

EN TORNO A LA PUBLICIDAD COMERCIAL Y SU REGULACION POR LAS DIRECTIVAS DE LA UNION EUROPEA

DR. LUIS GUTIEREZ SANJUAN
PROF. DE DERECHO MERCANTIL DE LA UNIVERSIDAD DE
LAS PALMAS DE GRAN CANARIA.

SUMARIO

- I INTRODUCCIÓN
- II PUBLICIDAD COMERCIAL Y DIRECTIVAS EUROPEAS
- III CONCEPTO DE PUBLICIDAD COMPARATIVA
- IV DESVENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LA PUBLICIDAD COMPARATIVA SEGÚN LA DIRECTIVA COMUNITARIA
- V CONCLUSION

I INTRODUCCIÓN

La práctica de la empresa actúa de manera continua sobre el propio desarrollo de sus objetivos, entendidos como el conseguir el máximo de rentabilidad del establecimiento mercantil¹. En este sentido se ha de ubicar el “acto de comparación” en que consiste la publicidad comercial, en cuanto medio para promover las ventas².

¹ Confróntese sobre el papel del establecimiento en la funcionalidad de la empresa, entre otros, IGLESIAS y ROJO, “Publicidad”, en *UDI-DM*, UNED, 1979, p. 55; BERCOVITZ, *La regulación contra la competencia desleal*, Madrid, 1992, p. 17; JIMENEZ SANCHEZ, *Lecciones de Derecho Mercantil*, edición 7, Madrid, 1994, p. 91; RIPERT GEORGES Y ROBLOT RENE, *Droit Commercial*, Paris, 1996, p. 101; RUIZ DE VELASCO, *Manual de Derecho Mercantil*, Bilbao, 1996, p. 59; SANCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, edición 20, Madrid, 1997, p. 67; FERNANDEZ RUIZ, *Elementos de Derecho Mercantil*, edición 5, Bilbao, 2001, p. 43; JIMENEZ SANCHEZ, *Lecciones de Derecho Mercantil*, edición 7, Madrid, 2002, p. 81; BERCOVITZ Y OTROS, *Derecho de Sociedades*, Vol. 1, Madrid, 2002, p. 88; RODRIGO URIA, *Derecho mercantil*, edición 21. 1994, p. 90, también en edición 28, Madrid, 2002, p. 33. VINCENT CHULIA, *Introducción al Derecho Mercantil*, Valencia, 2003, p. 59.

² Vid. entre otros, RODRIGO URIA, *Derecho mercantil*, edición 6º, Madrid, 1968, y ediciones posteriores: así la 21º, Madrid, 1994, p. 80, también la edición 28ª, oc. p. 72, p. 88. Para SANTAELLA LOPEZ, (*Introducción al Derecho de la Publicidad*, Madrid, 1982, p. 29 ss.) se

La doctrina diferencia dos especies de publicidad: publicidad sugestiva y publicidad informativa³. La publicidad sugestiva es la categoría mayoritaria, y en ella se ofrece poca o ninguna información al consumidor, se trata de exagerar la imagen del producto y manipular sobre sus desventajas. Se trata de forjarse una reputación en el mercado que induzca al consumidor a comprar el producto por la reputación que tiene. Las consecuencias para el consumidor y la competencia son nefastas. Se pierde la racionalidad en la decisión de compras, pasando a segundo plano la calidad o el precio y se enmascaran las características objetivas que tienen todos los productos sustitutivos (se hace creer que ese producto es único). Los competidores para vencer este fenómeno tienen que dedicar más recursos a la publicidad, que no pueden dedicar para ofertar más calidad y mejor precio. A su vez, las empresas con marca adquieren más poder en el mercado, con lo cual pueden imponer

destaca: “En efecto, la actividad publicitaria, singularmente en las sociedades desarrolladas – industriales o postindustriales- de los países que se integran en el llamado mundo occidental aparece primariamente en sus aspectos de carácter puramente económico y comercial como una manifestación de la actividad de la empresa en el mercado. Similar sentido contiene la expresión anglosajona *advertising*”. Para BACHARACH DE VALERA, (“En torno a la publicidad comparativa”, *La Ley*, 1983, 262, p. 263) la publicidad es: “en el seno de la actividad empresarial, la forma más agresiva de comunicación entre el productor o distribuidor de productos y servicios y el consumidor de los mismos” También, MENDEZ TOMAS, *La publicidad ilícita: engañosa desleal, subliminal y otras*, Barcelona, 1999. De la misma manera, se destaca esta idea de promoción de ventas por MARTINEZ GUTIERREZ, “Reflexiones sobre el nuevo régimen jurídico de la publicidad comparativa”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, año XIII nº 583, 26-06-2003, BOE nº 259, de 29 de octubre de 2002, p. 2. Por el contrario, BARRIO GARCIA y LUQUE MARTINEZ, destacan (en “La publicidad comparativa y sus potenciales beneficios sobre la información del consumidor: un estudio empírico”, *Estudios de Consumo*, 2002, enero-abril, p. 119), “la publicidad sigue siendo un instrumento de comunicación de inestimable valor para las empresas, prueba de ello son las cifras de inversión publicitaria que continúan creciendo año tras año a un ritmo bastante acelerado en la mayoría de los países desarrollados. No obstante, dichos datos no pueden enmascarar una realidad que está presente en el sector publicitario mundial, el importante y creciente nivel de saturación publicitaria. En este entorno tan complicado, los anunciantes y las agencias de publicidad buscan nuevas formas publicitarias que hagan frente a la situación descrita y que permitan rentabilizar sus elevadas inversiones. Entre las múltiples estrategias publicitarias que se han ido desarrollando a lo largo de los años, la publicidad comparativa constituye un caso especial no solo por sus implicaciones empresariales sino también por sus consecuencias políticas, sociales, jurídicas, etc.”. Con similar enfoque, MARTIN GARCIA, *La publicidad y su influencia en la contratación*, Madrid, 2002, p. 87. GUTIERREZ SANJUAN, *La publicidad comparativa*, Las Palmas Gran Canaria, 2004, pp. 1-2.

