reguladas en la Ley, tal vez el legislador independientemente de esa inercia histórica haya pretendido adelantarse a los acontecimientos y evitar una interpretación jurisprudencial similar a la que se da con respecto a la cláusula general en relación con el resto de conductas, pues ésta primera tiene la finalidad de protegerse de cualesquiera actos sobrevenidos no regulados específicamente, pero no se trata de que toda conducta que no sea incardinable en un supuesto concreto por falta algún requisito pueda ser enjuiciada conforme a la probidad exigible en el mercado en todo caso, en este sentido puede que se haya tratado de evitar que al superar los requisitos de licitud una conducta que pueda ser engañosa, denigrante o explotadora de la reputación ajena sea considerada lícita, lo cual por otra parte es altamente improbable dadas las condiciones ya expuestas y orientadas a la elección óptima, pero tampoco se entendería por qué no se ha hecho referencia a los actos de confusión con carácter general. En cualquier caso el art. 19 LCD tampoco se refiere al art. 6 LCD y, por tanto, aunque la publicidad comparativa sea engañosa conforme a los requisitos de éste último precepto, pero no conforme a los del art. 20 LCD será un acto desleal, pero no infracción en materia de consumo, dejando a salvo que puedan infringir los arts. 19 y 20 TRLGDCU y por tanto ser sancionadas administrativamente en virtud del citado Texto.

Sea como fuere a través del artículo 20 LCD¹²⁶ se abre la posibilidad de sancionar la publicidad comparativa engañosa por confusión para los consumidores a través del

¹²⁵ "Principio de corrección en el tráfico económico", *Apuntes de Derecho Mercantil*, Aranzadi, Pamplona, 2013, pp. 396 y ss.

¹²⁶ Precepto que también puede traer implicaciones en la relación entre publicidad comparativa y comparación pública, cuestión que se expondrá en el epígrafe siguiente.

Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios¹²⁷. El antiguo apartado cuarto del art. 6 bis de la LGP derogado en la reforma de 2009 exponía lo siguiente: «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.*», de ahí la referencia que contiene el art. 20 LCD a la publicidad comparativa.

El art. 49 TRLGDCE dice que: «1. *Son infracciones en materia de defensa de los consumidores y usuarios: [...] 1) El uso de prácticas comerciales desleales con los consumidores o usuarios.*» y el art. 47.3 del mismo Texto señala que: «*Las autoridades competentes en materia de consumo sancionarán, asimismo, las conductas tipificadas como infracciones en materia de defensa de los consumidores y usuarios de los empresarios de los sectores que cuenten con regulación específica y las prácticas comerciales desleales con los consumidores o usuarios.*», lo que da cobertura a la posibilidad de tutela administrativa también por parte de las autoridades autonómicas pertinentes, Comunidades autónomas que además en el ejercicio de sus competencias disponen de normativa legal para la protección de consumidores que regulan supuestos coincidentes con la LCD a efectos de la incoación de expedientes, e imposición de sanciones, administrativos.

En definitiva, únicamente una publicidad comparativa engañosa ya sea conforme al art. 5 LCD o por confusión del art. 20 LCD y que en todo caso afecte a los consumidores puede ser considerada como acto de competencia desleal y ser sancionada en otra disposición específica consumerista, ya sea art. 19 o 20 LCD. Ambas están prohibidas por el art. 10 LCD y pueden dar lugar a expedientes sancionatorios a través del art. 19 TRLGDCE como ya establece el artículo 19 LCD¹²⁸. Esta diferencia de regulación presenta algunas desemejanzas significativas. Primeramente desde un punto de vista del ámbito de aplicación subjetivo las normas concurrenciales pueden pretenderse por los operadores afectados, las consumeristas sólo tutelan a éstos. Desde el punto de vista reparatorio la vulneración de normas administrativas consumeristas además de la sanción puede dar lugar a la reparación de los daños y perjuicios si los hubiera conforme al art.

¹²⁷ ORTUÑO BAEZA, M^ª TERESA, “Las condiciones de licitud de la publicidad comparativa tras la Ley 29/2009: un análisis a la luz de la jurisprudencia comunitaria”, *ADI*, 31/2010-2011, Marcial Pons, Madrid, p. 365.

¹²⁸ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, ALBERTO, *últ. ob. cit.*, p. 374

48 TRLGDCU siempre en sede administrativa, el art. 32.5^a LCD permite igualmente la reparación del daño entre las acciones por conductas desleales, si bien no habrá un pronunciamiento que implique subsanación y sanción mientras la acción anti-concurrencial no constituya a la par una infracción administrativa. Finalmente la legitimación activa del art. 33 LCD es mucho más restrictiva, mientras que en sede administrativa la tutela consumerista puede incoarse de oficio. Por tanto y en definitiva, desde el punto de vista práctico tampoco parece que hubiera mayores problemas en admitir la regulación consumerista solapada en determinadas conductas en sede de competencia desleal.¹²⁹

Parece, en este sentido, que sólo la publicidad comparativa puede ser objeto de esta tutela consumerista, lo cual puede dar pie a pensar que en realidad los actos de comparación se diferencian entre comparación pública, cuando sus destinatarios no son consumidores, y publicidad comparativa cuando sí lo son; de otro modo no tiene sentido pensar que nuestro legislador sólo pretenda amparar al consumidor cuando la forma es publicitaria, pues si entendemos que la diferencia entre uno y otro acto de comparación es la finalidad (además del medio publicitario) contractual, la realidad es que el art. 20 LCD exige para que la práctica pueda ser engañosa para consumidores que sea susceptible de afectar a su comportamiento económico, en este sentido habría actos de comparación pública, que lo serían por no resultar obvia su finalidad de promoción de contratación, que no encontrarían tutela a través de este art. 20 LCD, lo cual parece no tener demasiado sentido, ¿por qué nuestro legislador habría de dejar fuera el resto de actos de comparación que afecten a consumidores?, si es que entendemos que la diferencia entre comparación pública y publicidad comparativa está en la finalidad contractual de esta última. Además, también podríamos encontrar apoyo a esta tesis (publicidad comparativa: consumidores; comparación pública: resto de operadores) en la exposición de motivos de la Directiva 29/2005 que en su considerando séptimo diferencia las prácticas comerciales desleales que influyen directamente en las decisiones de los consumidores sobre transacciones relacionadas con productos, de las prácticas comerciales realizadas con otros fines como las comunicaciones dirigidas a inversores.

Pero la noción de publicidad y el Anteproyecto de Código Mercantil, permiten hallar en toda comparación una comunicación que si es concurrencial también será

¹²⁹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, ALBERTO, últ. ob. cit. p. 374.

publicitaria, en cualquier caso, tras lo expuesto anteriormente, preferiríamos la distinción de las conductas del art. 10 LCD en función de su destinatario y no de su finalidad (elemento subjetivo que habría que apreciar objetivamente). Por otra parte, si tenemos presentes los objetivos de la regulación sobre el principio de corrección en el tráfico económico y que las condiciones de licitud de la publicidad comparativa han de estar destinadas a la elección óptima en beneficio de competidores, ciudadanos-consumidores y en aras del interés general, poco importa quién sea el destinatario del acto en el mercado, y por tanto aunque pretendamos establecer categorías la realidad parece indicar que tanto comparación pública como publicidad comparativa constituyen un acto publicitario que en su definición no discrimina en función de los destinatarios. Cuestión que abordaremos en el epígrafe relativo al Anteproyecto de Ley de Código Mercantil.

Por lo demás, el régimen jurídico de la publicidad comparativa se completa a través de la tipificación de diversos delitos recogidos en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, susceptibles de ser llevados a cabo al comunicar públicamente un acto de comparación, así el art. 282 CP relativo a publicidad engañosa; estafas, arts. 248 a 251 bis CP; y delitos contra el honor, arts. 250 a 216 CP¹³⁰.

¹³⁰ MASSAGUER FUENTES, JOSÉ, ob. cit., pp. 312-313

III. Breve referencia al Jurado de la Publicidad y a la Asociación de Autocontrol de Publicidad:

3.1.- La autorregulación:

Se trata de una posibilidad incentivada ya desde las instancias europeas la que otorga el chance de resolver los litigios, que surjan tanto con comerciantes en sus relaciones entre sí como con consumidores, fuera del Poder judicial a través de la autorregulación, en este sentido las normas en este ámbito de la Directiva 2005/29 tienen origen en unos antecedentes normativos como son la Recomendación 98/257 sobre los principios aplicables a órganos y responsabilidades de resolución de litigios en materia de consumo, y otra Recomendación de la comisión de 4 de abril de 2001, es lo que se llama red extrajudicial europea.

El legislador español sobre esta materia cuando se tiene que pronunciar lo hace parcialmente, porque la autorregulación tal y como está contenida en la LCD se refiere más a una parte de las dos que tiene, por ello, las referencias que se hacen en la Ley a los códigos de conducta son referencias a los sistemas de autorregulación de los empresarios o profesionales, en la Directiva está configurada por una parte hacia códigos de conducta, y por otra a órganos de aplicación de dichos códigos, y sin embargo la LCD no regula ambos aspectos ya que no define los códigos de conducta, cosa que sí hace el Texto comunitario, son códigos asumidos voluntariamente por los empresarios y frecuentemente tienen carácter sectorial, además es necesario, cuando existe el código de conducta, darle publicidad (art. 37.2 LCD), su afectación a terceros, por tanto, dependería de esta difusión, no obstante el art. 37.4 LCD establece la comunicación a la Comisión Europea del sistema autorregulatorio, parece, por tanto, que bastará la publicidad por parte de la asociación que lo fomente para que sea aplicable, si bien, la notificación a la Comisión y publicitación del código a través de ésta otorga una presunción de licitud al contenido del mismo¹³¹.

No obstante, el art. 37.4 LCD, pone de relieve que los sistemas de autorregulación tienen dos partes: una cosa son los códigos de conducta, pero además hay que nutrirlo de

¹³¹ Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, ALBERTO, "Los Códigos de conducta, la autorregulación y la nueva Ley de Competencia Desleal", en AA. VV. (dir./coord. GÓMEZ SÉGADE, JOSÉ A.), *El Derecho mercantil en el umbral del siglo XXI*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 276.

un sistema de control para la aplicación de ese código de una manera eficaz, independiente y equitativa¹³² que se cerciore de que efectivamente esas normas se cumplen por las partes asociadas al mismo. Además señala que el organismo de control puede tener dos facetas: realizar una actividad de fiscalización publicitaria sobre las campañas que sus adheridos vayan a realizar; y otra crear un órgano que resuelva los conflictos en materia de publicidad, en este sentido como ejemplo el organismo de Autocontrol (Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial) tiene dos vertientes, por una parte una suerte de asesoría jurídica (Copy Advice®) para que quien va a lanzar una campaña tenga la certeza de que no le van a demandar por competencia desleal, la otra vertiente es el Órgano de Autocontrol de la Publicidad que intenta solventar los litigios que puedan darse integrado por reconocidos especialistas del sector, pero ¿esas resoluciones son vinculantes para las partes?, si las dos partes son miembros de autocontrol de la publicidad es vinculante y por tanto la parte intimada tiene que cumplirla, en caso de no ser miembro de autocontrol esa resolución no es jurídicamente vinculante (*«Con carácter previo al análisis del fondo del asunto, debe advertirse nuevamente que en la medida en que la reclamación que ahora nos ocupa se dirige contra una empresa que no es socia de Autocontrol, la presente resolución carece de carácter vinculante para la misma.»*)¹³³, pero de algún modo está mal visto (*«En todo caso, no puede desconocerse que la mayor parte de las resoluciones que emite este Jurado son cumplidas de forma voluntaria incluso por aquellas empresas que no tienen la condición de asociadas al sistema. Probablemente este hecho se explique por la reconocida fuerza moral de que gozan tales resoluciones. Esta fuerza moral se derivaría del acreditado y reconocido prestigio de los miembros del Jurado, y del respaldo legal otorgado al sistema de autodisciplina o autocontrol, tanto a nivel comunitario [...] como a nivel estatal [...]. Con toda probabilidad, es esta misma fuerza moral la que explica también la coincidencia sustancial existente entre las resoluciones del Jurado y las decisiones de Jueces y Tribunales en aquellos casos en los que, de forma consecutiva, los mismos hechos han sido conocidos por éstos.»*)¹³⁴, no excluye de ir a los tribunales, pero generalmente lo que dice autocontrol si luego se va a juicio se cumple, son resoluciones

¹³² BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, ALBERTO, "Principio de corrección en el tráfico económico: La competencia desleal", *Apuntes de Derecho Mercantil*, Aranzadi, Pamplona, 2013, p. 422.

¹³³ Resolución del Pleno del Jurado de Autocontrol de 28/02/2006 -Asunto: Arbora & Ausonia, S.L.U. vs. Kimberly-Clark, S.L. "Pañales Huggies"-, FD primero

¹³⁴ Resolución del Pleno del Jurado de Autocontrol de 28/02/2006 -Asunto: Arbora & Ausonia, S.L.U. vs. Kimberly-Clark, S.L. "Pañales Huggies"-, FD primero.

de cierto prestigio¹³⁵. Por ello, las referencias que se hacen en la Ley a los códigos de conducta son referencias a los sistemas de autorregulación de los empresarios o profesionales.

No se puede hacer referencia a la autorregulación, sin mencionar la STPi de 28 de marzo de 2001 (asunto T-144/99) que además pone de relieve a la estrecha relación de la competencia desleal y la libre competencia (más acentuada si cabe en lo que sería el nuevo Texto mercantil). Proscribir por parte de los comerciantes los actos de publicidad comparativa a través de un código de conducta que les es vinculante, constituye un ilícito contra la libre competencia, hoy art. 101 TFUE, en base a las bondades de la publicidad comparativa lícita con respecto a los consumidores por la valiosa información que les proporciona, y sirva decir desde esta parte que igualmente con respecto al mercado. La sentencia mencionada resuelve un litigio entre el Instituto de Agentes Autorizados (IAA) ante la Oficina Europea de Patentes y la Comisión de las Comunidades Europeas, el CPE que crea la patente europea diseña un sistema, ex art. 134 CPE, mediante el cual «*La representación de personas físicas o jurídicas en los procedimientos establecidos por el presente Convenio sólo podrá ser ejercida por los agentes autorizados inscritos en una lista llevada a tal efecto por la Oficina Europea de Patentes. [...]»*, para gestionar asuntos relacionados con los mencionados agentes se crea por parte de la OEP el Instituto de Agentes Autorizados ante la Oficina cuyo Código de conducta declara la interdicción de la publicidad comparativa entre agentes, la Decisión de la Comisión 1999/267/CE establece en su artículo primero «*inaplicables las disposiciones del Código de conducta por las que se prohibían a los miembros efectuar publicidad comparativa en la medida en que esta disposición pudiera conculcar u obstaculizar la oferta de servicios a los usuarios»*, en esa tesitura el IAA pretende que se anule tal Decisión, el TPi determina que la prohibición de la conducta que estamos estudiando por parte del código voluntario del IAA vulnera el actual art. 101 TFUE (en el marco de este litigio art. 85 TCE, anteriormente fue su art. 81), ya que prohibir la publicidad comparativa sin más limita a los mejores agentes en el ejercicio de su actividad.

