



JOSÉ MANUEL SUÁREZ ROBLADANO
Magistrado

ENUNCIADO

Una empresa dedicada a la fabricación y comercialización posterior de un producto destinado al tratamiento del agua en las piscinas y otros productos químicos venía desarrollando su actividad de promoción y venta de dicho producto desde hacía varios años.

En ese momento, se puso en conocimiento de dicha empresa que otra entidad había difundido, por medio de diversos anuncios publicitarios exhibidos en medios de comunicación determinada publicidad consistente en la comparación de sus productos de limpieza de piscinas con los de aquélla, manifestándose en la comparación publicitaria datos y efectos que no se basaban en las características esenciales, afines y objetivamente demostrables de los de la primera de ellas, estimando la publicidad efectuada denigratoria y engañosa.

Frente a dichas circunstancias la asesoría jurídica de la empresa que se estima perjudicada plantea la forma más adecuada, correcta y provechosa para sus intereses de plantear la reclamación judicial correspondiente, al haber fracasado las gestiones extrajudiciales efectuadas con anterioridad frente a la otra empresa y haberse producido ya, a su entender, daños irreparables en su crédito empresarial y en su misma ganancia empresarial.

También interesa determinar cuáles sean los derechos que asisten a los consumidores y usuarios en el caso de existencia de una publicidad engañosa contenida en los folletos y en las ofertas publicitarias que realizan las empresas de todo tipo.

CUESTIONES PLANTEADAS:

1. ¿Se puede entender engañosa la publicidad comparativa efectuada en el caso de no atenderse en ella a circunstancias y datos objetivos y contrastables por el público consumidor del producto en cuestión?

2. ¿La comparación será denigratoria por el mero hecho de citar en ella a los productos similares o idénticos de otra empresa competidora en el mercado de dichos productos?
3. ¿Cuáles serán las posibles consecuencias añadidas de una publicidad engañosa respecto de ofertas y contratos realizados a los consumidores y usuarios?

SOLUCIÓN

1. La Ley General de Publicidad de 11 de noviembre de 1988, con la última modificación producida en su texto vigente mediante la Ley Orgánica de 28 de diciembre de 2004, dispone en su artículo 3.º que:

«Es ilícita:

- a) La publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente a los que se refieren sus artículos 18 y 20, apartado 4. Se entenderán incluidos en la previsión anterior los anuncios que presenten a las mujeres de forma vejatoria, bien utilizando particular y directamente su cuerpo o partes del mismo como mero objeto desvinculado del producto que se pretende promocionar, bien su imagen asociada a comportamientos estereotipados que vulnere los fundamentos de nuestro ordenamiento coadyuvando a generar la violencia a que se refiere la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género.
- b) La publicidad engañosa.
- c) La publicidad desleal.
- d) La publicidad subliminal.
- e) La que infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios.»

La obligación de respetar la prohibición referida a la denominada publicidad en su modalidad ilícita engañosa ha de partir del principio general reconocido en el artículo 38 de nuestra Constitución en el que se proclama la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado y si bien se reconoce a todo ciudadano el derecho a ejercitar una actividad económica o empresarial, tal derecho no es absoluto e ilimitado, sino que, como en todo derecho, se establecen unos límites en su ejercicio que son la competencia ilícita, la usurpación de derechos de la propiedad industrial y la competencia desleal; y una forma de manifestación de ésta, es precisamente la publicidad desleal.

Se define la publicidad engañosa en su artículo 4.º como la que induce o puede inducir a error a sus destinatarios, pudiendo afectar a su comportamiento económico; y la segunda, la desleal, la con-

sidera el artículo 6.º, entre otros casos, como la que provoca el descrédito, denigración o menosprecio directo o indirecto de una persona, empresa o de sus productos, servicios o actividades [apdo. a)] y la comparativa [apdo. c)].

Con arreglo a lo dispuesto en los artículos 25.1 de la Ley General de Publicidad y 19.1 Ley de Competencia Desleal, ésta considerada como complemento de aquélla, se atribuye legitimación activa a «las personas naturales o jurídicas que resulten afectadas y, en general, quienes tengan un derecho subjetivo o un interés legítimo...». Se trata de la legitimación activa ad causam (la legitimación ad processum no es otra cosa que la capacidad procesal) como la cualidad de un sujeto consistente en hallarse en la posición que fundamenta jurídicamente el reconocimiento de una pretensión que ejercita. En este caso, al constar que los productos fabricados por la demandante son productos químicos que al entrar en contacto con el agua liberan cloro, es decir, se produce una cloración. La cloración es el efecto de desinfectar con cloro el agua, lo que se consigue con compuestos químicos que al contacto con el agua liberan cloro. La publicidad a que se refiere el proceso a plantear trata directamente de la cloración y del cloro, destacando los inconvenientes y los efectos perniciosos de éste. Por lo cual, siendo la demandante fabricante de tales productos químicos, resulta afectada por la publicidad y tiene interés legítimo en ejercer las acciones que le brinda la Ley General de Publicidad. Tiene, pues, legitimación activa sin duda de género alguno.