³ En este sentido, y siguiendo esta distinción clásica, no exenta de polémica, BARRIO GARCIA, *La publicidad comparativa, análisis y situación actual*, p. 11.d, Madrid, 2000, p. 25. También GUTIERREZ SANJUAN, *La publicidad comparativa*, oc., pp. 23-24.

precios mas altos e invertir menos en mejorar la competitividad del producto, y si mas en publicidad para mejorar todavía mas la reputación de su marca⁴.

Sin embargo, la teoría más reciente parte de la consideración del carácter valioso de la publicidad en cuanto aporta información útil para el consumidor⁵. En este sentido la información que se proporciona es útil, tanto la directa como la indirecta. El fundamento del carácter valido de la publicidad indirecta es que el anunciante invierte en publicidad porque su producto es de calidad.

De esta manera, la publicidad tiene como objetivo manipular para captar clientes, pero también tiene un carácter de comunicación de información veraz, lo que se ha puesto de manifiesto desde diversas perspectivas: la de la protección del consumidor, la económica empresarial y la jurídica.

II PUBLICIDAD COMERCIAL Y DIRECTIVAS EUROPEAS

4 Sobre esta visión tradicional, vid. MADRENAS BOADAS, *Sobre la interpretación de las prohibiciones de publicidad engañosa y desleal. La parcialidad de la publicidad y los costes de la competencia*, Madrid 1990, p. 43; También, MARTINEZ GUTIERREZ, "Reflexiones...", oc. p. 2 y GOMEZ SEGADE, "Notas sobre el derecho de información del consumidor", *RJC*, 1980, p. 699.

⁵ Cfr. en la misma línea, VANZETTI, "La repressione della pubblicita menzognera", *Riv. Di. Civ.* 1964, p. 584 ss; También, la teoría desarrollada, entre otros, por NELSON P. en *Journal Political of economy*, 78 1970, p. 311 ss. y en *Journal Political of economy*, 82, 1974, p. 729 ss; También GLASER, *La manipolazione del consumatore. Le implicazioni sociali, etiche e politiche di una socita orientata dal marketing*, 2ª edición, Milán, 1976, p. 12 ss; SANTAELLA LOPEZ, "Introducción al derecho de la publicidad, Madrid 1982, p. 30 ss.) destaca el carácter comunicativo e informador que también la publicidad; En la misma dirección, PORTELLANO DIEZ, *La imitación en el Derecho de la competencia desleal*, 1ª edición Madrid, 1995, p. 534 ss; MADRENAS BOADAS, *Sobre la interpretación de las prohibiciones de publicidad engañosa y desleal. La parcialidad de la publicidad y los costes de la competencia*, oc. p. 43; OTERO LASTRES, "La protección de los consumidores contra la publicidad ilícita", *ADI*, 1977, pp. 113-117; WOODROFFE G.F., "Publicidad Comparativa ¿un buen negocio para los consumidores?, *Estudios sobre consumo*, nº 25, diciembre 1995, pp. 25-30. En similar sentido PEINADO GARCIA, "Comparación y denigración publicitaria de la imagen de empresas directamente aludidas, reflexiones con ocasión de la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 1997", *RDM*, num. 230, 1998, p. 1612 ss; En este sentido MARTINEZ GUTIERREZ ("Reflexiones...", oc. p. 2) destaca "en este sentido, podríamos afirmar que, entre los instrumentos concurrenciales previstos para enjugar los efectos negativos de la asimetría informativa existente en un sistema de economía de mercado, encontramos la publicidad promocional, toda vez que, además de sus componentes persuasivos orientados hacia la estimulación de la demanda de productos y servicios, presenta también un acentuado perfil informativo".

La existencia de regulaciones contradictorias sobre publicidad y la política de protección del consumidor impulsaron a la Unión Europea a la creación de normas para regular la publicidad comercial, comenzando por la publicidad engañosa⁶.

Esta problemática justificó la aprobación de dos Directivas sobre publicidad: la Directiva 84/450/CE, del Consejo de 10 de septiembre de 1984, relativa a la aproximación de las disposiciones legales reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad engañosa y la Directiva 97/55/CE, del Parlamento europeo y del Consejo sobre publicidad comparativa, que modifica la Directiva anterior para la inclusión de la publicidad comparativa⁷.

La Directiva sobre publicidad engañosa sentaba las bases mínimas que han de contener las leyes de los Estados miembros de la UE, cuando aprueben su ley nacional para realizar su traslación. La publicidad considerada engañosa es aquélla que induce o puede inducir a error al consumidor o perjudicar o ser capaz de perjudicar a un competidor.