¹³⁵ V.g. Sentencia AP de Madrid, núm. 111/2005, de 7 marzo (JUR 2005, 87312), aunque también reconozca expresamente que «*es obvio que la resolución del Jurado de Autocontrol de la Asociación para la Autorregulación de la Publicidad en nada vincula ni puede vincular a los Órganos Judiciales con lo que en nada afecta al contenido de la litis»*

3.2.- Asociación de Autocontrol de Publicidad:

Cuyo sistema de resolución de conflictos, doctrina que se examinará posteriormente, es el único reconocido por la Comisión Europea de los privados que operan en España, siendo incluida en la Red de Centros Europeos del Consumidor en el año 2000. En nuestro país, desde 1995, un grupo de anunciantes, agencias y medios de comunicación con cierta relevancia tanto cuantitativa como cualitativa, se asociaron para administrar la autorregulación publicitaria. Desarrollando su actividad actualmente en distintos sectores: tramitar las reclamaciones presentadas por consumidores o asociaciones de éstos, así como las empresas; elaborar los Códigos de conducta así como su asegurar aplicación a través del Jurado de Autocontrol (reclamaciones y monitoring); el servicio Copy Advice® ya mencionado; y una consultoría técnica y jurídica de cookies (Cookie Advice®).

Podemos ver cómo el concreto código en particular, y el sistema en general, es acogido de forma voluntaria por diversos empresarios o profesionales, obligándose a complementar el Ordenamiento Jurídico mejorando la posición de los consumidores¹³⁶, en este sentido se pretende garantizar por el sistema una publicidad responsable, otorgándoles, en cualquier, caso la posibilidad de reclamar gratuitamente ante un Jurado independiente y compuesto por reconocidos peritos en la materia.

La relevancia, por lo demás, de esta asociación no debe ponerse en duda, ya hemos señalado su prestigio y fuerza moral¹³⁷, esto es, su aspecto cualitativo; pero también cuantitativamente cabe destacar que acoge el 70% de la inversión publicitaria nacional, siendo sostenido el sistema a través de 446 socios (2013) y más de 4.000 miembros indirectos, asumiendo año tras año un mayor balance de actividad, especialmente en lo que al asesoramiento previo se refiere, aspecto de la Asociación que pone de relieve su importancia, no sólo por el volumen de consultas que han pasado de ser 2 en su primer año hasta las 22.498 de 2013, pasando por 4.303 en 2003, sino que además, como señala BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO¹³⁸, se puede apreciar cierta influencia de Autocontrol en la actividad legislativa reconociendo expresamente el art. 37 LCD la

¹³⁶ Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, ALBERTO, últ. ob. cit., p. 423.

¹³⁷ Vid. nota 134.

¹³⁸ “Los Códigos de Conducta, la autorregulación y la nueva Ley de Competencia desleal”, en AA. VV. (dir./coord. GÓMEZ SÉGADE, JOSÉ A.), *El Derecho Mercantil en el umbral del siglo XXI*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 277.

posibilidad del autocontrol previo de contenidos publicitarios¹³⁹, tarea que ya venía desarrollando a través del Copy Advice®. Habiendo resuelto el Jurado, además, 240 casos reclamados en 2013¹⁴⁰.

Actualmente se fiscalizan por la Asociación dos códigos éticos de vocación generalista y mayor alcance (especialmente el primero al no estar delimitado espacialmente a un concreto mercado): Código de Conducta Publicitaria (CCP) y el Código Ético de Confianza Online (CECO); además de otros 17 Textos sectoriales, los cuales contienen en mayor o menor medida normas relativas a la comparación entre operadores, al igual, y en virtud de, que existen especificaciones legales para esta figura en determinados campos, cuestión en la que no nos detendremos, baste señalar de forma general, con el ánimo de no exceder el objeto de este trabajo, que es perfectamente lógico que en según qué ámbito del mercado nos encontremos con que el legislador otorgue distintos contornos a los requisitos de licitud (medicamentos, alimentación infantil...), con el ánimo de conjugar diversos intereses y objetivos, pudiendo llegar incluso a prohibir la publicidad comparativa¹⁴¹ para determinado tipo de producto, pero en todo caso no será o no podrá ser una cuestión arbitraria sino que estas particularidades en función del objeto difundido en el mercado responderán a fines del mayor interés general, ello en la línea expuesta sobre los intereses protegibles y protegidos en el desarrollo de la actividad comercial (consumidores, empresarios y profesionales, e interés general).

3.3.- Resoluciones del Jurado de la Publicidad:

La norma 22 CCP¹⁴² es sustancialmente similar a la regulación legal sobre esta figura, por ello, y por la notable cuota de mercado que abarca la Asociación, así como la

¹³⁹ Vid. supra 3.1 (p. 52).

¹⁴⁰ www.autocontrol.es

¹⁴¹ Vid. art. 8.3 de la Directiva 2006/114.

¹⁴² «22.- Comparaciones. [] La publicidad comparativa, directa o indirecta, deberá respetar los requisitos expuestos seguidamente: [] 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, denominación específica o especialidad tradicional garantizada, 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

solvencia jurídica de sus resoluciones, resulta pertinente hacer una pequeña referencia a la doctrina del Jurado de Autocontrol en relación con algunas de las cuestiones ya examinadas en el capítulo II respecto de los textos legales.

En el anuncio televisivo de Mistol¹⁴³ que muestra las ventajas de dicho producto frente a los “lavavajillas tradicionales” presentándolos en un envase de color verde, se resuelve por el Jurado que no estamos ante una alusión inequívoca, ni explícita ni implícita, del producto “Fairy”, y por tanto no es un caso de publicidad comparativa.

No se aprecia ningún elemento que permita, a un sector significativo del público, identificar una comparación cierta, debido al considerable número de lavavajillas de color verde en el mercado, refiriéndose además únicamente a una determinada categoría como son los “lavavajillas tradicionales”, en este sentido, sin poder delimitar la composición de dicha categoría, sí que entiende el Pleno que no se puede considerar incluida en la misma ni la marca del anuncio, ni la marca del que se siente comparado, precisamente por los actos promocionales propios anteriores en los que Fairy se autoexcluye de la categoría “tradicional” denominándose “lavavajillas concentrado” en contraposición a aquella. Ésta última valoración evita, por otra parte, tener en cuenta los sondeos presentados por la comparada en los que una parte importante de consumidores identifica la marca “Fairy” en el spot de “Mistol”. Dándose, en definitiva, la comparación entre géneros de mercaderías (o sistemas).

En otro caso la Sección Tercera del Jurado de Autocontrol¹⁴⁴ conoce sobre la conformidad de un spot¹⁴⁵ al CCP. En lo que respecta a la publicidad comparativa, la reclamante alega una alusión implícita a una gama de sus productos, por cuanto el ambientador manual que usa la protagonista del anuncio en relación al cual se señala su inferioridad con respecto al producto automático promocionado, sería identificable por los consumidores como tal, ello debido a los colores y a la forma del capuchón de dicho aerosol. Mientras que el test comparativo en que se basa el anunciante para afirmar que

nombre comercial protegido. [] e) La comparación no podrá contravenir lo establecido por las normas 14, 20 y 21 del presente Código engaño, denigración y confusión y explotación de la reputación ajena.»

¹⁴³ Resolución del Pleno del Jurado de Autocontrol de 22/06/2011, -Asunto: Procter & Gamble España, S.A. vs. Henkel Ibérica, S.A. (“Mistol Power Crystals”).

¹⁴⁴ Resolución de la Sección Tercera del Jurado de Autocontrol de 23/05/2013 -Asunto: Johnson’s Wax Española, S.A. vs. Reckitt Benckiser España, S.L.U. (“Airwick Freshmatic”).

¹⁴⁵ La versión en inglés se puede ver en http://www.youtube.com/watch?v=sKbJ7pa1_f8.

un recambio automático equivale a 55 aerosoles se realizó sobre productos de esta clase del propio anunciante (auto-comparación), debiendo, por tanto, haber usado en la grabación publicitaria dichos ambientadores manuales.

El Jurado considera que no se da la referencia inequívoca al competidor en este caso, puesto que no se puede considerar que *un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz* identifique una comparación con la marca de la reclamante. Ello debido a que se explicita la afirmación publicitaria como resultado de una auto-comparación, lo cual hace, además, que la posible alusión exija elementos concluyentes. Pero por el contrario, los colores (difuminados) que se aprecian en el envase durante el desarrollo de la ficción, lejos de ser identificables con un determinado o determinados productos, son de uso genérico en el mercado en función de los olores que desprendan, y por esta razón la forma de la capucha, pobremente apreciable, tampoco se presenta relevante para apreciar una alusión. Por tanto, en todo caso estaríamos ante una comparación de géneros de mercaderías (o de sistemas), que quedaría al margen de la publicidad comparativa, perfectamente lícita.

En un anuncio televisivo de pastas Gallo¹⁴⁶ protagonizado por Susana Griso, y llevado ante el Jurado de Autocontrol por la Asociación de Usuarios de la Comunicación (AUC)¹⁴⁷ se resuelve que no estamos ante lo que denominamos publicidad comparativa sino ante lo que se conoce como comparación de géneros de mercaderías (o de sistemas), cuando en un spot se compara un *producto industrial* (de Gallo) con *vegetales frescos de una ensalada*, sin perjuicio, por otra parte, de que lo expuesto en el anuncio sea denigratorio como es el caso.

En la siguiente controversia entre Telefónica y Vodafone¹⁴⁸ tiene como objeto un corte comercial televisivo¹⁴⁹ y un panel exterior que reza “Compromiso Vodafone mejor conectado. El 90% de la población tiene mayor cobertura 3G”. La Sección que conoció en primer lugar, entendió que no se trataba de un supuesto de publicidad comparativa por

¹⁴⁶ Que podemos visualizar en <https://www.youtube.com/watch?v=bBchKhIPRn0>.

¹⁴⁷ Resolución de la Sección Tercera del Jurado de Autocontrol de 10/10/2013 -Asunto: AUC vs. Comercial Gallo, S.A. (“Ensaladas Gallo Total”).

¹⁴⁸ Resolución del Pleno del Jurado de Autocontrol de 9/02/2012 -Asunto: Telefónica Móviles España, S.A.U. vs. Vodafone España, S.A.U. “Compromiso Cobertura 3G”.

¹⁴⁹ Reproducible en <https://www.youtube.com/watch?v=r70aU8Smous>.

no estar ante una alusión inequívoca. No así el Pleno, que resolvió estar ante una comparación publicitaria, no obstante lícita, por no ser engañosa ni denigratoria.

En la emisión televisiva se afirma “en Vodafone ofrecemos la mayor cobertura 3G porque cubrimos el 90% de la población”, este tipo de alarde, haciendo referencia a una notable superioridad, de no ser considerado como comparación publicitaria, puede ser calificado como de tono excluyente. Estaremos en el segundo caso cuando la hegemonía se muestre frente a la totalidad de competidores sin que puedan ser identificables.

En este caso juega un papel relevante la estructura del mercado, recordando el asunto Coca-Cola vs. Pepsi ya referenciado anteriormente, dándose la circunstancia de que el 95% de la red 3G está en manos de tres empresarios, y tan sólo uno más posee red de 3G propia. Por tanto, esta situación hace que los destinatarios (consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz) de la publicidad sean capaces de identificar una alusión.

El Pleno del Jurado entendió que existía publicidad comparativa ilícita al promocionar los costes de ciertos servicios de Telefónica -quien realiza la promoción reclamada- en relación con los ofertados por ONO y Orange¹⁵⁰. De modo que aquella anunciaba el menor precio de su pack (fijo, internet y móvil) para una pareja de clientes, los cuales anteriormente tenían contratados los productos individualmente con distintas Cías.: la telefonía fija y la red con ONO, el móvil con Orange. Siendo así que al abandonar estas últimas y pasar a la reclamada se produjo para los clientes un ahorro considerable.

En estas circunstancias el Pleno del Jurado confirma la resolución de la Sección segunda afirmando que no estamos ante productos comparables, teniendo en cuenta además que los comparados ofrecen igualmente promociones de combos que incluyen los citados servicios en un solo producto, por tanto, independiente de la veracidad de lo expuesto en la promoción no se trata de una comparación homogénea y por consiguiente debe considerarse ilícita. Además se trata de una publicidad comparativa denigratoria aunque se señalen extremos exactos y verdaderos por cuanto no es pertinente, superando el *descrédito implícito en toda comparación*, a través por ejemplo de *imágenes o*

¹⁵⁰ Resolución del Pleno del Jurado de Autocontrol de 5/09/2013 -Asunto: CABLEUROPA S.A.U. (ONO) VS. TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U. (“MOVISTAR FIBRA ÓPTICA 100 MB” Y “MOVISTAR FUSIÓN FIBRA”)-.

expresiones especialmente hirientes u ofensivas que no resultaban precisas de cara a la comparación, la felicidad mostrada por una pareja sonriente afirmando estar encantados de haber dejado ONO y Orange va más allá de una confrontación de precios para resaltar los efectos en el ánimo que les produjo abandonar sus anteriores proveedores.

En el caso anterior se presenta ONO como reclamante, la pretensión de Orange se observa en otra resolución¹⁵¹ que afirma igualmente una comparación idónea para llevar a error a sus destinatarios por cuanto no se trata de productos homogéneos.

En otra situación¹⁵², el Jurado, en contra de los intereses del reclamante, considera que estamos ante publicidad comparativa lícita cuando se confrontan distintos precios relativos a ofertas de telefonía móvil con prestaciones supuestamente ilimitadas (Internet + voz + sms), al no poder demostrar que no haya homogeneidad en los servicios comparados por contener sendas tarifas -reclamante y reclamado- limitaciones, mientras que el primero únicamente señalaba la no limitación de su oferta, en lugar de intentar demostrar que los límites de sendas tarifas son tan dispares que no puede considerarse, por tanto, los servicios ofertados por alusor¹⁵³ y aludido dentro de un mismo género.

Incluso dentro de un mismo género¹⁵⁴, pañales¹⁵⁵, se pueden tener en cuenta las gamas para enjuiciar la homogeneidad y, por tanto, la licitud de la publicidad comparativa, si, la diferencia entre las especies existentes es sustancial.

¹⁵¹ En Resolución del Pleno del Jurado de Autocontrol de 12/09/2013 -Asunto: France Telecom España S.A. vs. Telefónica de España S.A.U. (“Movistar Fusión Fibra”)-.

¹⁵² Resolución del Pleno del Jurado de Autocontrol de 15/11/2012 -Asunto: XFERA MÓVILES, S.A. vs. FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A. “La tarifa ilimitada más barata del mercado”-.