Además de la definición referida por la Ley de Publicidad en lo tocante al concepto de engañosa, se ha venido estimando que será de tal clase, asimismo, la que silencie datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios cuando dicha omisión induzca a error de los destinatarios (párrafo segundo del referido art. 4.º de la Ley de Publicidad), habiéndose interpretado, entre otros casos, que los contenidos de la publicidad referida a ofertas de adquisición de valores mobiliarios cuando los correspondientes anuncios y folletos regulados por su normativa específica incurran en la citada prohibición legal, así como las ofertas de cursos de idiomas en otros países si inducen a error a los consumidores. Todo ello aparte de las correspondientes acciones derivadas de la normativa específica contenida en la legislación sobre consumidores y usuarios.

Ha de estimarse que se produce error al consumidor si se parte del hecho que constituye la publicidad combatida al haberse anunciado, en resumen, que «con el propio sistema del demandado se siguen utilizando productos químicos e incluso determinadas dosis no concretadas de cloro» y se obtiene la lógica conclusión del consumidor «que el producto anunciado prescinde de aquéllos (los productos químicos) cosa que en realidad no sucede». Con lo cual, debe estimarse que la publicidad es engañosa, ya que, partiendo de los hechos expuestos, induce o puede inducir a error a sus destinatarios, que afectará a su comportamiento económico adquisitivo, ya que resaltando los peligros del cloro y ocultando que su producto también tiene cloro, se falsean los resultados [art. 5.º 1 d)] y la nocividad [art. 5.º 1 f)] de la Ley General de Publicidad].

2. La definición de publicidad denigratoria ya se ha mencionado anteriormente. Ha de añadirse al respecto que, a su vez, la denigración publicitaria se califica como publicidad desleal en el artículo 6.º de la Ley General de Publicidad, a cuyo tenor es desleal la publicidad que «por su contenido, forma de presentación o difusión provoca el descrédito, denigración o menosprecio directo o indirecto de una per-

sona, empresa o de sus productos, servicios o actividades». Esta definición acoge un concepto muy amplio de denigración publicitaria, ya que en sentido estricto esta forma anómala de publicidad se produce cuando se desacreditan los productos o servicios de un empresario. Conviene subrayar que, al regular la denigración publicitaria, la Ley General de Publicidad no exige que las correspondientes alegaciones sean falsas. Así pues, aunque la alegación publicitaria sea veraz, si sirve para desacreditar o menospreciar a una persona, empresa, o a sus productos o servicios, la misma merecerá el calificativo de publicidad desleal. Al igual que la citada Ley General de Publicidad, la Ley de Competencia Desleal -en su art. 9.º- incluye dentro de los actos desleales «la realización o difusión de manifestaciones sobre la actividad, prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero, que sean aptas para menoscabar su crédito en el mercado, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes». Si se contraponen este precepto con la correspondiente norma reguladora de la Ley General de Publicidad, relativa a la denigración, se observa que existe una importante diferencia entre las mismas. La Ley de Competencia Desleal exige -para que exista denigración- que las alegaciones publicitarias sean falsas. Es decir, que no sean exactas ni verdaderas, ni pertinentes; ya que si reúnen estos requisitos las correspondientes alegaciones serán lícitas. Así pues, la Ley de Competencia Desleal admite la *exceptio veritatis*, mientras que la Ley General de Publicidad considera irrelevante que el anunciante demuestre la veracidad de las alegaciones consignadas en la publicidad denigratoria. Por lo demás, existe una ulterior diferencia entre la regulación de la denigración publicitaria en la Ley de Competencia Desleal y en la Ley General de Publicidad. En efecto, esta última exige para que exista denigración, que realmente se desacredite al producto o empresa competidora. En la Ley de Competencia Desleal basta la susceptibilidad de menoscabar el crédito de una empresa, producto o servicios ajenos, para que surja la denigración.