No obstante el acierto de aprobar esta Directiva, no reguló de manera completa todos los aspectos de la publicidad por contradicciones entre los países de la UE. En cuanto a la publicidad comparativa no hubo acuerdo para su regulación y se acordó dejar para una etapa posterior su regulación, junto a la regulación de la publicidad desleal. En este sentido se pronunció el Considerando 5º del Preámbulo de la Directiva⁸.

Es la Directiva 97/55/CE la que regula la publicidad comparativa para toda Europa, completando a la anterior Directiva sobre publicidad engañosa.

⁶ Como señala, GUTIERREZ SANJUAN, *La publicidad comparativa*, oc., pp. 131-133.

⁷ Como señala, BARONA VILAR (*Competencia ilícita penal*, p. 60): “en materia de protección contra la publicidad engañosa es conveniente en una segunda fase, ocuparse... de la publicidad comparativa, sobre la base de propuestas apropiadas de la Comisión”

⁸ Considerando 5º del Preámbulo de la Directiva, donde se dice pretender: “armonizar en una primera fase, las disposiciones nacionales en materia de protección contra la publicidad engañosa y, en una segunda fase, ocuparse de la publicidad desleal, así como, en caso necesario, de la publicidad comparativa, sobre la base de propuestas apropiadas de la Comisión”.

Aquella declara en su articulado: “El artículo 1 se sustituirá por el texto siguiente: “Artículo 1. La presente Directiva tendrá por objeto proteger a los consumidores y a las personas que ejercen una actividad comercial o industrial, artesanal o profesional, así como los intereses del público en general contra la publicidad engañosa y sus consecuencias injustas, y establecer las condiciones en las que estará permitida la publicidad comparativa”.

Además aprueba un concepto de publicidad comparativa para toda Europa: Es publicidad comparativa: “toda publicidad que aluda explícita o implícitamente a un competidor o a los bienes o servicios ofrecidos por un competidor”. Estableciendo las condiciones y requisitos de validez de dicha publicidad.

Regulando y estableciendo las condiciones de validez de la publicidad comparativa, que son:

a) Que no sea engañosa según la definición del apartado 2 del artículo 2 y lo dispuesto en el artículo 3 y el apartado 1 del artículo 7;

b) Que compare bienes o servicios que satisfagan las mismas necesidades o tengan la misma finalidad;

c) Que compare de modo objetivo una o más características esenciales, pertinentes, verificables y representativas de dichos bienes y servicios, entre las que podrá incluirse el precio;

d) Que no dé lugar a confusión en el mercado entre el anunciante y un competidor o entre las marcas, los nombres comerciales, otros signos distintivos o los bienes o servicios del anunciante y los de algún competidor;

e) Que no desacredite ni denigre las marcas, nombres comerciales, otros signos distintivos, bienes, servicios, actividades o circunstancias de algún competidor;

f) Que se refiera en cada caso, en productos con denominación de origen, a productos con la misma denominación;

g) Que no saque indebidamente ventaja de la reputación de una marca, nombre comercial u otro signo distintivo de algún competidor o de las denominaciones de origen de productos competidores;

h) Que no presente un bien o un servicio como imitación o réplica de un bien o un servicio con una marca o un nombre comercial protegidos.

2. Las comparaciones que hagan referencia a una oferta especial deberán indicar de forma clara e inequívoca la fecha en que termina la oferta o, en su caso, el hecho de que la oferta especial está supeditada a la disponibilidad de los bienes o servicios de que se trate y, en caso de que la oferta especial no haya empezado aún, la fecha en la que se inicie el período durante el cual vaya a aplicarse el precio especial u otras condiciones específicas”.

Asimismo establece acciones y mecanismos de protección legal de los consumidores contra la publicidad ilegal. El artículo 4 establece: “1. Los Estados miembros velarán por que existan los medios adecuados y eficaces para luchar contra la publicidad engañosa y para el cumplimiento de las disposiciones en materia de publicidad comparativa en interés de los consumidores, así como de los competidores y del público en general. Estos medios deberán incluir disposiciones legales en virtud de las cuales las personas o las organizaciones que tengan, con arreglo a la legislación nacional, un interés legítimo en la prohibición de la publicidad engañosa o en la regulación de la publicidad comparativa puedan: a) Proceder judicialmente contra esta publicidad, y/o b) Someter esta publicidad a una autoridad administrativa competente, bien para pronunciarse sobre las reclamaciones o bien para entablar las acciones judiciales pertinentes.”

También establece acciones de cesación de publicidad ilícita, en el artículo 4.2. de la manera siguiente: “Para ordenar el cese de una publicidad

engañosa o de una publicidad comparativa no permitida, o emprender las acciones judiciales pertinentes con vistas a ordenar el cese de dicha publicidad, o para prohibir tal publicidad o emprender las acciones judiciales pertinentes con vistas a ordenar la prohibición de la publicidad engañosa o de la publicidad comparativa no permitida, cuando ésta no haya sido todavía publicada, pero sea inminente su publicación.

Como acciones de paralización de los efectos negativos de la publicidad ilícita, artículo 4, 3: “Además, los Estados miembros podrán otorgar a los tribunales o a las autoridades administrativas unas competencias que, con el fin de eliminar los efectos persistentes de una publicidad engañosa o de una publicidad comparativa no permitida cuyo cese haya sido ordenado por una decisión definitiva, les faculten para:”.