¹⁵³ En consulta realizada a la RAE ante la inexistencia de un término que haga las veces de sustantivo o adjetivo para referirnos a quien alude, reproduzco la respuesta que obtuvimos a través de correo electrónico: «*Estimado Sr. González: [] En relación con su consulta, nos complace remitirle la siguiente información: [] En efecto, no existe término consolidado en español con ese sentido. No obstante, hemos podido documentar el uso esporádico del término alusor, que, por otra parte, sería un derivado perfectamente correcto de aludir (como de agredir, agresor) con el sentido de '[persona] que alude':*

Ejemplo extraído de un comentario a una noticia del diario digital Público:

«Se utiliza la ironía para intentar desacreditar un hecho probado, quien queda mal no es el aludido, sino el alusor» (<http://www.publico.es/dinero/518952/rajoy-busca-entre-los-empresarios-complices-de-su-milagro-economico>). [] Reciba un cordial saludo.

Departamento de «Español al día»

Real Academia Española»

¹⁵⁴ Vid. supra 2.3.1 (p. 34).

¹⁵⁵ Resolución del Pleno del Jurado de Autocontrol de 28/02/2006 -Asunto: Arbora & Ausonia, S.L.U. vs. Kimberly-Clark, S.L. “Pañales Huggies”-.

La revista “La Tienda”, de Movistar, en su número de diciembre de 2011¹⁵⁶, presenta una tabla comparativa de tarifas ADSL formada por cuatro empresas y la propia Movistar¹⁵⁷, reclamada en este caso debido al citado cuadro comparativo. Se trata de publicidad comparativa ilícita por cuanto es susceptible de provocar error en los destinatarios. Entre los parámetros de comparación no se encuentra la velocidad del ADSL, siendo el caso que el servicio más lento de las promociones de la tabla es precisamente el del anunciante, no pudiendo considerarse, como pretende Movistar, que es el precio el dato significativo de este servicio mientras que la velocidad de conexión carece de relevancia; por otra parte, en la columna del reclamado únicamente se muestra el precio en promoción, mientras que en el resto se señalan los precios fuera y dentro del periodo promocional cuando, al parecer, existe igualmente un precio sin promoción de Movistar. Es por ello que no estamos ante una confrontación homogénea, pudiendo resultar engañosa para el consumidor.

En relación a los requisitos de exactitud y veracidad¹⁵⁸, en la comparación de una característica como es el precio de dos productos, la clave está, más que en el tenor literal del mensaje, en la percepción que provoca en el público, y si la manera de recibir la promoción se ajusta a los requisitos señalados. Por tanto, teniendo en cuenta el concepto de consumidor medio ya explicado, la campaña en prensa de “Media Markt” mostrando dos facturas de un mismo modelo de televisor durante los días en que ésta ofertó una promoción especial (18 y 19 de diciembre), una correspondiente al propio anunciante y otra a “El Corte Inglés”, en las que se podía comprobar una rebaja del precio del 25% en el ticket del comparador con respecto al comparado. No lleva a error al consumidor medio por cuanto éste entenderá perfectamente que la diferencia de precio se dio en el periodo promocional de dos días de duración, estando por tanto ante una campaña veraz. Ello independientemente de la oferta en vigor en “El Corte Inglés” durante ese mismo periodo, y que no se menciona en el anuncio enjuiciado, en el que sus clientes obtendrían un descuento del 20% del precio para próximas compras de electrodomésticos, por cuanto

¹⁵⁶ Disponible en <http://www.youblisher.com/p/212887-REVISTA-MOVISTAR-DICIEMBRE-2011/>, el anuncio reclamado se encuentra en la página 38.

¹⁵⁷ Resolución de la Sección Sexta del Jurado de Autocontrol de 3 de enero de 2012 -Asunto: Vodafone España, S.A.U. vs. Telefónica de España, S.A.U. “ADSL Movistar”-.

¹⁵⁸ Resolución del Pleno del Jurado de Autocontrol de 3/03/2011, -Asunto: El Corte Inglés, S.A. vs. Media Markt Saturn Admón. España, S.A.U. “¿Sabes qué es lo único que no tenemos en televisores? ¡Competencia!”-.

se trata de comparar el precio efectivamente pagado por la adquisición (P.V.P.). No obstante, el Jurado deja abierta la posibilidad de valorar si en el presente caso hubiera sido necesario por parte del anunciante mencionar la promoción de su competidor, cuestión en la que no se detiene al no haber sido planteada por el reclamante en tiempo y forma, situación que se repite con respecto a la omisión en el anuncio de que el precio del empresario comparador no incluye los gastos de transporte, ni de recogida del antiguo aparato. Se da, a nuestro juicio, una interesante valoración con respecto a un elemento de comparación de relevante actualidad como es el precio.

En una publicidad en formato de encuesta presentada por Colgate¹⁵⁹, que promociona su producto “Colgate Sensitive Pro-alivio” frente “Sensodine con potasio”, donde se plantea la tesis “elige el dentífrico más eficaz contra la sensibilidad”, mientras que se atribuye al primero diversas propiedades que el segundo no tiene.

Se analiza el requisito de veracidad, sin duda uno de los más polémicos en la práctica, en este caso no se cumple por cuanto se transmite la idea, a través de la frase expuesta, de que el resultado de la comparación es extensible a todo dentífrico diseñado para aliviar la sensibilidad dental, y no únicamente en relación con los explicitados en el anuncio, independientemente de que los datos expuestos en la promoción sean *verificables y objetivamente comprobables*, como es el caso. Y que por tanto, presentada la publicidad únicamente entre las marcas comparadas, sin dar mayor extensión al resultado de la comparación, sería perfectamente lícita.

¹⁵⁹ Resolución del Pleno del Jurado de Autocontrol de 13/05/2011, -Asunto: GlaxoSmithKline Consumer Healthcare, S.A. vs. Colgate Palmolive España, S.A. “Colgate Sensitive Pro-Alivio”-.

IV.- El anteproyecto de Ley de Código Mercantil y su impacto en el Derecho de la Competencia en general, y en la publicidad comparativa en particular:

La Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación elaboró una propuesta de Código Mercantil que cuenta con dos ediciones, una de 2013 y, recientemente, el 30 de mayo de 2014 se ha presentado un Anteproyecto de Ley del Código Mercantil¹⁶⁰ informado en Consejo de Ministros. En el momento de redacción definitiva de este trabajo, finalizado el trámite de Audiencia pública a finales de 2013, el Anteproyecto se encuentra aprobado por el Consejo de Ministros y esperando su remisión a las Cortes Generales, pendiente de los informes que han de emitir el Consejo General del Poder Judicial, el Consejo Económico y Social, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, y el Consejo de Estado, tal y como señala la Memoria que le acompaña¹⁶¹. Por tanto, debido al considerable estado de avance de la tramitación, creemos necesario detenernos en algunos aspectos de la propuesta legislativa en lo referente al objeto de nuestro estudio.

La principal motivación de este nuevo Texto radica en la superación del Código vigente por la realidad del ordenamiento jurídico, por supuesto debido al carácter decimonónico de sus planteamientos, pero también ante la necesidad de codificar una regulación mercantil muy dispersa, todo ello con el objeto de delimitar esta rama del Derecho y garantizar de este modo la unidad de mercado¹⁶² en el ámbito del Derecho privado prevista en la Constitución, así las cosas, el 17 de junio de 2013 fue entregada la propuesta al Ministro de Justicia.

¹⁶⁰ La Propuesta elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la CGC está disponible en http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215198252237/ALegislativa_P/1288775964648/Detalle.html, asimismo el posterior anteproyecto de ley informado en Consejo de Ministros se encuentra en http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215198252237/ALegislativa_P/1288774452773/Detalle.html.

¹⁶¹ Podemos encontrar el correspondiente dictamen del Consejo Económico y Social en <http://www.ces.es/documents/10180/1339655/Dic052014.pdf>; y el emitido por la CNMC en <http://www.cnmc.es/CNMC/Prensa/TabId/254/ArtMID/3078/ArticleID/1234/La-CNMC-publica-su-Informe-sobre-el-Anteproyecto-de-Ley-del-C243digo-Mercantil.aspx>.

¹⁶² La Orden por la que se encarga la elaboración del nuevo texto se da el 7 de noviembre de 2006, en este sentido hay que destacar que, recientemente, el 10 de diciembre de 2013 se publicó en el BOE la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado. Sin perder de vista, por otra parte, la importancia que podría tener el nuevo Código mercantil en lo referente a este asunto.

Desde luego constituye una innovación en este sentido la inclusión en el texto codificado del Derecho de la competencia, materia que no había sido considerada clásicamente como mercantil teniendo en cuenta la fecha de publicación del vigente Código¹⁶³, si bien es cierto que si desde el siglo XIX ya inquietaba la probidad en el mercado con un incipiente liberalismo económico y hubo ciertos avances de la mano de la jurisprudencia francesa y legislador alemán¹⁶⁴, la recepción en nuestro país de la normativa de Defensa de la Competencia fue muy posterior a la promulgación del Código de 1885, no obstante estas normas concurrenciales nacieron fuera del ámbito de esta rama legislativa, viéndose ahora integradas se dota de unicidad una rama fundamental del ordenamiento como es el Derecho mercantil que ambiciona hoy día, con carácter general y a partir de los principios que marcan nuestra constitución económica, a establecer las reglas de actuación en el mercado.

El Anteproyecto que aspira, con matices dada su disposición derogatoria única, a codificar la materia¹⁶⁵, consta de siete libros, el tercero de ellos titulado “Del derecho de la competencia y de la propiedad industrial”, dividido a su vez en seis capítulos: el primero sobre los principios generales de la regulación competencial; el segundo contiene reglas sustantivas de la corrección en el mercado; el tercero normas materiales protectoras de la libre competencia; el cuarto trata sobre las acciones derivadas de la competencia desleal y defensa de la competencia; el quinto relativo a los códigos de conducta; y el sexto dedicado a la propiedad industrial. Asimismo la ordenación de este campo se completa con una Disposición adicional que modifica disposiciones de la LEC y una Disposición derogatoria que explicita las normas abolidas por la nueva norma.

Esta incorporación, sin duda, constituye una destacada innovación en nuestro Derecho, pero para comprender los efectos que esta potencial regulación puede tener sobre los actos de comparación en sentido amplio, primeramente, merece la pena repasar el ámbito objetivo de la regulación actual, para luego analizar los posibles cambios que operarán en esta materia, y su afectación fundamentalmente a lo que se viene entendiendo

¹⁶³ Aunque desde hace mucho tiempo nadie duda de la mercantilidad de la misma, no hay que olvidar que el actual Texto data de 1885 (Real decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio).

¹⁶⁴ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., “Nociones introductorias”, en AA.VV. (dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, ALBERTO), *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Aranzadi, Pamplona, 2011, pp. 40-42.

¹⁶⁵ Si bien, aunque coordinados continuarían vigentes muchos de los textos que regulan esta rama del Derecho, así por ejemplo la propia Ley de Defensa de la Competencia, también cabe destacar la intención de dejar fuera de la norma la regulación consumerista, entre otras razones por la propia vocación codificatoria del TRLGDCU.

por actos de comparación o publicidad comparativa en torno al concepto de publicidad contenido en la Directiva 2006/114 y su antecesora, elaborado por la jurisprudencia del TJUE, y que, dado el nivel armonizador del texto, sobre todo en lo que a la comparación publicitaria se refiere, tiene una incidencia directa en nuestro Ordenamiento además de coincidir sustancialmente con la definición contenida en el art. 2 LGP.

4.1.- La realización en el mercado y con fines concurrenciales:

Como requisitos de tipo objetivo para entrar dentro del ámbito de aplicación de la LCD la conducta deberá realizarse “en el mercado” y “con fines concurrenciales”. Si bien es cierto que la primera no implica necesariamente la segunda, ya que puede haber perfectamente actuaciones en el mercado sin fines concurrenciales, parece obvio por el concepto de finalidad concurrencial, que otorga la aún vigente ley que ésta sí necesita del mercado, además aquella característica limita considerablemente el primer requisito pues no merece la atención de la regulación de los actos incorrectos del mercado cualquier trascendencia externa sino que tendrá que tener carácter comercial¹⁶⁶ independientemente del sujeto que los realice, en este sentido el art. 3 LCD establece el ámbito subjetivo: cualquier persona física o jurídica que participe en el mercado, sin que haya necesidad de relación competitiva entre el sujeto activo y pasivo. Vemos no obstante, en el art. 2.2 LCD una definición de la finalidad concurrencial oscura y ambigua, lo cual parece realizado de forma consciente, para poder determinar ad hoc los actos de competencia desleal en función de las circunstancias.

Existe publicidad comparativa siempre que se transmita al público o a los destinatarios de la publicidad la comparación¹⁶⁷, la Disposición adicional única de la LCD señala que «a los efectos de esta Ley se entiende por publicidad la actividad así definida en el artículo 2 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de la Publicidad» (LGP), que es la normativa que regula con carácter general la publicidad en nuestro país donde se define como: «Toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial,

¹⁶⁶ V.g. DE LA VEGA GARCÍA, FERNANDO L., ob. cit., p. 179.

¹⁶⁷ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, ALBERTO, “Principio de corrección en el tráfico económico: La competencia desleal”, *Apuntes de Derecho Mercantil*, Aranzadi, Pamplona, 2013, p. 419.

artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones», como ya hemos dicho el ámbito objetivo de la LCD exige por una parte que haya una actuación en el mercado y además que sea con fines concurrenciales¹⁶⁸, presumiéndose ésta última cuando, por las circunstancias en que se realice, se revele objetivamente idóneo para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero, si esta definición implica como parece que el comportamiento debe estar constituido por actos destinados a incitar a la adquisición o realización de negocios sobre productos o servicios de quien realiza el acto o de un tercero¹⁶⁹, se antoja entonces harto complicado establecer la distinción entre comparación pública y publicidad comparativa, así algunos autores como DE LA VEGA GARCÍA¹⁷⁰ entienden que en realidad estamos hablando de lo mismo, por otra parte, como ya se ha hecho referencia, hay quien establece la distinción partiendo de la base de que la finalidad concurrencial implica únicamente idoneidad para asegurar la difusión de las prestaciones y no siempre se revelará objetiva y directamente óptima para promover la realización de negocios¹⁷¹.

Si bien actualmente este debate carece de demasiada importancia dado que la regulación para unos y otros es la misma, no fue así en toda nuestra reciente historia legislativa exigiéndose distintos requisitos para sendos comportamientos si es que se aceptaba la distinción de conductas, de hecho, incluso la diferencia de considerar uno u otro supuesto podía influir a la hora de pretender ejercitar una acción¹⁷² hasta la coordinación de ambos textos legales, y aunque el Anteproyecto mantiene la regulación conjunta de comparaciones públicas y publicidad comparativa también mantiene la distinción y eso significa que las dos figuras no tienen por qué caminar de la mano en un futuro, por tanto considero que tiene cierta relevancia indagar en la diferenciación de ambos tipos de conducta.

¹⁶⁸ Vid. DOMÍNGUEZ PÉREZ, EVA M^a, "Consideraciones sobre los "actos de engaño" y "la participación en el mercado con fines concurrenciales" al hilo de la sentencia de la AP de Islas Baleares de 19 de octubre de 2011 (Sección 5^a)", *ADI*, 32/2011-2012, Marcial Pons, Madrid, pp. 501-526

¹⁶⁹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, ALBERTO "Artículo 2. Ámbito objetivo", en AA. VV. (dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, ALBERTO), *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Aranzadi, Pamplona, 2011, p. 81.