Y es claro que ante un ilícito dado, como quiera que ambas leyes no pueden aplicarse simultáneamente, es preciso concluir que debe aplicarse de manera prioritaria, exclusiva y excluyente la Ley de Publicidad cuando aquél se produzca por medio de un acto publicitario conforme con la noción ofrecida por la Ley General de Publicidad. El carácter especial, prioritario y excluyente de la Ley General de Publicidad ha sido subrayado, afirmándose que afirmada la vigencia de la Ley General de Publicidad, es esta Ley especial frente a la Ley de Competencia Desleal, la que debe prevalecer de manera excluyente en los supuestos en que el ilícito publicitario sea a la vez ilícito desleal, pues aunque posterior en el tiempo pero general en la regulación de la materia, la Ley de Competencia Desleal será la que rijan con tal carácter de general, y la Ley General de Publicidad, anterior en el tiempo pero especial en la materia, se aplicará prioritariamente para el supuesto específico que ésta regula referido a los actos de competencia desleal realizados a través de la publicidad. Así las cosas, resulta que en el caso de ilícito publicitario, desleal o engañoso, no le cabe otro camino al que se considera perjudicado, que acudir al ejercicio de las acciones publicitarias específicamente reconocidas en los artículos 25 y siguientes de la Ley General de Publicidad, sin que sea aceptable optar por el ejercicio de las reconocidas en la Ley de Competencia Desleal, que no podrán sustituir a aquéllas.

En el caso planteado ha de considerarse que la publicidad empleada por la parte empresa a demandar provoca un indudable descrédito, denigración o menosprecio de los productos químicos que provocan la cloración y, además, hay una clara comparación del producto propio, anunciado, con los productos químicos, con la cloración, con el cloro, que no se apoya en características esenciales, afines y objetivamente demostradas de los productos; es decir, no es objetiva, no se apoya en caracteres demostrados.

3. Cuáles sean las posibilidades derivadas de los contratos realizados con consumidores y usuarios de bienes y servicios de toda clase, en el caso de incumplimiento o de falta de realidad de las referidas ofertas y de la publicidad realizada es tema derivado de la normativa general de carácter civil así como de la especial de protección de los consumidores y usuarios. Nos limitaremos en este momento a plantear el supuesto más habitual al respecto que viene derivado de la compraventa de inmuebles y de las consecuencias del incumplimiento de la totalidad de la oferta realizada a aquéllos en los respectivos contratos y en la publicidad realizada al efecto que, pese a no incluirse en el contrato, tiene naturaleza complementaria o derivada de los respectivos contratos y con respecto a la promoción inmobiliaria en cuestión.

Por ello mismo, ha de estimarse, sin duda de género alguno y en beneficio del consumidor o usuario de los pisos o inmuebles destinados a vivienda, que la publicidad u oferta de las promociones inmobiliarias correspondientes, aun siendo anterior al mismo comienzo de las construcciones luego objeto de los respectivos contratos de compraventa, ha de estimarse como integrado en la voluntad expresada en los contratos realizados por cada uno de los adquirentes, sin que exista enriquecimiento injusto alguno sino mero cumplimiento de aquello que fue objeto del contrato en aplicación de lo establecido en los artículos 1.091, 1.254, 1.257 y 1.258 del Código Civil (CC), debiendo ejecutar lo comprendido en la oferta previa o indemnizar el valor de su construcción por los adquirentes.

Si no se ejecutaron las obras comprendidas en el contrato y en la publicidad previa de la promoción, ha de considerarse que existió una publicidad engañosa, que sirvió para la captación de compradores, sin que la circunstancia de que luego éstos firmaran un contrato con inclusión y entrega de una memoria de calidades en la que ya no se incluía todo aquello que fue objeto de esa previa oferta publicitaria realizada, ello no impide ni es obstáculo relevante a la obligatoriedad de cumplir con el contenido íntegro de dicha publicidad que formó parte de la oferta contractual realizada a los terceros adquirentes. Así se desprende de lo establecido en el artículo 8.º 1 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, así como de los artículos 3.º y 4.º de la Ley General de Publicidad. Los adquirentes podían exigir que las viviendas se construyeran con los elementos ausentes en la obra definitiva e incluidos en la oferta publicitaria realizada previamente, y de su falta nace el derecho a ser indemnizado, en cuanto supone un incumplimiento contractual del que nace la obligación de resarcir (arts. 1.101 y 1.124 y concordantes del CC), que se traduce en una indemnización concreta procedente, si la reposición no resulta viable, estando su justificación en esa publicidad falsa, engañosa y por ende dolosamente fraudulenta, de la que no cabe duda, que entró a formar parte directa de la oferta.

SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- Ley 34/1988 (Publicidad), arts. 3.º, 4.º, 5.º 1 d) y f), 6.º, 9.º y 25.1.
- Ley 3/1991 (Competencia Desleal), art. 19.1.
- SSTs de 16 de febrero de 1990 y 8 de mayo de 1997.
- SSAP de Valencia (Secc. 7.ª) de 6 de marzo de 1998; de Madrid (Secc. 10.ª) de 26 de octubre de 2004 y de Toledo (Secc. 1.ª) de 23 de febrero de 2005.