También se apuesta y recomienda el autocontrol o arbitraje como mecanismo alternativo de solución de conflictos. “Artículo 5: La presente Directiva no excluirá el control voluntario, que los Estados miembros podrán fomentar, de la publicidad engañosa o de la publicidad comparativa por organismos autónomos ni el recurso a tales organismos por las personas o las organizaciones a que se refiere el artículo 4, si existen procedimientos ante tales organismos además de los procedimientos judiciales o administrativos a que se refiere dicho artículo”.

Otro mecanismo procesal que se arbitra para reprimir la publicidad ilícita es la inversión de la carga de la prueba: artículo 8, “a) Para exigir que el anunciante presente pruebas relativas a la exactitud de las afirmaciones de hecho contenidas en la publicidad si, habida cuenta de los intereses legítimos del anunciante y de cualquier otra parte en el procedimiento, tal exigencia parece apropiada a la vista de las circunstancias del caso y, en el caso de la publicidad comparativa, para exigir al anunciante que presente dicha prueba en un breve período de tiempo; y”.

Por último la Directiva relativa a la publicidad comparativa establece que no obligarán a los Estados miembros, que, en cumplimiento de lo dispuesto en

el Tratado, mantengan o impongan, de forma directa o por medio de un organismo u organización competente con arreglo a la legislación de los Estados miembros, prohibiciones de publicidad sobre determinados bienes o servicios con el fin de regular el ejercicio de actividades comerciales, industriales, artesanales o profesionales, a permitir la publicidad comparativa de dichos bienes o servicios. Cuando dichas prohibiciones se limiten a medios de comunicación determinados, la Directiva se aplicará a los medios de comunicación que no estén cubiertos por tales prohibiciones. Como tampoco afectará a la normativa de cada Estado miembro que regula el ejercicio de una actividad profesional.

En cuanto al concepto ofrecido en la Directiva, ésta declara su intención de que sea amplio (art. 3 que añade el apartado 2 bis a la Directiva sobre publicidad engañosa): “será publicidad comparativa la que aluda explícita o implícitamente a un competidor o a los bienes o servicios ofrecidos por él”.

En este concepto se nota la influencia de la doctrina más influyente, o sea la alemana, y es un concepto positivo, no basado en la negatividad. Se centra exclusivamente en la referencia al competidor sin tener en cuenta que de lo que se trata es de comparar, pero para poner de relieve las ventajas de los productos propios frente a las desventajas de los productos de la competencia, y conseguir así que el consumidor compre exclusivamente aquellos productos⁹.

Además, la referencia al competidor, es también una clase de otras formas de publicidad, como la publicidad adhesiva y la de tono personal. Estas formas de publicidad forman lo que la Doctrina llama publicidad alusiva¹⁰.

En cuanto a las condiciones de autorización de la publicidad comparativa se regulan en el art. 1 4) de la Directiva aprobada, que establece las siguientes condiciones: “Que no sea engañosa según la definición del apartado 2 del art. 2

⁹ Vid. para una crítica al concepto aprobado por la Directiva 97/55/CE, TATO PLAZA, “En torno a la publicidad comparativa”, oc. p. 18. También GUTIERREZ SANJUAN, *La publicidad comparativa*, oc. p. 150.

¹⁰ En este sentido, CUESTA RUTE, *Curso de derecho de la publicidad*, Pamplona 2002, p.109.

y lo dispuesto en el artículo 3 y el apartado 1 del artículo 7; Que compare bienes o servicios que satisfagan las mismas necesidades o tenga la misma finalidad; Que compare de modo objetivo una o más características esenciales, pertinentes, verificables y representativas de dichos bienes o servicios, entre las que podrá incluirse el precio; Que no dé lugar a confusión en el mercado entre el anunciante y un competidor, o entre las marcas, los nombres comerciales, otros signos distintivos, los bienes o los servicios del anunciante y los de algún competidor; Que no desacredite ni denigre las marcas, nombres comerciales, otros signos distintivos, bienes, servicios, actividades o circunstancias de algún competidor; Que se refiera en cada caso a productos con denominación de origen, a productos con la misma denominación; Que no saque indebidamente ventaja de la reputación de una marca, nombre comercial u otro signo distintivo de algún competidor o de las denominaciones de origen de productos competidores; Que no presente un bien o un servicio como imitación o réplica de un bien o servicio con una marca o un nombre comercial protegidos.

Las comparaciones que hagan referencia a una oferta especial deberán indicar de una forma clara e inequívoca la fecha en que termina la oferta, o, en su caso, el hecho de que la oferta especial esté supeditada a la disponibilidad de los bienes o servicios de que se trate y, en caso de que la oferta especial no haya empezado aun, la fecha en que se inicie el periodo durante el cual vaya a aplicarse el precio especial u otras condiciones específicas”.

En cuanto al requisito de que “no sea engañosa” y “no cause el descrédito, la denigración o el menosprecio de las marcas, nombres comerciales, bienes, servicios o actividades de un competidor”, tenemos que estar a lo dispuesto en la Directiva del Consejo de 10 de septiembre de 1984, sobre publicidad engañosa –art. 2.2 y también al derecho español, pues una comparación aunque se base en datos verídicos también puede dar lugar a error al consumidor y por tanto es ilícita.

En cuanto al efecto denigratorio, éste no se puede impedir en cuanto la publicidad comparativa es lícita, pero con el límite de que sea innecesario¹¹.