¹⁷⁰ Ob. cit.

¹⁷¹ Al margen del entendimiento de la publicidad comparativa destinada a consumidores, y comparación pública al resto de destinatarios expuesto anteriormente.

¹⁷² GÓMEZ LOZANO, M^a DEL MAR, ob. cit. p. 254.

De modo que se consideró por algunos autores, como por ejemplo GÓMEZ LOZANO¹⁷³, que serían actos de comparación los que hechos en público, en el mercado y con finalidad concurrencial, no vayan dirigidos *a promover la contratación de bienes o servicios*, pero si esta interpretación, que señala que lo que distingue sendas figuras es la finalidad (contratación) y el medio (la publicidad), se presenta posible en el actual texto vigente, el Anteproyecto de Código mercantil establece que se presume la finalidad concurrencial de un acto cuando se revele objetivamente idóneo para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero, incluida la contratación o ejecución de contratos relativos a esas prestaciones. Aunque en realidad, dada la definición amplísima de publicidad contenida en la LGP, que incluye la promoción indirecta, es difícil ya de por sí identificar un acto concurrencial que no constituya un acto publicitario, creemos que la nueva regulación no dejará lugar a dudas de que en todo caso para determinar si un comportamiento recogido en los ilícitos de competencia desleal es un acto o es publicidad la clave estará en si es o no una forma de comunicación. Si bien incluso en el texto vigente debería, para mayor seguridad jurídica, quedar fuera de toda duda que la finalidad concurrencial persigue en último término la contratación, así en el actual art. 2.3 LCD se expresa esta vocación cuando señala que la ley se aplicará para las conductas llevadas a cabo antes, durante o después de una operación comercial o contrato llegue o no a celebrarse, por ello compartimos con BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO¹⁷⁴ que *la finalidad concurrencial que tienen que tener los actos de competencia desleal tiene por objeto que los terceros contraten la adquisición de las prestaciones ofrecidas*, esta interpretación igualmente válida para el Anteproyecto que al margen de las matizaciones que ayudan a clarificar ciertas conductas señala en su Exposición de Motivos la extensión al Derecho de la libre competencia lo actualmente previsto en relación a la corrección en el tráfico económico en cuanto a su finalidad, ámbitos objetivo y subjetivo de aplicación.

En un primer acercamiento parece que no aporta demasiado el precepto a lo que ya se entendía por finalidad concurrencial, pues como se ha señalado se incluía doctrinalmente la invitación a contratar dentro de la misma, pero puede ayudar no obstante a delimitar ambas conductas e integrar ambas normas, ya que además la LGP no

¹⁷³ Ob. cit., p.254.

¹⁷⁴ “Artículo 2. Ámbito objetivo”, en AA. VV. (dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, ALBERTO), *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Aranzadi, Pamplona, 2011, p. 20.

quedaría derogada con la vigencia de este nuevo Texto, únicamente se prescindiría de su título III relativo a la contratación publicitaria como así dispone la disposición derogatoria única del Anteproyecto y, por otra parte, la abolición explícita de toda normativa que se oponga al posible nuevo texto parece no alcanzar al menos al concepto de publicidad contenido en la LGP.

Por tanto y recapitulando, teniendo presente el nuevo ámbito objetivo, no parece necesario que se promueva o asegure la contratación o ejecución de contratos sino que sería una conducta equivalente a la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero. Se puede seguir distinguiendo por consiguiente entre los actos y la publicidad en torno a esta finalidad contractual (ya sea directa o indirecta), pero en cuanto al medio, la realidad es que el concepto de “publicidad”¹⁷⁵, aunque limitado a la publicidad comercial¹⁷⁶, abarca tanto la promoción directa como la promoción indirecta de la contratación y en torno a la nueva literalidad del precepto que regula el ámbito objetivo concurrencial en relación con la LGP pareciera como si la promoción o aseguramiento de la difusión en el mercado de prestaciones fuera una forma indirecta de buscar la contratación, que puede ser también directa cuanto más obvia, en definitiva, ambos comportamientos quedarían dentro del ámbito objetivo de forma distinta, pero en realidad ambas conductas serían tipos de publicidad, bien sea indirecta: comparación pública, o directa: publicidad comparativa. Ello por cuanto además, no parece posible que un ente al margen de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional pueda llegar a realizar un acto con relevancia concurrencial¹⁷⁷, sin que suponga objetivamente la disimulación de una de aquellas actividades, de manera que si, por ejemplo, una asociación de consumidores se excede de su rol revelando una finalidad concurrencial además de infringir su estatuto¹⁷⁸, estaría realizando una conducta comercial, industrial, artesanal o profesional en favor del operador correspondiente.

En este sentido ya se había señalado por parte de la jurisprudencia¹⁷⁹, mientras se mantuvo la distinta regulación de actos de comparación -art. 10 LCD- y publicidad comparativa -art. 6.c) LGP- que en ambos casos se partía de una comparación propia frente a un tercero *«por lo cual quedarían excluidas del*

¹⁷⁵ Vid. DOMÍNGUEZ PÉREZ, EVA MARÍA, “Problemática de la práctica promocional mediante premio: entre la práctica engañosa y la práctica agresiva : a propósito de la sentencia del TJUE de 18 de octubre de 2012”, *ADI*, 33/2012-2013, Marcial Pons, Madrid, pp. 481-498.

¹⁷⁶ Vid. GALÁN CORONA, EDUARDO, “Análisis de la jurisprudencia publicitaria”, *Autocontrol*, 2009 (145-146), Asociación de autocontrol de la publicidad, Madrid, p. 10.

¹⁷⁷ Vid. MASSAGUER FUENTES, JOSÉ, ob. cit., pp. 311 y 318.

¹⁷⁸ Vid. arts. 22 y ss. TRLGDCU

¹⁷⁹ En este caso menor, SAP de Vizcaya, 300/1999, de 14 junio (AC 1999, 1490).

precepto (art. 10 LCD) las pruebas comparativas ya que éstas poseen un efecto meramente informativo y no los realiza el tercero con la finalidad, inherente a la actividad publicitaria, de promover directa o indirectamente la contratación de los objetos comparados», reconociendo colateralmente que en ambos preceptos se regula una sola actividad, y sin perjuicio de que se pueda enjuiciar conforme a la normativa desleal el uso de operadores en el mercado de los resultados de unas pruebas comparativas independientes. Pero, además, se señala por parte del Tribunal que si bien la publicación de un estudio comparativo por parte de una cooperativa de consumidores es un acto realizado dentro del mercado, porque tiene trascendencia a raíz de su publicación, no es sin embargo una actuación con finalidad concurrencial, ya que es meramente informativa de los consumidores, y por tanto queda fuera del ámbito objetivo de la LCD.

En otro caso¹⁸⁰, también con la cooperativa de consumidores Eroski¹⁸¹ como demandada debido a la publicación de un artículo con los resultados de los análisis efectuados sobre una marca de queso fresco en su revista de información consumerista se señala en su fundamento jurídico tercero *«la publicación de un artículo informativo, que no denigratorio, por una sociedad o asociación o cooperativa de consumidores, sobre un bien de consumo, no estaría jamás en el ámbito de la competencia desleal, lo que deriva de la filosofía de la Ley, inspirada en el Derecho comunitario, como sistema de ordenación y control de los comportamientos desenvueltos en el mercado y relacionados con el intercambio de bienes y servicios, sin malas artes concurrentes; el bien jurídico protegido es la competencia y, en concreto, la competencia económica, siendo la libertad de competencia, contenido esencial de la libertad de empresa proclamada constitucionalmente. [...] No se ha producido, pues, acto alguno de competencia desleal, con fines concurrenciales; la sociedad demandada no es una empresa concurrente, su publicación no se incardina en la previsión de los artículos 1 y 2 de la Ley Competencia Desleal.»*

Igualmente la SAP de Pontevedra 100/2006, 22 febrero¹⁸², en relación a un artículo informativo y de opinión señala que *«no existiendo discusión acerca de que la conducta de las demandadas se realizó en el mercado, ya que evidentemente alcanzó a tener trascendencia externa, lo que no se advierte es que la misma tuviera una finalidad concurrencial. [...]»*,

En definitiva, si en torno al ámbito subjetivo “todo cabe” y así lo viene a reflejar la SAP de Madrid, 121/2004, de 4 junio¹⁸³ cuando dice que en virtud de las orientaciones de la LCD *«no es necesario, para aplicar tal legislación, que los sujetos sean empresarios y no pueda ser aplicada a sociedades civiles o entidades sin ánimo de lucro cuando éstas incidan en alguna actividad con indudable contenido económico, como es el caso*

¹⁸⁰ STS, Sala primera, 51/2005, de 3 febrero (RJ 2005, 1458).

¹⁸¹ Vid. DOMÍNGUEZ PÉREZ, EVA MARÍA, “SENTENCIA DE 3 DE FEBRERO DE 2005: Análisis comparativo realizado sobre 7 productos. Licitud en la realización del análisis científico y en la difusión de los resultados del mismo. Posibilidad de aplicación de la Ley de Competencia Desleal. Sobre la posible existencia de responsabilidad civil del recurrido”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 69/2005, Civitas, Madrid, pp. 1355-1368.

¹⁸² AC 2006, 367.

¹⁸³ AC 2004, 1723.

presente, y [aún] cuando tal actividad pudiera tener un contenido económico mínimo.», señalando que la propia Exposición de Motivos establece que no es necesario ningún ulterior requisito amén de la delimitación del ámbito objetivo en torno a los actos en el mercado y con finalidad concurrencial, en el ámbito objetivo se ha de ser un sujeto concurrente aunque no se difundan las propias prestaciones y eso limita la posibilidad de que una entidad que no va a obtener ningún tipo de lucro con la difusión de un mensaje, es decir, que se dé en un contexto plenamente informativo, cualquiera que sea, caiga bajo la regulación de la competencia desleal.

No obstante cabe reiterar que podemos estar ante una comunicación presentada como un estudio independiente, pero que en realidad suponga un acto publicitario, ello por supuesto no evitará la comprobación del cumplimiento de las condiciones de licitud aunque se hayan intentado evitar de forma además desleal, en este sentido resulta clarificadora la SAP de Madrid 387/07, de 15 de marzo de 2007¹⁸⁴, confirmada por ATS de 23 junio 2009¹⁸⁵ que inadmite el recurso contra la resolución citada, donde su FJ tercero afirma que *«[...] se trata de una publicación en la que, bajo la apariencia de un supuesto estudio comparativo, se realiza un acto promocional de uno de los productos sometidos a examen [...]»*

En fin, en la práctica parece que todo lo que se revele eficaz desde un punto de vista objetivo para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero, en último término va encaminado hacia la contratación, la inclusión explícita de esta noción en el nuevo texto cuando en cualquier caso no era necesaria ya que es manifiesto que si un acto se reconoce por los destinatarios dirigido a fomentar la venta o cualquier otro negocio contractual es que ha sido objetivamente óptimo para difundirse en el mercado (de manera que la finalidad concurrencial incluirá la contratación o ejecución de contratos, la otra posibilidad sería que no se lleven a cabo sin dejar de ser por ello objetivamente idónea para promoverlos), parece orientada a establecer una relación con la definición de publicidad del art. 2 LGP en el sentido expuesto. Si una actuación sólo se presenta idónea para promover prestaciones propias o ajenas, aunque el efecto subjetivo sea el de abstenerse de contratar con otro, se entendería que va dirigida indirectamente a la contratación, cuando el ánimo contractual se

¹⁸⁴ AC 2007, 1049.

¹⁸⁵JUR 2009, 317554.

desprende objetivamente de forma obvia o natural la promoción sería directa. Esta interpretación encuentra apoyo igualmente en la Directiva 2004/116 cuyo considerando cuarto señala que «*la publicidad, lleve o no a la celebración de un contrato, afecta a la situación económica de los consumidores y de los comerciantes*», los primeros, entendidos en el Anteproyecto de Código mercantil como beneficiarios últimos de la regulación concurrencial.

4.1.1.- «Forma de comunicación» (art. 2 LGP):

Lo expuesto anteriormente no implica que, aunque todos los actos contenidos en la LCD tengan que realizarse en el mercado e ir encaminados directa o indirectamente a la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones, todas las conductas desleales que regula el Texto sean publicitarias. En efecto, al margen de la publicidad comparativa que por su propia definición implica comunicación hay otro tipo de actuaciones contenidas en la Ley que difícilmente podrían ser calificadas de comunicación en ninguna de sus formas; así sucedería por ejemplo con determinados actos de imitación, con la inducción a la infracción contractual o con la violación de normas. En definitiva, quien concurre en el mercado y comunica hace publicidad y como toda alusión a un competidor requiere comunicación, toda comparación es publicitaria, si bien, aunque no parece que tenga demasiada utilidad, se podrán seguir distinguiendo las conductas reguladas en el art. 10 LCD por la finalidad directa o indirecta de promover la contratación. Pero esta afirmación requiere de un aporte jurisprudencial que la sustente y por ello examinaré ahora la doctrina del Tribunal de Justicia europeo que la confirman (este concepto de publicidad además será relevante para escudriñar las nuevas formas de publicidad comparativa).

El 11 de julio de 2013 el TJUE se pronunció en el Caso Belgian Electronic Sorting Technology¹⁸⁶ sobre el concepto de publicidad contenido en la Directiva 2006/114 y anteriormente en los mismos términos en la Directiva 1984/450 codificada por la primera que define el término publicidad como «*toda forma de comunicación realizada en el marco de una actividad comercial, industrial, artesanal o liberal con el fin de promover el suministro de bienes o la prestación de servicios, incluidos los bienes inmuebles, los derechos y las obligaciones*¹⁸⁷», mediante cuestión prejudicial se plantea si dentro de la esfera del concepto

¹⁸⁶ Asunto C-657/11 (TJCE\2013\198).

¹⁸⁷ Aunque se explicita que las definiciones tienen efectos conforme al texto en que se contienen y en principio éste sólo regula la publicidad comparativa y no los actos, se aprecia la identidad con la definición recogida en el art. 2 LGP (calificada como norma de vocación generalista en la EM de la Ley 29/09) que es el concepto general de publicidad para toda concurrencia en el mercado, lo cual es requisito indispensable

de publicidad de la Directiva se incardinan las siguientes situaciones: el registro de un nombre de dominio; el uso de dicho nombre de dominio; o la incorporación de metatags en el código fuente de un sitio web.

El apartado 39 aporta ciertas soluciones en cuanto a la definición en lo que a nuestro trabajo se refiere, en este sentido se señala que tal concepto no puede dejar fuera la actividad de un empresario o profesional para promover sus productos o servicios que pueda influir en el comportamiento económico de los consumidores, situación que, recordemos, es afectada por la publicidad tanto ésta lleve o no a la celebración de un contrato, afectando por otra parte a sus competidores y por tanto esa actividad no puede quedar al margen de la regulación de las formas correctas en el mercado, aceptando tanto una promoción directa como indirecta.