En cuanto a la publicidad adhesiva y de tono personal, prevista en el art. 1.3: “d) no se aproveche principalmente de la notoriedad vinculada a una marca o al nombre comercial de un competidor” y “no tenga por objeto la personalidad o la notoriedad de un competidor o la situación personal de un competidor”, éstos son límites de la publicidad comparativa¹².

Otro elemento de la definición es el relativo a la prohibición de confusión, del art. 1.3: “no pueda dar lugar a confusión en el mercado entre el anunciante y un competidor o entre las marcas, los nombres comerciales, otros signos distintivos, los bienes o los servicios del anunciante y los de un competidor”. En ningún momento se trata de equiparar unos productos con otros de la competencia para demostrar su superioridad, lo cual es una publicidad adhesiva que genera confusión. Por el contrario, la publicidad comparativa compara los productos para indicar ventajas y desventajas de cada uno¹³.

Al no tratarse de una directiva “de mínimos”, la transposición debe ser total en cada país. La licitud de la publicidad comparativa debe ser total y los Estados miembros deben integrarla sin restricciones a su admisibilidad (art. 3.2), sin dejar nada fuera y con un margen más estrecho para los Estados que en el caso de la publicidad engañosa¹⁴. Además la regulación estricta de la publicidad comparativa puede suponer limitar la competencia.

III CONCEPTO DE PUBLICIDAD COMPARATIVA

¹¹ En este sentido se pronunciaba la Exposición de Motivos de la primera Propuesta de Directiva sobre Publicidad comparativa.

¹² Aunque como señala TATO PLAZA (La publicidad..., oc. p. 95) el defectuoso concepto de publicidad comparativa de esta segunda Propuesta origina la confusión entre las tres clases de publicidad alusiva, siendo únicamente la comparativa la consideraba lícita, pero no estando especificado hasta el momento por la falta de una normativa comunitaria. En similar sentido GUTIERREZ SANJUAN, *La publicidad comparativa*, oc. p. 156.

¹³ Vid. GUTIERREZ SANJUAN, *La publicidad comparativa*, oc. p. 157 y ss.

¹⁴ Vid. VALLE FECED y PETER HOFER, en “Regulación europea de la publicidad comparativa”, *Derecho de los Negocios*, junio 1999, p. 19.

En tanto la publicidad comercial tiene como objetivo aumentar las ventas de la empresa anunciante, la publicidad comparativa sería una clase de publicidad en que el anunciante compara su oferta con otra oferta para, a través de esta comparación, mostrar las ventajas de su oferta frente a las otras ofertas y promover una mayor contratación a su favor. Por tanto, el concepto aparece claramente diferenciado, delimitando a la publicidad comparativa por su acción de comparación con la competencia¹⁵.

Como publicidad, la publicidad comparativa ha resultado ser, de las clases de publicidad, la más polémica. Su aparición ha dado lugar a controversias y debates jurídicos y doctrinales entre los expertos, estando siempre detrás involucrados muchos intereses económicos y sociales.

A la hora de abordar un concepto de publicidad comparativa los autores han mostrado sus discrepancias sobre cual debe ser el contenido. Para un sector de la doctrina se ha abogado por un concepto estricto, sin embargo, por otro sector mayoritario, se ha defendido una definición amplia¹⁶. Además el estudio de un concepto de esta importante figura se puede hacer desde una perspectiva más económica o desde una visión jurídica.

Se ha considerado en común que toda publicidad comparativa debe de hacer una referencia conjunta a la oferta propia y a la de la competencia, pero se ha cuestionado si esta referencia debe ser explícita o implícita, mostrando las marcas competidoras.

También se cuestiona si la referencia debe ser a algún atributo específico del producto comparado o a referencias generales de la marca competidora, o incluso a la posición del mercado o a la imagen del competidor. Por otro lado se ha sostenido que lo importante que hay que resaltar en la definición es la situación de superioridad o ventaja que tiene la marca del

¹⁵ En este sentido, GUTIERREZ SANJUAN, *La publicidad comparativa*, oc., pp. 332-339.

¹⁶ Según BARRIO GARCIA. *La publicidad...*, oc. p. 14; CUESTA RUTE, *Curso...*, oc. p. 201. Para un estudio más amplio sobre este tema vease GUTIERREZ SANJUAN, *Publicidad comparativa*, oc., pp. 340-341.

anunciante. Pero insistiendo en que esta comparación es de superioridad, no tanto de paridad entre ambos productos.

Teniendo en cuenta los argumentos anteriores, la doctrina ha dividido las definiciones en dos grandes grupos. En primer lugar están las que tienen un enfoque limitado o restrictivo y en segundo lugar las que hacen un enfoque más amplio o genérico de esta¹⁷. Como paradigma de definición amplia destacamos el ya analizado de la Directiva 97/55/CE.

La doctrina ha centrado su objeto de investigación en la definición jurídica genérica. Un concepto de publicidad comparativa sería: “aquella publicidad en que el empresario anunciante compara su oferta con la de uno o varios competidores, identificados o inequívocamente identificables, con el resultado directo o indirecto, de resaltar las ventajas de los propios productos o servicios frente a los ajenos”¹⁸. Esta definición siendo genérica por referirse a la referencia explícita e implícita y a la comparación genérica entre ofertas deja fuera a la publicidad adhesiva.

Otra definición de la doctrina resalta el carácter de confrontación: “Toda acción que comporta una confrontación pública de la actividad, prestaciones o establecimiento, comúnmente de lo propio con lo de un tercero, hecha con el objeto de resaltar, de forma directa o indirecta, la primacía o la mayor conveniencia de una de las ofertas comparadas, comúnmente de la propia oferta sobre la del tercero o terceros afectados por la comparación”¹⁹.