Lo que se trata es de dilucidar si los tres tipos de actuaciones mencionadas son una «forma de comunicación» llevada a cabo «con el fin de promover el suministro de bienes o la prestación de servicios» -art. 2.a) de la Directiva 2006/114-, en cuanto al *registro* no puede considerarse que constituya forma de comunicación con el fin de promover el suministro de bienes o prestación de servicios, es una mera formalidad que en sí no implica comunicación a los consumidores, aunque sí se puede considerar que se comunique en el acto del propio registro a los funcionarios o trabajadores pertinentes, en ese caso faltaría el fin, que no es otro que el propio registro para que tal comunicación genere los efectos pertinentes, aunque con ello se impida a los competidores de la posibilidad de acceder a dicho nombre de dominio para su uso en el tráfico, lo que supone una privación para el competidor de sus posibilidades de comunicación, pero no implica para quien registra comunicación publicitaria, no obstante los competidores no quedan desprotegidos pues se podrán acoger a la normativa correspondiente para defender sus intereses, por tanto, en tales circunstancias difícilmente podría calificarse el acto de registro como una conducta con finalidad concurrencial.

En cuanto a *uso del nombre registrado*, lo que no se puede dudar es que sea una forma de comunicación tanto el contenido de la página como la elección de la dirección web, en este caso en concreto además, en ambos contextos constituyen un acto de promoción de prestaciones y ello sin perjuicio del concepto de comunicación comercial de la Directiva 2000/31 que protege y regula otros objetivos y que no limita en absoluto el concepto de publicidad concurrencial que concierne a este trabajo, ya el propio considerando 11 de la misma y el art. 1.3 de su texto articulado señalan que el nivel de protección de los intereses de los consumidores que la Directiva 1984/450 (hoy 2006/114¹⁸⁸) protege, entre otros instrumentos comunitarios, no se ve afectado por la presente, pensamos en este sentido que no se puede considerar que la legislación concurrencial ni europea ni nacional restrinja la prestación de servicios en la sociedad de la información sino que en todo caso la ordena, no parece aceptable en este sentido

del acto de comparación: «*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.*»

¹⁸⁸ El art. 10 de la Directiva 2006/114 señala: «[...]Las referencias a la Directiva derogada se entenderán hechas a la presente Directiva...».

compartimentar el mercado diferenciando el que supone la sociedad de la información del resto de espacios físicos, por ende es plenamente aplicable a este espacio virtual como señala el considerando 11 mencionado.

En lo referente a la utilización de *metatags* se expondrá más detalladamente posteriormente, baste señalar ahora que igualmente se puede entender como forma de comunicación y por tanto de publicidad cuando se utilizan denominaciones propias de un competidor o sus prestaciones, provocando que el usuario del motor de búsqueda cuando introduce el término referido al empresario pasivo encuentre como resultados naturales tanto los del comerciante alusor como aludido percibiendo los primeros como una alternativa o entendiendo que cualquiera de los dos sitios le conduce a lo que busca si además el dominio hace referencia al competidor como es el caso, en definitiva, se da la apariencia al usuario de que el *sitio tiene una relación con su búsqueda* y por tanto hay comunicación.

Siendo esto así es difícil imaginar una manera de aludir a un competidor sin que sea una forma de comunicar cuando el umbral objetivo de la alusión queda ubicado tan bajo, pues basta que el consumidor pueda establecer una asociación a partir de una actuación del empresario comparador para que constituya comunicación de éste. Es decir, como señala el Abogado General MENGGOZZI, «*la interpretación amplia de publicidad es la que más se adapta a los objetivos que persiguen las directivas*» derogada y codificada, ya que además si restringimos el concepto se podrían excluir comunicaciones no tan palmarias, pero presumiblemente más peligrosas para el ciudadano-consumidor, en este orden de cosas y a mayor abundamiento a lo ya expuesto, en la línea de una interpretación amplia del concepto de publicidad, que ni si quiera en la Directiva alude a formas indirectas de promover la contratación y aun así parece acoger todo tipo de difusión de prestaciones en el mercado, de manera congruente al concepto amplio de comunicación. Con mayor motivo, si en nuestro ordenamiento interno se señala por parte del legislador que se incluye toda promoción indirecta hacia el negocio contractual, difícilmente podríamos entender aún hoy la finalidad concurrencial fuera de la noción de publicidad.

No obstante y dado el desarrollo de las tecnologías, sobre todo informáticas, parece procedente a dejar la puerta abierta a la posibilidad de *actos de comparación que no constituyan comunicación y por tanto no sean publicidad*, ya que, como hemos reiterado sólo se distinguirían estas actuaciones por el medio y no por la finalidad que puede ser directa o indirecta, aun así parece complicado, ya que como señala el Abogado General MENGGOZZI en sus conclusiones con respecto al supuesto más dudoso de los *metatags*, si bien analizando los elementos científicos (no jurídicos) que conforman la

comunicación, el emisor es identificable en la persona que introduce la palabra clave en el código fuente, pero ¿en realidad hay receptor y en consecuencia mensaje?, en consonancia a la interpretación amplia que se propugna se aprecia que sí de forma indirecta y mediata a través del motor de búsqueda, siendo este el criterio que parece acoger el propio tribunal.

Por otra parte un tipo de exclusión expresa como la del Anexo de definiciones de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información, contenida en el concepto de «comunicación comercial» (apartado f) y que se alega en este litigio sería la que permitiera poder seguir apreciando comunicaciones públicas que no constituyan actos publicitarios, lo cual no es aún apreciable dado que como resuelve el Tribunal de Justicia la esfera de influencia de ambos textos es completamente distinta y la sociedad de la información independientemente de dar un incentivo para su desarrollo, como no puede ser de otra manera, queda subordinada a los intereses concurrenciales.

La primera resolución¹⁸⁹ sobre publicidad comparativa dada por el TJCE el 25 de octubre de 2001¹⁹⁰ también ayuda a clarificar el concepto de publicidad de la entonces Directiva 84/450 cuando en su apartado 28 establece que a tenor de la definición de publicidad contenida actualmente en los mismos términos en el art. 2.a) de la Directiva 2006/114 la publicidad puede presentarse bajo muy variadas formas y por ende la que es comparativa, en este sentido se entiende que, al no excluir por parte del Tribunal ninguno de los elementos que conforman la definición, esa amplia extensión alude tanto a la expresión (toda forma de comunicación), como al entorno de ejecución (en el marco de una actividad mercantil) y al fin (promoción del suministro de prestaciones), entendiendo en este último caso en buena lógica la objetiva idoneidad de promoción de prestaciones. En términos similares se expresa en la STJCE 18 de junio de 2009¹⁹¹.

En definitiva, a la luz de esta jurisprudencia se puede apreciar que *todo comportamiento concurrencial puede afectar a la situación económica de los consumidores llegue o no a celebrarse un contrato, más aún con la nueva regulación mercantil codificada que incluye expresamente, y sin necesidad, la contratación de las*

¹⁸⁹ LEMA DEVESA, CARLOS, “La publicidad comparativa”, *Problemas jurídicos de la publicidad*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 451.

¹⁹⁰ Asunto C-112/99 (TOSHIBA).

¹⁹¹ Asunto C-487/07 (L’Oréal).

prestaciones difundidas de manera objetiva dentro de lo que se entiende por finalidad concurrencial, dando pie a coordinar la definición de publicidad de la LGP en el sentido de que se da promoción directa cuando la finalidad contractual es palmaria, e indirecta cuando simplemente se revela objetivamente idónea la promoción de prestaciones, teniendo presente igualmente que la finalidad de la regulación concurrencial ahora gravita en último término en los consumidores y usuarios; y con la interpretación de la expresión «*toda forma de comunicación*» que contiene el concepto de “publicidad”, parece más que razonable entender cualquier tipo de alusión a un competidor dentro de la misma. Por ello, se presenta necesario entender la comparación pública que se da en el mercado como una expresión publicitaria que puede buscar de forma directa, lo que sería hoy publicidad comparativa, o indirecta la contratación, hoy comparación pública.

4.2.- Principios generales en materia de competencia: intereses protegidos:

En cuanto a las disposiciones generales aplicables al Derecho de la Competencia, se ha de señalar el cambio de redacción respecto a la finalidad que persigue la normativa actual por un precepto que se encarga de señalar los intereses protegidos, art. 310-1: «*Las normas sobre competencia tienen por objeto garantizar, preservar y promover el correcto funcionamiento, la transparencia y la existencia de una competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos, en beneficio de los consumidores y usuarios.*», se aprecian a simple vista notables diferencias, máxime teniendo en cuenta la redacción de la Propuesta de 2013, que no hace sino ajustar la redacción del actual art. 1 LCD en cuanto a su finalidad, en términos más globales teniendo presente que ahora acoge bajo su ámbito el Derecho de Defensa de la Competencia¹⁹², en este sentido este precepto constituye una de las novedades que presenta el Anteproyecto.

Parece presentarse ahora al consumidor como epicentro y criterio último del sistema concurrencial, pero prescindir de los otros dos pilares que conforme a la evolución histórica de la sociedad en general y el mercado en particular conformaban el bloque normativo amplio de Competencia y poner el acento exclusivamente en la protección del consumidor puede tener sentido en cuanto que se mantenga la ilicitud de

¹⁹² El art. 310-1 de la propuesta rezaba: «*Las normas sobre competencia tienen por objeto la protección de ésta en interés de todos los que participan en el mercado, prohibiendo los actos de competencia desleal y las prácticas restrictivas de la competencia.*»

determinadas prácticas que además protegen sólo a los empresarios en sus relaciones entre ellos¹⁹³ como por ejemplo los actos de imitación o la inducción a la infracción contractual, en aras de proclamar un principio interpretativo transversal a la hora de resolver cualquier tipo de conflicto en este campo. Pero cambiando la premisa por nimia que sea la modificación, es posible obtener conclusiones completamente distintas, así pues, si pensamos en los requisitos de licitud de la publicidad comparativa ¿por qué, en un momento dado, habría que seguir prohibiendo la relativización pública de un producto con otro con el objeto de dar información al consumidor cuando constituye una denigración para el comparado?, en efecto, no es descabellado actualmente pensar, y así ha sido en algún momento, que un número de exaltados relativamente importante no quiera comprar productos o contratar servicios ofertados desde Cataluña, y conforme a su *derecho a la libertad de elegir el producto o servicio que mejor satisfaga nuestras necesidades*¹⁹⁴, tendrían el mayor interés en obtener la información relevante para cumplir con su conducta de cualquier forma posible. Sin embargo, a pesar de la nueva redacción de la norma que difiere de manera clara de la narración dada en la propuesta similar a la contenida en la Ley vigente, la interpretación de este principio no debe de ser demasiado distante de los intereses que aún hoy se presentan como pilares de la regulación concurrencial ni desmarcarse de la evolución institucional del Derecho concurrencial. En este sentido, en la propia Exposición de Motivos del Anteproyecto se señala que el título relativo a los principios generales reproduce la esencia de las disposiciones generales contenidas en el capítulo I de la actual LCD extendiendo al ámbito de la regulación sobre libre competencia la substancia de la finalidad, incluyendo la prohibición de los actos de competencia desleal, y los ámbitos objetivo y subjetivo de aplicación. Al hilo de lo expuesto en el primer capítulo de esta obra se destaca el correcto funcionamiento del mercado y sectores productivos en beneficio de los consumidores y usuarios, atendiendo igualmente a la noción expuesta de ciudadano-consumidor, se debe seguir orientando la regulación a la decisión óptima aunque éste al margen de su estatus cívico, lícitamente

¹⁹³ Vid. v. g. MARTÍN ARESTI, PILAR, "Consumidor, marcas y publicidad", en AA.VV. (dir./coord. MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, ÁNGEL), *Marca y publicidad comercial. Un enfoque interdisciplinar*, LA LEY, Madrid, 2009. Señala textualmente: «[...] En el modelo institucional de competencia desleal, la protección que recibe el interés del consumidor discurre pareja a la del interés de los operadores económicos, pero no se impone sobre ella. Es, más bien, una consecuencia necesaria de la protección otorgada a la competencia en sí misma considerada que alcanza de forma refleja a todos los sujetos que en ella participan [...]».

¹⁹⁴ LEMA DEVESA, CARLOS, "La publicidad comparativa", *Problemas jurídicos de la publicidad*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 447.

pueda elegir en virtud de los criterios que estime pertinentes, y conseguir para ello la información que pretenda con todos los medios legales a su alcance.

Por lo demás, si bien la LCD quedaría completamente abolida, en cuanto a la LGP únicamente se deroga su título III siguiendo la coordinación dada con la reforma de 2009 con la salida de las normas de publicidad desleal de texto de la LGP con remisión expresa a la LCD. Por otra parte, se reproduce el esquema anterior de cláusula general y supuestos particulares, teniendo en cuenta que la reforma de 2009 ya actualizó el ámbito de aplicación territorial conforme a la promulgación del Reglamento (CE) No 864/2007 (Roma II).

Dando por otra parte mayor amplitud a la normativa procesal de la LCD que pasa en el Texto codificado a regular el ámbito del Derecho de la libre competencia clarificando la aplicación privada del Derecho de Defensa de la Competencia, sin perjuicio de la regulación administrativa aplicable, cuyo órgano resolutorio se encuentra actualmente integrado en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

4.3.- “Actos de comparación” en el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil:

En cuanto al comportamiento concreto que estamos estudiando no se aprecian modificaciones de calado, así el nuevo precepto quedaría del modo siguiente:

Artículo 322-8. Actos de comparación.

1. La comparación pública, incluida la publicidad comparativa, mediante una alusión explícita o implícita a un competidor es libre 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, denominación específica o especialidad tradicional garantizada, la comparación sólo podrá efectuarse con otros productos de la misma denominación o indicación.

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.

2. La comparación no podrá contravenir lo establecido en este Código en materia de actos de confusión, engaño, denigración y explotación de la reputación ajena.

En primer término, se aprecia la distinción de comparación pública y actos de comparación manteniendo la aparente relación de género y especie, pero como se ha señalado en este trabajo hay suficientes argumentos para entender la comparación pública como una conducta publicitaria, si se quiere, con una finalidad indirecta de promoción de la contratación por resultar menos obvia, aunque también se ha señalado y no es descabellado pensar que pueda llegar a haber un determinado tipo de actuación expresamente excluido, en alguna disposición normativa, del ámbito publicitario; y que, sin embargo, no deje de ser por ello una comparación que, realizada en el mercado y con fines concurrenciales, se considere comparación pública.

En segundo lugar, se sustituye la expresión «*estará permitida*» por «*es libre*», sin que aparentemente implique mayores consecuencias que una mejor técnica jurídica en el contexto legal en que se encuentra el precepto en relación con el art. 11 LCD¹⁹⁵. Como ya se ha señalado anteriormente la licitud de los actos de comparación no depende de la autorización del legislador. En todo caso, si entendiera necesaria su prohibición ésta debería de ser expresa, pues, en caso contrario, si fuera leal no podría estar interdicta, por tanto esta redacción se ajusta mejor a la realidad declarando la libertad de la comparación y delimitando legalmente, para mejor funcionamiento del mercado y desarrollo del interés general, sus requisitos.