En consecuencia, nosotros consideramos como publicidad comparativa “aquella especie de publicidad en la que el anunciante contrapone su oferta a la de uno varios competidores identificados o identificables, resaltando las

¹⁷ CFA., entre otros JAECKEL KOVACS, “La publicidad comparativa”, Revista Teleley, [en línea], www.jaekelabogados.com, [consulta: 22-05-2002], p. 1.

¹⁸ Vid. TATO PLAZA, *La publicidad...*, oc. p. 41.

¹⁹ Con un enfoque similar, TATO PLAZA, *La publicidad...*, oc. p. 41.

características o valores agregados que hacen que el producto anunciado sea mejor que aquellos con los que es comparado”²⁰.

Sobre la categoría del anunciante, hay que entender la figura de la publicidad comparativa con una concepción más amplia, que permita la comparación de aspectos corporativos o características entre las empresas como participar también a los nuevos agentes sociales que tienen un papel clave en la defensa de los consumidores. Nos referimos a las asociaciones de consumidores y a organismos públicos especializados.

También hay que considerar, excepcionalmente, como publicidad comparativa aquella que la propia empresa hace entre sus diferentes productos, que está justificado por las ventajas que esta información aporta al consumidor.

La formulación de juicios críticos sobre el competidor es publicidad denigratoria, a no ser que se acompañe de la comparación con el producto propio. Además, y ahondando en la definición, la referencia conjunta debe ser con ánimo de comparar y resaltar las ventajas de los productos propios. Por el contrario, si de lo que se trata es de resaltar la equivalencia entre las dos ofertas estaríamos ante un caso de publicidad adhesiva²¹.

Otra cuestión planteada en esta publicidad, es el de la veracidad de las afirmaciones publicitarias. Para parte de la doctrina, es un elemento fundamental de la publicidad comparativa implícita²². Sin embargo este elemento –la verdad- debe ser un requisito de licitud, pero no constitutivo de esta²³; la En este sentido, la propia normativa legal lo establece claramente, la Ley General de Publicidad en el art. 6.1.b) y la Ley de Competencia Desleal en

²⁰ Para una ampliación vease GUTIERREZ SANJUAN, *La publicidad comparativa*, oc. p. 329 y ss.

²¹ Así, por todos, FERNANDEZ NOVOA, *Estudios...*, oc. p. 206. También GUTIERREZ SANJUAN, *La publicidad comparativa*, oc. p. 160.

²² Vid. FRANCO, que señala que en caso contrario estaríamos ante una publicidad engañosa, unos supuestos de competencia desleal, en *Unfair advertising die vergleichende*, Grur 1977, p. 138.

²³ En tal sentido, TATO PLAZA, *La publicidad...*, oc. p. 41

el art. 10. La no veracidad de la publicidad la convierte en publicidad engañosa, y por tanto ilícita, sea comparativa o no.

La primera característica de la publicidad comparativa es la referencia a la competencia, junto a la propia²⁴. Esta referencia puede ser explícita o implícita²⁵; la concepción de una u otra forma plantea no pocos problemas doctrinales, sobre todo la publicidad comparativa implícita. La publicidad comparativa explícita supone una referencia directa a la empresa o empresas competidoras y sus distintas marcas o productos. En el caso de la publicidad comparativa implícita es más difícil determinar cuando se produce. Se entiende por la doctrina que debe ser una referencia inequívoca²⁶.

IV VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LA PUBLICIDAD COMPARATIVA SEGÚN LA DIRECTIVA COMUNITARIA

Son muchos los argumentos a favor y en contra de publicidad comparativa. En un Derecho basado en la idea liberal de la protección individualista del empresario, los intereses de los consumidores y el interés general no son contemplados directamente, sino que se considera que al proteger a la empresa se protege a los consumidores²⁷. Por el contrario, en la actualidad el modelo social hace priorizar el interés del consumidor.

En cuanto a los argumentos manejados en contra de la publicidad comparativa tenemos varios. El primero es que el anunciante nunca pondrá de manifiesto las desventajas de su oferta, sólo la de la parte contraria, con lo cual realmente no hay efecto informativo²⁸. O sea el anunciante se convierte en juez y parte, con lo cual no hay información.

²⁴ Cfr. entre otros, VON GAMM, *Wettbewerbsrecht*, oc. p. 366; Baumbach/Hefermehl, *Ettbewerbsrecht*, oc. p. 513; También hay que entender que también se refieren a los competidores las formas de publicidad alusiva.

²⁵ En similar sentido, TATO PLAZA, *La publicidad...*, oc. p. 21.

²⁶ Cfr. VON Gamm, *Wettbewerbsrecht*, volumen I, p. 366; REIMER, *Persönliche und Vergleichende Werbung in der deutschen*, Colonia 1955, p. 22.

²⁷ En este sentido, GRAVER, "Prácticas comerciales desleales hacia el consumidor", *Estudios sobre consumo*, nº 24, 1992, pp. 67-68; TATO PLAZA, *La publicidad*, oc. pp. 72-120 y MENÉNDEZ, *La competencia desleal*, Madrid 1988, p. 65.

²⁸ Vid. GARRIGUES DIAZ CAÑABATE, "al comparar, inevitablemente, el competidor prescinde de la objetividad", en *La publicidad...*, oc. p.15.