En tercer lugar, se mantiene la literalidad del apartado c) con respecto a las indicaciones geográficas, denominaciones específicas, y especialidades tradicionales garantizadas, su posible polémica en torno a la transposición de la Directiva 2006/114 ya fue examinada y no conviene volver a repetirla.

¹⁹⁵ GÓMEZ LOZANO, M^a DEL MAR, ob. cit., p. 249 y ss.

Finalmente, el requisito contenido en el apartado e) pasa a ser un segundo punto del artículo añadiendo el que no implique confusión como conducta que debe observar la publicidad comparativa y, aunque todavía innecesario, ahora en mejor armonía desde una perspectiva de interpretación sistemática del Texto, sin referencia a preceptos concretos lo que por otra parte implicaría una nueva relación de la publicidad comparativa con los consumidores en relación con las posibles sanciones administrativas en el sentido expuesto anteriormente al analizar la necesidad del apartado e) del art. 10 LCD, en todo caso menos problemática dado que dejaría de existir un capítulo concreto de prácticas comerciales con los consumidores, para integrarse todo tipo de conductas independientemente del destinatario en una mejor sistemática, por tanto la tutela consumerista en lo que al régimen sancionatorio se refiere se llevaría netamente a través del TRLGDCU; en su lugar se recupera un requisito contenido ya en el derogado art. 6 bis LGP introducido a través de la Directiva 97/55 que incorporó la publicidad comparativa a la Directiva 84/450, requisito que desapareció de manera específica en la reforma que operó en dicho cuerpo legal la Directiva 2005/29, quedando de algún modo diluido entre los actos de engaño¹⁹⁶, y que por tanto tras la Codificación de la publicidad engañosa y comparativa en el ámbito europeo en la Directiva 2006/114 no aparece, en este sentido se señala en virtud de su art. 8 que es un Texto de máximos con respecto a la publicidad comparativa pues no permite a la hora de transponer mayor protección, en lo que se refiere a la comparación, de los competidores. Esto no obstante, no debería haber mayores problemas en asumir tal requisito, pues se puede apreciar que no implica mayor protección para los empresarios o profesionales y en todo caso la mayor tutela se predicaría de los consumidores.

4.4.- Reflexión final:

A modo de conclusión de este epígrafe, ya se había señalado por parte de la doctrina la comparación como acto publicitario¹⁹⁷, destacando la «*íntima relación*» que se da entre los conceptos de publicidad y finalidad concurrencial, sin embargo, el legislador en la reforma de 2009 echó por tierra el entendimiento del anterior art. 10 LCD

¹⁹⁶ Vid. en este sentido DOMÍNGUEZ PÉREZ, EVA M^a, “Problemática de la publicidad comparativa a través del factor «precio» y de la «selección de productos de una gama o serie»”, *RCD*, 10/2012, LA LEY, Madrid, pp. 199-200.

¹⁹⁷ V.g. DE LA VEGA GARCIA, FERNANDO, ob. cit., p. 180.

como norma correctora del régimen jurídico de la publicidad comparativa, otorgando a los actos de comparación y de publicidad comparativa una relación de género y especie, siendo la primera en todo caso una regulación de carácter general con sus especificidades en materia publicitaria, y no parecía posible afirmar hoy que el acto de comparación «*no es más que una clase de o modalidad de publicidad*»¹⁹⁸, pero, en este sentido ¿objetos donde la publicidad esté prohibida cabría el acto de comparación? Desde luego, parece que en el mercado y con finalidad concurrencial no.

La publicidad comercial desde el punto de vista legal, como ya se ha señalado, pone el acento de su definición en la promoción directa o indirecta de la contratación, pero fuera de la definición legal la importancia de la acción publicitaria recae en la actividad comunicativa¹⁹⁹. En este sentido cualquier acto de comparación sería un acto publicitario, aunque no parece que sea así como nuestro legislador ha pretendido juridificar la comparación pública al hilo de la regulación del art. 10 LCD en relación con el art. 2 LGP. Como ya se ha argumentado, parece bastante complicado imaginar un acto de comparación que no pretenda incrementar la contratación de bienes o servicios y que además, a la vez, se revele objetivamente idóneo para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero, en cualquier caso, dado que la regulación actualmente es idéntica no tendría mayor trascendencia desde el punto de vista práctico, pues sólo habría que cerciorarse de la finalidad concurrencial.

Si finalmente entra en vigor la nueva regulación, lo cual parece previsto para 2015 dado el avanzado estadio de la iniciativa del Ejecutivo, se vendría a culminar la transformación del ordenamiento concurrencial. En efecto, partiendo de la Constitución económica, el principio de libertad de empresa del que deriva el principio de libertad de competencia, era el epicentro del sistema económico y de ahí nacía un mandato implícito al legislador de impedir las prácticas incorrectas en el mercado, si bien es cierto que a lo largo de los años la protección al consumidor (art. 51 CE) ha supuesto un aliciente en este sentido, con el nuevo Texto se tornaría la situación haciendo gravitar ahora el sistema en torno al ciudadano-consumidor.

¹⁹⁸ DE LA VEGA GARCÍA, FERNANDO L., ob. cit., p. 190, teniendo en cuenta que conforme a la regulación existente en el momento de dicha publicación era perfectamente argumentable tal afirmación.

¹⁹⁹ Vid. GIMÉNEZ RAMÓN, RAFAEL y IRIARTE IBARGÜEN, AINOA, "Publicidad comercial", *Enciclopedia jurídica*, LA LEY, 3707/2008, www.laley.es.

V. Conclusiones:

I.- Delimitación de la figura: la intención del legislador comunitario con la definición de “publicidad comparativa” proporcionada en el art. 2.c) de la Directiva 2006/114 es tratar de ofrecer un campo abierto donde tengan cabida todas las formas que puedan derivarse de esta modalidad, sin perjuicio de que a la hora de regular su licitud se ponga de relieve la importancia de la comparación en este concreto acto publicitario y que el contenido de la regulación, de estas condiciones de uso, sostenga de fondo que quien se publicita comparando lo hace para resaltar sus ventajas o las de sus productos o servicios, desde luego a tenor de la regulación parece que cualquier competidor podría manifestar públicamente sus miserias en relación con la superioridad de otros empresarios o profesionales sin mayores problemas en esta sede, por supuesto dejando al margen la posibilidad de defensa de otros intereses como inversores, empleados, proveedores...

Por tanto y como hemos venido exponiendo, en la práctica litigiosa, a tenor de la regulación y las resoluciones jurisprudenciales y de jurados auto-compositivos, se deduce una gran amplitud del concepto que, sin embargo, no impide que aún podamos distinguir esta figura de algunas modalidades publicitarias similares, sin perjuicio de las posibles delimitaciones doctrinales²⁰⁰, más precisas técnicamente, aunque aparentemente superadas. En este sentido no parece que hubiera mayores problemas en incluir la publicidad de tono personal, adhesiva y alusiva dentro del concepto de publicidad comparativa²⁰¹, la primera se refiere a la comparación de situaciones o particularidades personales del operador aludido, es bastante probable que no se consideren manifestaciones pertinentes y por tanto sean denigratorias pero queda claramente dentro del concepto y habría que analizar si se dan los requisitos de licitud; en cuanto a la publicidad adhesiva ya se ha señalado y justificado anteriormente su inclusión; finalmente la modalidad alusiva constituía clásicamente el género de los dos tipos anteriores junto con la publicidad comparativa, a día de hoy, como ya se ha dicho, parece que hemos de entender esta figura como la propia conducta publicitaria comparativa, y, si se quiere, distinguir los mensajes de tono personal y adhesivos como especies de la misma.

Por otra parte, podemos vislumbrar algunas figuras de contornos hoy ya no tan problemáticos que parecen alcanzar el concepto de nuestro objeto de estudio aunque fuera

²⁰⁰ Vid. TATO PLAZA, ANXO, “Distinción frente a figuras afines”, *La publicidad comparativa*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 41 y ss.

²⁰¹ Vid. v. g. MASSAGUER FUENTES, JOSÉ, ob. cit., p. 317.

de forma tangencial, así por ejemplo la “invitación a comparar”, donde la referencia al competidor se da aunque no establezca la comparación el propio anunciante sino que incite a realizarla a los destinatarios, y, por ejemplo, cabría considerar que estamos ante un supuesto de comparación publicitaria ilícita si no se trata de productos homogéneos o se alude a parámetros que no son esenciales, o en productos con distintivos de calidad se invite a relativizarlos con otros de distinta denominación de origen; en el caso de “explotación publicitaria de resultados de test de mercaderías realizados por entidades neutrales”, estamos en una situación similar a la anterior, de modo que parece que siempre que aparezca la referencia inequívoca a un competidor se tratará de publicidad comparativa, que podrá ser lícita en virtud de cumplimiento total de sus condiciones.

Ya netamente en figuras similares que no constituyen modalidades de publicidad comparativa, independientemente de que ciertos mensajes publicitarios sean de difícil encaje como manifestaciones de “publicidad comparativa” o alguno de los siguientes, encontramos: la “publicidad de tono excluyente” ya observada en algunas resoluciones analizadas en epígrafes anteriores, el alusor simplemente señala su posición hegemónica con respecto a la totalidad de competidores, de modo que la referencia directa queda descartada de plano, sin perjuicio de que en la variada casuística de esta actividad, pueda identificarse una referencia indirecta en cuyo caso dicha conducta quedaría, lógicamente, fuera de esta figura; la “auto-comparación” ya que no se daría la alusión exigida; la “comparación publicitaria de sistemas económicos”, que constituye una comparación impersonal entre las opciones técnicas de los operadores si un anunciante, por ejemplo, incita a comprar un producto en lugar de arrendarlo; la “comparación de géneros de mercaderías” que aparece de forma recurrente en la práctica y que hemos visto que se da, por ejemplo, cuando se compara pasta de producción industrial con vegetales frescos; y, en definitiva, cualquier otro concepto abstracto que podamos inferir de las concretas conductas de los operadores económicos, que no constituyan una alusión, explícita o implícita, a un competidor en el sentido expuesto en este trabajo. Y, por ello, todo lo que se acaba de señalar respecto a estas figuras, no descartando en ningún caso que el consumidor medio pudiera, en un momento dado, observar una referencia inequívoca a uno o varios competidores, y por tanto estuviéramos ante un supuesto de publicidad comparativa disimulado en uno de estos tipos afines, si, por ejemplo, presentada una auto-comparación, los destinatarios identifican en el antiguo producto o servicio del anunciante

un producto o servicio en activo de otro operador²⁰², examinando cualquier situación de este tipo caso por caso y con las debidas cautelas.

II.- Concepto de “publicidad”: la definición de publicidad parece igualmente conscientemente abierta, lo cual puede generar conflictos, como hemos visto, con otras Directivas, especialmente la que regula la aproximación de legislaciones a los servicios de la sociedad de la información, en cualquier caso, parece que en la definición otorgada por el texto europeo como la contenida en el art. 2 LGP tienen cabida cualquier tipo de manifestaciones con intención de generar obligaciones, ya se contengan en formatos tradicionales, o aprovechando las nuevas tecnologías; bien promocionando directamente bienes y servicios, bien relacionada con la gestión de intangibles, concepto en el que se incluiría el gobierno corporativo; e incluso independientemente del nombre que se le quiera dar publicidad, discurso comercial, comunicación comercial...

En este sentido, y dado el componente consumerista de esta obra, cabe destacar que si la expresión comercial sea cual sea su forma constituye una auténtica oferta contractual pasaría a formar parte del contenido del contrato conforme al art. 61 TRLGDCU.

III.- Forma de comunicación y nuevas tecnologías: en cuanto a nuevas posibles formas de publicidad comparativa, hay que partir, compartiendo lo expuesto ya por la doctrina²⁰³, de que la particularidad que las nuevas tecnologías aportan a la publicidad comercial es el canal, y la forma, de difusión, ya que la función y finalidad obviamente es la misma que en el caso de la publicidad clásica, entre otras cosas porque si fuera de otro modo no podríamos estar hablando de publicidad en el sentido legal del término, entre las nuevas técnicas promocionales podríamos destacar los banners, pop up, sitios web de comerciantes y profesionales, el envío de e-mails solicitados o no (spam)...; o el uso de palabras clave idénticas a marcas de competidores²⁰⁴, no hay duda de que estamos ante una forma de comunicar, pero además parece claro que en la medida en que se alude

²⁰² Vid. TATO PLAZA, ANXO, últ. ob. cit., p. 53.

²⁰³ GIMÉNEZ RAMÓN, RAFAEL y IRIARTE IBARGÜEN AINOA, “Publicidad comercial”, *Enciclopedia jurídica*, La Ley. Disponible www.laley.es.

²⁰⁴ STJCE, de 23 de marzo de 2010 [TJCE 2010, 87], FF 70 y 71. Asuntos acumulados C-236/08 a C-238/08.

a un competidor estamos ante un caso de publicidad comparativa, que, a la luz de las condiciones de uso, se verá si es lícita o no.

En este trabajo se ha tratado de exponer con mayor o menor precisión una interpretación coordinada de las definiciones contenidas en la LCD y LGP orientadas también al futuro de la regulación mercantil e incluso la necesidad de entender que los actos de comparación en el mercado sólo pueden ser publicitarios, y por tanto que sólo hay un medio -el publicitario- de transmitir la comparación independientemente del fin más o menos encaminado hacia la contratación, no obstante en Derecho pocas interpretaciones son absolutas, por tanto a la hora de examinar las nuevas posibilidades de comparación hay que tener presente que se puede distinguir ambas figuras igualmente por su medio de difusión publicitario o no. No obstante, analizando el caso particular, por establecer una referencia representativa, de los indicadores de hipertexto en los metadatos de un sitio de internet, en la medida en que constituyen una forma de comunicación cuando se utilizan denominaciones propias de un competidor o sus productos, y dado que, como mínimo, se revela objetivamente idóneo para difundir las prestaciones de quien lo usa si no algo más, esta nueva posibilidad cabría tanto para la comunicación y publicidad comparativas entendidas como figuras distintas o en el concepto amplio de publicidad comparativa que se presenta en este trabajo, o dicho de otro modo, todo lo que se pueda incardinar en el concepto amplio de publicidad comparativa irremediablemente sirve para el entendimiento de dos conductas distintas.

De nuevo y ahora más detalladamente sobre la STJUE de 11 de julio de 2013²⁰⁵, como referencia, en lo que interesa al trabajo²⁰⁶ el Tribunal resuelve la interpretación del concepto de publicidad del art. 2.a de la Directiva 2006/114/CE de manera que hay que entender comprendidos en su contenido la utilización de un nombre de dominio y de metatags en los códigos fuente de sitios de internet; por el contrario el registro como tal de un nombre de dominio no constituye un acto de publicidad.

Poco sentido tiene para el Tribunal, en la línea de su jurisprudencia, limitar el concepto de publicidad a las situaciones clásicas dada la finalidad establecida por la Directiva que regula las publicidades engañosa y comparativa, esto es, *proteger a los*

²⁰⁵ Asunto C-657/11.