Asimismo se dice que la publicidad comparativa puede inducir a error al consumidor. El consumidor está acostumbrado a la publicidad comercial y recela de ella por principio. En el caso de la publicidad comparativa este recelo es mayor en cuanto puede confundirse con publicidad oficial y hacer falsas representaciones²⁹.

Los argumentos pro publicidad comparativa se basan en la idea del estado social. Así se destaca el aspecto social como prioritario³⁰. La consideración de la normativa de protección de los derechos subjetivos de las empresas se considera que entra en contradicción con los principios de libertad de empresa y concurrencia, consagrado en el art. 38³¹.

Se desarrolla un nuevo modelo constitucional de intervención del Estado en la economía. En este nuevo modelo, los poderes públicos y los consumidores se consideran parte activa para alcanzar una mayor eficiencia en el sistema económico y una mayor justicia social. Los consumidores van a estar legitimados para su propia protección. Se priman los intereses colectivos

²⁹ Vid. EICHMANN, *Die vergleichende de werbung in theorie und praxis*, Colonia 1967, p. 114. En apoyo de esta tesis, pero solo para la publicidad directa ver el estudio de BARRIO GARCIA y LUQUE MARTINEZ ("La publicidad comparativa y sus potenciales...", oc. p. 125), donde además desarrolla la teoría de la sobrecarga de la información: "En segundo lugar, la teoría de la sobrecarga de la información (Séller y Staeling, 1987), nos daría una segunda explicación a los hallazgos obtenidos. Según ésta, a medida que el número de atributos y marcas presentadas en un anuncio se incrementa, es de esperar que la atención y la comprensión de los consumidores se incrementen como consecuencia de más información. Pero no es capaz de procesar toda la información que recibe, y a partir de ese instante cualquier incremento de la misma será respondido con una disminución de la atención y de la comprensión del individuo. A la luz de todos estos resultados, cabe poner en duda el principal argumento defendido por los defensores de la publicidad comparativa para legalizar y permitir el uso de las referencias directas a la competencia en la publicidad".

³⁰ Se rompe con la idea liberal de confundir los intereses de la sociedad con los intereses de las empresas. Como resumen de las objeciones hechas al modelo profesional, vid. PAZ ARES, en su artículo "El ilícito concurrencial: de la dogmática antimonopolística a la política antitrust. (Un ensayo sobre el derecho alemán de la competencia)", *RDM*, 1981, p. 68. Asimismo GUTIERREZ SANJUAN, *La publicidad comparativa*, oc. p. 23.

³¹ En similar sentido se pronuncian, PAZ-ARES, "El ilícito concurrencial de la dogmática monopolística", *RDM* 1981, p. 76 ss; como señala MENENDEZ, (*La competencia...*, oc. p. 108): "La protección individual (individualschutz), articulada a través de la atribución de derechos subjetivos, es sustituida por la protección institucional (institutionensschutz), que se instrumenta mediante la formación de instituciones con fuerza de derecho objetivo al servicio de los intereses de la variedad de sujetos implicados en ellas. El derecho de la competencia desleal se vincula así directamente a la conservación del orden económico del mercado...".

de los consumidores³². Esta nueva concepción va a generar una revisión y una crítica a la posición anterior, y la aparición de un conjunto de argumentos centrados en los beneficios de la publicidad comparativa para los consumidores.

Para ésta nueva teoría, la competencia en el mercado deja de ser un asunto privado y se convierte en un asunto público. El empresario deberá aceptar las críticas, incluso cuando provengan de sus competidores y le causen descrédito, porque el derecho de los consumidores a estar debidamente informados tiene prioridad. Es sometido a crítica el *helleld motiv*, pues no se puede justificar proteger a un empresario que ofrece peores productos, en detrimento de la economía de mercado, que exige que el consumidor esté perfectamente informado, para así poder elegir lo que considere la mejor oferta.

De esta manera se han ido creando argumentos que destacan las ventajas de la publicidad comparativa. La publicidad comparativa permite informar al consumidor de las distintas ofertas y de esta manera podrá elegir de manera más racional, con lo que se alcanza más transparencia en el mercado³³. Como señala la doctrina: “Es indudable que las expectativas de los consumidores en obtener información adecuada sobre las diversas ofertas concurrentes en el mercado justifican que se reconozca la licitud de la publicidad comparativa: las comparaciones publicitarias constituyen un mecanismo adecuado para deslindar con nitidez tales ofertas”³⁴.

Una vez planteada la polémica, con argumentos contra la publicidad comparativa, aparecen los contra argumentos. En cuanto a la tesis del

³² Vid. MENÉNDEZ, *La competencia...*, oc. p. 96.

³³ Confróntese, entre otros, y con un sentir mayoritario de la doctrina, TATO PLAZA, *La publicidad...*, oc. p. 60; MARTINEZ GUTIERREZ, “Reflexiones...”, oc. p. 2; PEINADO GARCIA, “Comparación...”, oc. p. 1612 ss; También, en este sentido, PORTELLANO DIEZ, *La imitación en el derecho de la competencia desleal*, Madrid 1995, p. 534 ss; MADRENAS BOADAS, *Sobre la interpretación de la publicidad engañosa y desleal. La parcialidad de la competencia y los costes de la competencia*, Madrid 1990, p. 43.

³⁴ Así, en este sentido, y reforzando la línea de éste trabajo, LEMA DEVESA, en “*Reflexiones sobre la futura Ley General de Publicidad*”, *Quaderns digital*, 2002, p. 3.

anunciante como juez y parte, se niega que el anunciante sea juez, pues lo único que hace es proporcionar información al consumidor para que éste elija³⁵.

En cuanto a la negación del efecto informativo, efectivamente se reconoce que lo ideal sería una información completa pero no es posible. Además al consumidor le interesa cualquier información por parcial que sea siempre que sea verídica. En la nueva orientación y la primacía de lo social, las categorías relegadas de los consumidores y del interés general pasaron a primer plano. En cuanto al interés general se destaca lo mejor, como el avance técnico, y eso es uno de los objetivos de la política económica³⁶.

La doctrina se ha pronunciado por unanimidad a favor de la competencia basada en las propias prestaciones³⁷. En definitiva, los competidores pueden ofrecer libremente sus productos en el mercado y los consumidores elegir libremente, por el contrario los actos que limitan a unos y otros suponen competencia obstruccionista³⁸. Aplicado este concepto a la publicidad comparativa, en un primer momento se alegó que la publicidad comparativa era publicidad obstruccionista. La razón era que el anunciante va a emitir juicios negativos contra la competencia, generando una mala imagen de esta.

También se argumentó que la publicidad en general operaría con un efecto anti competencia pues beneficiaría sólo a las compañías fuertes y debilitaría a la empresa pequeña y nueva³⁹. Contra esta teoría, los defensores de la publicidad comparativa alegaron que las grandes empresas no necesitan de esta técnica para controlar (o intentar) controlar el mercado. Hay muchas más técnicas y métodos y además la publicidad comparativa con las pequeñas empresas podría tener un “efecto boomerang”, sirviendo de publicidad gratuita

³⁵ Sobre este punto de vista, vid. BERGMANN, *Vergleichende werbung durch wahrheitsgemasse kritik*, Berlin 1966, p. 32.

³⁶ Como señala, GUTIERREZ SANJUAN, *La publicidad comparativa*, oc., pp. 23-27.

³⁷ En este sentido, y destacando el interés de los consumidores, vid. MENÉNDEZ, *La competencia...*, oc. p. 107; También, en tal línea, BARRIO GARCIA, *La publicidad...*, oc. p. 11.

³⁸ En este sentido, TATO PLAZA, *La publicidad...*, oc. p. 90.

³⁹ Cfr. SPENGLER, “Die Wettberbsrechline problematik”, *MA*, 1962, p. 291. MEYER, *Die Kritisierende vergleichende werbung*, Verlag 1991, p. 212 ss. También los Asociaciones de la pequeña y mediana empresa expresaron su rechazo por temor a no poder competir con las grandes empresas.

a éstas⁴⁰. Por el contrario, una parte de la doctrina sostiene que la publicidad comparativa es un mecanismo apto para aumentar la competencia en el mercado, impidiendo la concentración de empresas⁴¹.

Un fenómeno negativo es fomentar reacciones irracionales del consumidor como la fidelidad a la marca. La pequeña empresa podrá atraer a los consumidores por las ventajas objetivas de sus prestaciones, rompiendo la conducta irracional⁴².

La experiencia y algunos estudios han venido a confirmar las anteriores afirmaciones. En un estudio de 1990 se hicieron dos campañas de publicidad, siendo la publicidad comparativa aceptada por los consumidores en un porcentaje del 13%, mientras que el 0% estaba dispuesto a adquirir el producto de la publicidad individual⁴³.

Otro argumento es que se produce una mejora en la oferta, pues la competencia tendrá que reducir sus precios o mejorar las prestaciones. Aunque para ponderar los intereses en conflicto debe de regularse la publicidad comercial, marcando sus límites.

V CONCLUSION

Por último y para terminar este estudio destacar que las Directivas Europeas han generalizado una normativa de protección de los consumidores contra la publicidad desleal y de utilización de la publicidad comparativa. En sentido la publicidad comparativa es casi siempre positiva, puesto que aporta más información a los consumidores y más competencia. El único límite es determinar cuando la publicidad rebasa el límite y se convierte en ilícita. También se debe considerar que la licitud de la publicidad se debe basar en

⁴⁰ Vid. GUTIERREZ SANJUAN, *La publicidad comparativa*, oc., p. 33.

⁴¹ Sobre este mismo enfoque, veanse, entre otros, MEYER, *Die Kritisierende...*, oc. p. 215 ss; EICHMANN, *Die vergleichende...*, oc. p. 122 ss; MARTINEZ GUTIERREZ, "reflexiones...", oc. p. 2.

⁴² Cfr. en este sentido, MEYER, *Die Kritisierende...*, p. 216; EICHMANN, *Die vergleichende...*, oc. p. 126.

⁴³ Sosteniendo los anteriores argumentos, MEYER, *Die Kritisierende...*, oc. p. 219, citando el estudio de PECHMANN Y STEWART.

dar información al consumidor y que eso es lo que justifica la denigración de los productos de la competencia.

Con lo cual la publicidad comercial de carácter comparativo es conveniente por cuatro razones:

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

2. La competencia motiva a la mejora de la oferta. El proceso de globalización ha generalizado una publicidad más competitiva, y esto justifica esta publicidad.

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

4. La pequeña empresa puede dar a conocer más fácilmente sus ofertas al consumidor, con un presupuesto menor que las grandes competidoras.