²⁰⁶ En los apartados 27 a 31 el tribunal resuelve además sobre la petición de BEST para que interprete de oficio algunas cuestiones relacionadas con el Derecho marcario a lo que responde negativamente.

comerciantes contra la publicidad engañosa y sus consecuencias injustas y establecer las condiciones en las que estará permitida la publicidad comparativa, y los intereses que subyacen como señala en distintos considerandos como son las situaciones económicas de competidores y consumidores, así como el buen funcionamiento del mercado interior, en este sentido no es necesario ni si quiera aludir a una interpretación teleológica de la norma, sino que de su propia redacción y sistemática se infiere que se desean abarcar todo tipo de manifestaciones publicitarias que pueda(n) influir en el comportamiento económico de los consumidores y, por lo tanto, afectar a los competidores de ese comerciante, para que no queden al margen de las normas sobre competencia leal establecidas en dichas Directivas.

En cuanto al uso de un nombre de dominio, se cuestiona si así se promueve la contratación de sus productos o servicios, en este sentido señala el Tribunal que no es sólo el sitio contenido tras el nombre de dominio el que promueve la contratación, sino que ya en la elección del nombre encaminada a su visita masiva se atisba la finalidad promocional. Esto no queda condicionado por la aparente contradicción conceptual entre las Directivas 2006/114/CE y 2000/31/CE pues aluden a realidades distintas como ya se ha dicho.

En cuanto a la problemática de los metatags de palabras clave, éstos se refieren a palabras codificadas en el código fuente de un sitio web, su objeto es describir el contenido de la página, pero con una función netamente técnica y por tanto no son visibles en el sitio de internet, esto es, si un usuario ejecuta una búsqueda a través de un motor, éste reconoce los metatags y ordena los resultados del modo que mejor se corresponde con la búsqueda asociando las referencias que introdujo el usuario a los sitios a través de los metatags indicados en su código fuente, en una primera clasificación podemos distinguir dos tipos: «metatags descriptivos» (meta description tag) que describen el contenido de la web; y los «metatags palabra clave» (key words metatags) palabras clave que se refieren al contenido del propio sitio. En este caso se resuelve sobre el segundo tipo de metatags, pero siguiendo la ratio decidendi de la sentencia no habrá problema en identificar el primer tipo como forma de comunicación cuando se aluda a un competidor, a sus productos o sus derechos exclusivos.

Pues bien, haciendo uso de las key words metatags por parte de la demandada se incluyeron en los campos de hipertexto del código fuente referencias a la competidora e incluso el nombre de algunos de sus concretos productos, de modo que si alguien

introducía en un buscador el nombre de ese producto ofertado por BEST, e incluso el propio nombre comercial de la sociedad tal y como los referenció Visys en los indicadores de hipertexto, aparecerá ésta última también en los resultados de búsqueda. Dicha situación, al igual que el uso de un nombre de dominio que hace alusión a una competidora, debe ser interpretada como una forma de comunicación en la medida que puede inducir al usuario que busca dicho término a percibir los enlaces del competidor como una alternativa o incluso como sitios donde se ofertan los productos que busca, por tanto la oposición de Visys en relación a la invisibilidad y destinatario de las referencias contenidas en los metatags no impide esta situación como forma de comunicación válida, aunque indirecta, para el concepto de publicidad de la Directiva 2006/114/CE, además de la clara intención promocional que tiene por parte de Visys.

A nuestro juicio resulta palmario que la expresión “toda forma de comunicación” no establece limitación alguna a la expresión de la publicidad más allá de la implicación propia del verbo “comunicar” que exige una serie de elementos entre los que destacan emisor, receptor, canal, código formal y contexto²⁰⁷, además en consonancia con el considerando 8 de la Directiva 2006/114/CE, en este sentido también podemos considerar que tampoco es deseable limitar las formas de publicidad engañosa o comparativa en relación con cualquier tipo de expresión publicitaria la cual implica, sin duda, un concepto amplio sin más límites que la propia difusión del mensaje²⁰⁸, amén de los otros requisitos señalados anteriormente: actividad y promoción de la contratación (directa o indirecta).

Este comportamiento podría suscitar problemas en distintas situaciones reguladas por la normativa concurrencial, así por ejemplo, en caso de que estuviéramos ante un mercado con una estructura definida en torno a unas pocas empresas de corte oligopolista (o más claro aún en un duopolio), y además teniendo presente que nos encontramos con productos dirigidos a un público especializado²⁰⁹, parece que podría ser un caso de publicidad comparativa aun cuando la falta del artículo determinado “the” en la expresión inglesa completaría gramaticalmente el significado de la expresión “the best laser sorter”, creo que incluso para cualquier profano de la lengua inglesa resulta intuitivo el significado

²⁰⁷ Apartado 23 de las conclusiones del abogado general, en relación con el apartado 32 de las mismas.

²⁰⁸ En este sentido, STJCE de 17 de noviembre de 1993, C-68/92, apartado 16; y art. 2 LGP.

²⁰⁹ Al hilo de lo expuesto por TATO PLAZA, ANXO, *La publicidad comparativa*, Ed. Marcial Pons, 1996, Madrid, págs. 29-34.

de la frase aun sin una correcta concreción gramatical²¹⁰, en estas circunstancias de alusión implícita a los productos del competidor para declarar la hegemonía de los propios (a los que remite la dirección web), este comportamiento estaría englobado dentro de la noción de publicidad comparativa que exigiría la comprobación, por parte del tribunal nacional, de las condiciones de licitud (más claro aún sería si entendemos BEST como la denominación del competidor siempre que no estuviéramos ante un acto de confusión, en este caso por asociación dado el contenido posterior de la web).

En cualquier caso y al margen de otros problemas más fronterizos con el Derecho marcario relacionados con la utilización de “keyword metatags”, parece claro que en lo referente a la publicidad comparativa el uso de un nombre de dominio web, así como el de indicadores de hipertexto destinados a motores de búsqueda pueden dar lugar a supuestos contenidos en este tipo de publicidad que habrá que analizar conforme a sus requisitos de licitud, por otra parte en relación a la regulación de servicios de la sociedad de la información tanto en la Directiva como en la Ley nacional, no parece razonable que si bien este último texto europeo entiende para sus objetivos, *contribuir al correcto funcionamiento del mercado interior garantizando la libre circulación de los servicios de la sociedad de la información entre los Estados miembros*, que usar un nombre de dominio no constituye una forma de comunicación comercial, ello implique que si ese nombre de dominio es por ejemplo www.nohayhotelmaslimpioenlaalberca.com su difusión no pueda constituir una forma de publicidad comparativa, pero es que además, al hilo de lo que señala el Abogado General en sus conclusiones, lo que no considera comunicación comercial la Directiva de comercio electrónico es el nombre de dominio (entre otros) en sí mismo, es decir, como tal en abstracto y sin significación alguna, lo que podemos equiparar al registro en el caso resuelto, y no parece implicar desde su propia literalidad que se excluya el uso de ese nombre de dominio como forma de comunicación comercial.

Dicho lo cual, a pesar de que la adaptación y los avances se van solventando en buena medida a través del trabajo de la jurisprudencia, e incluso desde ciertas previsiones legales (por ejemplo la cláusula general de la LCD). Desde esta exposición invitamos al

²¹⁰ Y como ya he señalado al margen de las posibles intenciones de Visys con su comportamiento, incluso se podría debatir si es más fácilmente reconocible para un público en principio no angloparlante que la expresión best laser sorter está haciendo referencia al mejor clasificador láser.

legislador a clarificar algunos conceptos legales, en torno a, por ejemplo, si el mensaje comunicado en la emisión publicitaria requiere una percepción sensorial, no es descabellado pensar que en un futuro los seres humanos puedan o podamos comunicarnos telepáticamente²¹¹ siendo un mensaje conscientemente percibido, y por tanto no sería subliminal (art. 4 LGP), ni entraría dentro de las figuras de publicidad ilícita del art. 3 LGP. Esta tarea se puede elaborar en un nivel considerable de abstracción, sin regular situaciones concretas que podrían resultar incluso jocosas para la mayor parte de la población, pero poniendo al ciudadano-consumidor en guardia ante lo que se puede venir encima en las próximas décadas, y no sólo a nivel consumerista; dotando a su vez, de mayor seguridad jurídica al Ordenamiento. Aunque alcanzado este nivel comunicativo sería deseable proscribir la comunicación publicitaria al menos en un primer momento, y estudiar los medios para evitarla si es que la telepatía, siguiendo con el ejemplo, se alcanzara por medios cibernéticos.

IV.- Posibles formas de alusión en contextos actuales: pero no hace falta referirnos a situaciones que aún forman más parte de la cultura de la ciencia ficción que de la realidad, eventos mucho más cotidianos pueden generar algunos problemas, si bien podrían resolverse a través de la asunción de conductas sociales típicas. Es frecuente que las compañías que ofrecen productos y servicios en el mercado de las telecomunicaciones y entretenimiento especialmente, nos localicen de manera recurrente por vía telefónica, para promocionar sus ofertas, aunque genéricas, de manera individualizada. Puede que en ese momento no dispongamos de lo que nos ofrecen o que seamos ya clientes de quienes nos llaman, pero lo más habitual será que dispongamos de esos productos o servicios que pretenden vendernos y que además nos los suministre alguna empresa de la competencia. Los mayores problemas del tele-marketing se producen, sin duda, en otras sedes y han ido evolucionando en una mejor posición del consumidor²¹², pero el concepto de alusión que implica nuestra figura, a tenor de la doctrina del TJUE, es bastante probable que se cumpla cuando nos llaman y nos preguntan si disponemos de cierto producto o servicio, con qué empresa y con qué características, para inmediatamente después proceder a exponer las cualidades del que pretenden vendernos. Hay muchas

211

http://www.bbc.co.uk/mundo/noticias/2012/11/121129_tecnologia_teclepatia_comunicacion_aa.shtml

²¹² V.g. Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

otras formas de entablar la oferta que dependerán de las técnicas de cada empresa o contrata, pero desde el momento en que son los empresarios o profesionales quienes se ponen en contacto con nosotros (de manera individualizada e invadiendo cierta esfera de intimidad como es nuestro número de teléfono), de modo que si estamos disfrutando ya del producto o servicio concreto a través de un operador competidor, la actividad de quien nos llama va a generar una alusión más o menos explícita o implícita a dicho empresario o profesional. Por eso creemos que no sería descabellado pensar en prohibir esta forma de comunicación comercial, al no poder controlar de forma eficaz las deslealtades de todo tipo que pudieran darse contra todos los operadores en el mercado, constituir un medio ya de por sí agresivo, y no aportar apenas ventajas a un consumidor que puede contratar ya desde casa por otros canales, como es internet, que además permiten, antes de contratar, visualizar y estudiar las condiciones de la operación, o incluso telefónicamente siempre que sea el particular quien realice la llamada, en cuyo caso la alusión al competidor sería mucho más difícil de imputar al empresario o profesional. En cualquier caso, si se prefiere mantener esta modalidad de oferta publicitaria, creemos que debería ser obligatorio conservar una grabación a la que se pudiera llegar de forma accesible para que cualquier legitimado para emprender acciones en virtud del art. 33 LCD, entre los que estaría el aludido y que sabría de la actividad cuando ha perdido un cliente, pudiera revisar que se han cumplido los requisitos de licitud del art. 10 LCD (o 4 de la Directiva 2006/114) en dicha comunicación. Teoría igualmente extrapolable a la contratación fuera de establecimiento mercantil, cuando no es el potencial cliente quien toma la iniciativa en el contacto.

V.- Comparación pública y publicidad comparativa: además de lo ya expuesto, respecto al entendimiento de un único tipo de conducta en el art. 10 LCD, en un primer momento la LCD equiparaba los actos de comparación con la publicidad comparativa, pues si bien dentro del texto articulado el art. 10 LCD únicamente hacía referencia a los actos de comparación, lo que parecía dar cierto sentido a la regulación del art. 6.c) de la LGP que hacía referencia a la publicidad comparativa, su preámbulo se refería a los artículos 10 y 11²¹³ como relativos a la publicidad comparativa y a los actos de imitación

²¹³ V. g. DOMÍNGUEZ PÉREZ, EVA M^ª, "Actos de imitación", *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Aranzadi, Pamplona, 2011, pp. 279-316.

respectivamente²¹⁴, lo que venía a reconocer que en realidad son la misma figura y que además estaba regulada en dos textos distintos, se puede decir en este sentido que el legislador no fue del todo preciso, primero manteniendo dos referencias distintas para un mismo acto y además no transfiriendo los requisitos de licitud de la LGP a la LCD con una remisión expresa a ésta última dentro del art. 6 LGP regulador de la publicidad desleal, si por el contrario lo que se pretendía era diferenciar dos tipos de actuaciones distintas según dónde o con qué finalidad se hicieran, entonces a todas luces la referencia al art. 10 en el preámbulo de la LCD es cuanto menos confusa.

VI.- Epílogo: finalmente, y en defensa de la no prohibición de esta figura sino cuando es estrictamente necesario, para según qué sectores, en virtud de los intereses que ampara el ordenamiento del mercado²¹⁵, como un argumento más contra la prohibición de la publicidad comparativa hay que decir que la publicidad en sí misma es un instrumento de comparación. En efecto, la publicidad como instrumento de oferta en el mercado surge para ser confrontada, de manera que los destinatarios puedan decidir de entre todos los productos anunciados el que más satisfaga sus inquietudes en un momento determinado incluso aun perteneciendo a distintos géneros, lo cual no quiere decir que “todo valga” a la hora de compararse con un competidor en el mismo sentido expresado en relación al acceso a una cantidad ingente de información en la red en el primer epígrafe de esta obra, de este modo podemos ver la publicidad comparativa como elemento de cierre del sistema en la regulación de la lealtad publicitaria como instrumento de política económica, si toda comunicación publicitaria está encaminada a que sea el propio consumidor el que elija de acuerdo con sus criterios incluso comparando lo objetivamente incomparable como puede ser gastar sus ahorros en una mascota en lugar de invertirlos en un portal de citas para encontrar una compañía íntima, resulta perfectamente lógico e incluso deseable regular la comparación entre anunciantes para facilitar ese cotejo al ciudadano-consumidor. Pero desde un punto de vista de mercado incentivando el tipo de elección basado en la eficiencia de las propias prestaciones, nueva y reiteradamente, fomentando la elección óptima, ya hemos visto cómo las condiciones de uso tienden acertadamente a ello, creemos que esto sucederá siempre que estos requisitos constituyan especificaciones de conductas desleales, pues más allá de esta técnica el riesgo de volver

²¹⁴ En este sentido DE LA VEGA GARCÍA, FERNANDO L., ob. cit., pp. 155 y ss., desarrolla un concepto juridificado de publicidad comparativa apoyado en los dos textos vigentes al respecto LGP y LDC.

²¹⁵ Vid. nota 141.

al modelo profesional de regulación de la deslealtad aumenta, dado que a priori, y con base a los intereses protegidos en la legislación concurrencial, parece difícil imaginar una condición de licitud de raíz exógena a la LCD que beneficie a la información disponible para los consumidores, sin menoscabo de los intereses legítimos de competidores; y se presenta, por el contrario, dada la actual regulación de la LCD, más fácil mermar la información de interés consumerista en beneficio del corporativismo y en perjuicio del interés general.

Igualmente si nos fijamos en el propio modelo de competencia que está detrás de las conductas reguladas, en el fondo nunca perdemos de vista la comparación, incluso aunque negáramos la virtualidad de la propia conducta de publicidad comparativa, lícitamente entendida, formulando su interdicción, estaríamos ante una contradicción de fondo que sólo podríamos salvar negando la propia regulación de la competencia leal y dejando que competidores y consumidores actuaran como creyeran conveniente en la competición concurrencial incluso fuera de toda ética, pues una mínima expresión de orden en esta actividad implicaría de manera más o menos directa que los consumidores pudieran comparar cualquier tipo de oferta acentuada en cualquier característica de un producto o servicio aunque para ello tengan que estudiar inevitablemente al menos dos promociones, en efecto, cualquier tipo de intervención ya sea hetero o auto compositiva estaría dirigida de un modo u otro a que el juez de mercado, quien ha de elegir entre uno u otro producto o servicio, pueda tomar su decisión poniendo una prestación en relación con otras, en este sentido BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO²¹⁶, señala el modelo de competencia que subyace a los supuestos articulados destacando que exista claridad y diferenciación en las ofertas; actuación de oferentes en el mercado basada en su propio esfuerzo; respeto a la legalidad; prohibición de la arbitrariedad; y protección especial y libertad de decisión de los consumidores. Características que se pueden predicar esté permitida o no la publicidad comparativa, de modo que podemos señalar además que prohibir la figura de manera general no aporta nada (al margen de mayores intereses públicos en concretos sectores), su tipificación adecuada, sin embargo, puede constituir un incentivo al mejor funcionamiento del mercado, fomentando un comportamiento económico deseable en los destinatarios y una competencia leal entre los operadores.

²¹⁶ "Principio de corrección en el tráfico económico: La competencia desleal", *Apuntes de Derecho Mercantil*, Aranzadi, Pamplona, 2013, p. 424 y ss.

VI. Bibliografía:

- AA. VV. (dir./coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, ALBERTO), *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Aranzadi, Pamplona, 2011.
- AA. VV. (Coords. GALÁN CORONA, EDUARDO y CARBAJO CASCÓN, FERNANDO), *Marcas y distribución comercial*, Ed. Universidad de Salamanca, Salamanca, 2011.
- AA. VV. (dir. GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, JOSÉ), *Tratado de Derecho de la Competencia y de la Publicidad* (2 volúmenes), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014.
- AA. VV. (dir./coord. GÓMEZ SÉGADE, JOSÉ A.), *El Derecho mercantil en el umbral del siglo XXI*, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- AA.VV. (dir./coord. MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, ÁNGEL), *Marca y publicidad comercial. Un enfoque interdisciplinar*, LA LEY, Madrid, 2009.
- BERCOVITZ ÁLVAREZ, RAUL, “Supuestos de publicidad comparativa y publicidad excluyente en una guerra publicitaria: zumos Don Simón vs. Zumos Pascual (Resoluciones del Jurado de Autocontrol)”, *RCD*, 2/2008, LA LEY, Madrid, pp. 161-189.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, ALBERTO, *Apuntes de Derecho Mercantil*, Aranzadi, Pamplona, 2013.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, ALBERTO, “Hacia un nuevo Código Mercantil”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 885/2014, Aranzadi, Pamplona, p. 3.
- BROSETA PONT, MANUEL y MARTÍNEZ SAN, FERNANDO, *Manual de Derecho Mercantil*, 2013, Tecnos, Madrid.
- CARBAJO CASCÓN, FERNANDO, “El caso google adwords: sobre la infracción de marcas y la responsabilidad de intermediarios de la sociedad de la información en la comercialización de palabras clave y puesta a disposición de enlaces patrocinados. Comentario a la sentencia del tribunal de la Unión Europea (Gran Sala) de 23 de marzo de 2010 (as. Acumulados C-236/2008 a C-238/2008)”, *RCD*, 7/2010, LA LEY, Madrid, pp. 321-337.
- CURTO POLO, MERCEDES, “1814. SENTENCIA DE 17 DE MAYO DE 2004: Acumulación de protecciones otorgadas por la Ley de Marcas y la Ley de Competencia Desleal. Inexistencia de infracción de marca. Uso del signo sin fines distintivos. Inexistencia de actuación desleal susceptible de provocar la

confusión o el aprovechamiento indebido de la reputación ajena. Inexistencia de imitación desleal”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, 68/2005, Civitas, Pamplona, p. 581-601.

- DE LA VEGA GARCÍA, FERNANDO L., “La comparación en sentido jurídico como acto de concurrencia lícito. Aspectos generales”, *RDM*, 227/1998, Civitas, Madrid, pp. 155-203.
- DÍEZ-PICAZO, LUIS M^a, *Sistema de derechos fundamentales*, Aranzadi, Pamplona, 2008.
- DOMÍNGUEZ PÉREZ, EVA M^a, “Consideraciones sobre los "actos de engaño" y "la participación en el mercado con fines concurrenciales" al hilo de la sentencia de la AP de Islas Baleares de 19 de octubre de 2011 (Sección 5^a)”, *ADI*, 32/2011-2012, Marcial Pons, Madrid, pp. 501-526.
- DOMÍNGUEZ PÉREZ, EVA M^a, “De nuevo sobre la publicidad comparativa (comentario a la Sentencia de la AP de Álava de 22 de febrero de 2000, caso Guiaraba)”, *ADI*, 22/2001, Marcial Pons, Madrid, pp. 547-564.
- DOMÍNGUEZ PÉREZ, EVA M^a, “Problemática de la práctica promocional mediante premio: entre la práctica engañosa y la práctica agresiva. A propósito de la Sentencia del TJUE de 18 de octubre de 2012”, *ADI*, 33/2012-2013, Marcial Pons, Madrid, pp. 481-498.
- DOMÍNGUEZ PÉREZ, EVA M^a, “Problemática de la publicidad comparativa a través del factor «precio» y de la «selección de productos de una gama o serie»”, *RCD*, 10/2012, LA LEY, Madrid, pp. 185-206.
- DOMÍNGUEZ PÉREZ, EVA M^a, “Review of Comparative Advertising. German Case Law in Light of EC Directive”, *IIC*, 1/2001, pp. 20-51.
- DOMÍNGUEZ PÉREZ, EVA MARÍA, “SENTENCIA DE 3 DE FEBRERO DE 2005: Análisis comparativo realizado sobre 7 productos. Licitud en la realización del análisis científico y en la difusión de los resultados del mismo. Posibilidad de aplicación de la Ley de Competencia Desleal. Sobre la posible existencia de responsabilidad civil del recurrido”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 69/2005, Civitas, Madrid, pp. 1355-1368.
- GALÁN CORONA, EDUARDO, “Análisis de la jurisprudencia comunitaria (PARTE I)”, *Autocontrol*, 145/2009, Asociación de autocontrol de la publicidad, Madrid, pp. 10-14.

- GALÁN CORONA, EDUARDO, “Análisis de la jurisprudencia comunitaria (PARTE II)”, *Autocontrol*, 146/2009, Asociación de autocontrol de la publicidad, Madrid, pp. 9-14.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, JAVIER, “¿Cabe formula una OPA bajo condición? A propósito de una polémica reciente” *Diario La Ley* (Sección doctrina), Ref. D-133, tomo 4 (2000), Ed. LA LEY, Madrid.
- GIMÉNEZ RAMÓN, RAFAEL y IRIARTE IBARGÜEN, AINOA, “Publicidad comercial”, *Enciclopedia jurídica*, LA LEY, 3707/2008, www.laley.es.
- GUTIERREZ SANJUÁN, LUIS, “Estudio del concepto de publicidad comparativa”, *Publicidad comparativa*, 2003, tesis doctoral ULPGC, disponible en <http://acceda.ulpgc.es/handle/10553/1862>.
- <http://www.autocontrol.es>
- http://www.bbc.co.uk/mundo/noticias/2012/11/121129_tecnologia_teclepatia_comunicacion_aa.shtml.
- www.ces.es/documents/10180/1339655/Dic052014.pdf.
- <http://www.cnmc.es/CNMC/Prensa/TabId/254/ArtMID/3078/ArticleID/1234/La-CNMC-publica-su-Informe-sobre-el-Anteproyecto-de-Ley-del-C243digo-Mercantil.aspx>.
- LEMA DEVESA, CARLOS, “La publicidad comparativa en la Unión Europea”, *RDM*, 291/2014, Civitas, Madrid, pp. 313-326.
- LEMA DEVESA, CARLOS, “La publicidad comparativa”, *Problemas jurídicos de la publicidad*, 2007, Marcial Pons, Madrid.
- LÓPEZ-BELLOSTA, MONTSERRAT y SEBÉ MARTÍN, SONIA, “Publicidad comparativa de medicamentos”, *Cuadernos de Derecho farmacéutico*, 42/2012, CEFI, Madrid, pp. 42-54.
- MARTÍN ARESTI, PILAR, “Utilización de marca ajena en la publicidad”, *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, 34/1994, Civitas, Madrid, pp. 139-152.
- MASSAGUER FUENTES, JOSÉ, *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Civitas, Madrid, 1999.
- ORTUÑO BAEZA, M^a TERESA, “Las condiciones de licitud de la publicidad comparativa tras la Ley 29/2009: un análisis a la luz de la jurisprudencia comunitaria”, *ADI*, 31/2010-2011, Marcial Pons, Madrid, pp. 347-372.

- RUBÍ I PUIG, ANTONI, *Publicidad y liberta de expresión*, Aranzadi, Pamplona, 2008.
- TATO PLAZA, ANXO, *La publicidad comparativa*, Marcial Pons, Madrid, 1996.
- TATO PLAZA, ANXO, “La reforma de la Ley General de Publicidad”, *RCD*, 7/2010, LA LEY, Madrid, p. 141-154.

VII. Jurisprudencia y Resoluciones del Jurado de Autocontrol citadas:

- STJCE de 25 de octubre de 2001, *Toshiba*, Asunto C-112/99.
- STJCE de 13 de enero de 2000, *Estée Lauder*, Asunto C-220/98.
- STJCE de 8 de abril de 2003, *Pippig Augenoptik*, Asunto C-44/01.
- STJCE de 12 de junio de 2008, *O2 Holdings ET O2 (UK)*, Asunto C-533/06.
- STJUE de 11 de julio de 2013, *Belgian Electronic Sorting Technology*, Asunto C-657/11.
- STJCE de 16 de julio de 1998, *Gut Springenheide*, Asunto C-210/96.
- STJCE de 19 de abril de 2007, *De Landtsheer Emmanuel*, Asunto C-381/05.
- STJCE de 18 de junio de 2009, *L'Oréal y otros*, Asunto C-487/07.
- STJCE de 23 de febrero de 2006, *Siemens*, Asunto C-59/05.
- STJUE, de 23 de marzo de 2010, *Google France y Google*, Asuntos acumulados C-236/08 a C-238/08.
- STJUE de 18 de noviembre de 2010, *Lidl*, Asunto C-159/09.
- STS, 51/2005, de 3 febrero (RJ 2005, 1458).
- STS de 24 de febrero de 1997 (RJ 1997,1195).
- SAP de Madrid, 981/2004, de 26 de octubre de 2004 (AC 2005\176), confirmada por ATS de 4 noviembre 2008 (JUR 2008, 365854).
- SAP de Burgos, 129/2010, de 22 de marzo (AC 2010, 364)
- SAP de Barcelona de 14 de enero de 2003 (JUR 2004, 14172).
- SAP de Barcelona de 18 de febrero de 2004 (AC 2004, 894).
- SAP de Madrid, 111/2005, de 7 marzo (JUR 2005, 87312)
- SAP de Vizcaya, 300/1999, de 14 junio (AC 1999, 1490)
- SAP de Pontevedra, 100/2006, de 22 febrero (AC 2006, 367)
- SAP de Madrid, 121/2004, de 4 junio (AC 2004, 1723).
- SAP de Madrid, 387/07, de 15 de (AC 2007, 1049).

Resoluciones del Jurado de la Publicidad:

- Resolución de Pleno de 13/05/2011, -Asunto: GlaxoSmithKline Consumer Healthcare, S.A. vs. Colgate Palmolive España, S.A. “Colgate Sensitive Pro-Alivio”.

- Resolución del Pleno del Jurado de Autocontrol de 3/03/2011, -Asunto: El Corte Inglés, S.A. vs. Media Markt Saturn Admón. España, S.A.U. “¿Sabes qué es lo único que no tenemos en televisores? ¡Competencia!”-.
- Resolución del Pleno del Jurado de Autocontrol de 28/02/2006 -Asunto: Arbora & Ausonia, S.L.U. vs. Kimberly-Clark, S.L. “Pañales Huggies”-.
- Resolución del Pleno del Jurado de Autocontrol de 22/06/2011, -Asunto: Procter & Gamble España, S.A. vs. Henkel Ibérica, S.A. (“Mistol Power Crystals”)-.
- Resolución de la Sección Tercera del Jurado de Autocontrol de 23/05/2013 - Asunto: Johnson’s Wax Española, S.A. vs. Reckitt Benckiser España, S.L.U. (“Airwick Freshmatic”)-.
- Resolución de la Sección Tercera del Jurado de Autocontrol de 10/10/2013 - Asunto: AUC vs. Comercial Gallo, S.A. (“Ensaladas Gallo Total”)-.
- Resolución del Pleno del Jurado de Autocontrol de 9/02/2012 -Asunto: Telefónica Móviles España, S.A.U. vs. Vodafone España, S.A.U. “Compromiso Cobertura 3G”.
- Resolución del Pleno del Jurado de Autocontrol de 5/09/2013 -Asunto: CABLEEUROPA S.A.U. (ONO) VS. TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U. (“MOVISTAR FIBRA ÓPTICA 100 MB” Y “MOVISTAR FUSIÓN FIBRA”)-.
- Resolución del Pleno del Jurado de Autocontrol de 12/09/2013 -Asunto: France Telecom España S.A. vs. Telefónica de España S.A.U. (“Movistar Fusión Fibra”)-.
- Resolución del Pleno del Jurado de Autocontrol de 15/11/2012 -Asunto: XFERA MÓVILES, S.A. vs. FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A. “La tarifa ilimitada más barata del mercado”-.
- Resolución del Pleno del Jurado de Autocontrol de 28/02/2006 -Asunto: Arbora & Ausonia, S.L.U. vs. Kimberly-Clark, S.L. “Pañales Huggies”-.
- Resolución de la Sección Sexta del Jurado de Autocontrol de 3 de enero de 2012 -Asunto: Vodafone España, S.A.U. vs. Telefónica de España, S.A.U. “ADSL Movistar”-.
- Resolución del Pleno del Jurado de Autocontrol de 3/03/2011, -Asunto: El Corte Inglés, S.A. vs. Media Markt Saturn Admón. España, S.A.U. “¿Sabes qué es lo único que no tenemos en televisores? ¡Competencia!”-.