

Evolución de la publicidad comparativa en el panorama español

Estela Bernad Monferrer y Zeynep Arda

Universitat Jaume I de Castellón, España

Izmir University of Economics, Turquía

bernad@uji.es y zeynep.arda@ieu.edu.tr

Resumen

El régimen jurídico español de la publicidad comparativa ha sufrido importantes modificaciones como consecuencia de la transposición de distintas Directivas que llevaron la revisión de la LGP de 1988, cristalizando en distintas normas que han visto la luz en los últimos tiempos. Debido a ello, en estos años, hemos podido observar como particularmente la doctrina ha ido plasmando un régimen propio para la publicidad comparativa, que ha pasado a ser contemplada como un instrumento muy útil mientras se realice de forma correcta y lícita. Con este trabajo, pretendemos analizar el recorrido de la figura de la publicidad comparativa partiendo de algunos ejemplos que se han producido en los últimos tiempos.

Palabras clave: Publicidad comparativa; Publicidad ilícita; Ley General de la Publicidad; Ley de Competencia Desleal; Autoregulación.

Evolution About Comparative Advertising in the Spanish Framework

Abstract

The Spanish legal system of comparative advertising has undergone major changes as a result of the transposition of various directives that led the review of the LGP 1988, crystallizing in different standards

that have come to light in recent times. Because of this we have, in recent years, particularly to see how the doctrine has been shaping its own regime for comparative advertising, which has become regarded as a very useful tool as it is carried out correctly and legally. With this work, we analyze the route of the figure of the comparative advertising based on some examples that have occurred in recent times.

Keywords: Comparative advertising; Advertising illicitly; General Law of Advertising; Unfair Competition Law; self-regulation.

INTRODUCCIÓN

La actividad publicitaria ha sido considerada como el puente que une la producción y el consumo, contribuyendo a mantener un régimen de libre competencia, gracias al cual los productos han de ser continuamente mejorados para mantenerse en el mercado en condiciones de calidad y de precio atractivo para los consumidores (Lorenzo Gelices, 1977:49). Y, en tanto que instrumento para salvar las limitaciones de los demandantes de estar al tanto de las ofertas existentes y su consiguiente elección, la publicidad se convierte en una herramienta de la competencia para introducir los bienes o servicios de los oferentes y darlos a conocer.

Por ello, perseguirá modificar o consolidar la elección de los bienes o servicios por parte de los consumidores, algo que es perfectamente lícito si se realiza con los medios apropiados y sin utilizar comportamientos o procedimientos abusivos, que irían dirigidos a enervar la correcta información de los demandantes, por lo que también es una de las actividades a través de la cual se puede desarrollar competencia desleal.

Los atentados contra la correcta información del consumidor estarían representados principalmente por los actos de publicidad desleal y por aquellos comportamientos que ponen en peligro la libertad de decisión (como el caso de la publicidad engañosa, subliminal, directa, los regalos publicitarios... etc.), reuniéndose entre los primeros los supuestos de publicidad comparativa ilícita.

Comparar es fijar la atención en dos o más objetos para descubrir sus relaciones o estimar sus diferencias o semejanzas. Pero, no cualquier tipo de comparación presupone un supuesto de publicidad comparativa pudiendo encontrarnos ante otros tipos de figuras publicitarias que se asemejan a la publicidad comparativa, pero que adolecen de algún elemento necesario para serlo. En principio la comparación es buena, ya

que permite conocer mejor los productos al público objetivo y adecuar el precio y mejorar los mismos a la empresa al tener como referente la oferta de la competencia. Con la publicidad comparativa se alude directa o indirectamente a la competencia con el fin de mostrar la superioridad de la oferta propia, gracias a una ventaja comparativa.

La licitud o ilicitud de la publicidad comparativa no ha sido un tema pacífico en España ni en el resto del derecho de nuestro entorno y como muestra cabe señalar el largo camino recorrido para regular este tipo de publicidad en la Unión europea, que se inicia con la primera propuesta de la Comisión de 1 de marzo de 1978 para acabar culminando con la Directiva de 23 de octubre de 1997 sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa (Bacharach de Valera, 1983:34. Cepas Palanca, 1998:2).

Con anterioridad a la LGP, no se había recogido la comparación como ilícito concurrencial de manera expresa, aunque en algunas resoluciones del Jurado Central de Publicidad se afirmaba la ilicitud de la publicidad comparativa por considerarla denigratoria (Fernández Novoa, 1968:212, Massaguer, 2005:1) o por considerarla contraria a la ética empresarial (Fernández Novoa, 1968:213). No obstante, la resolución del Jurado Central de publicidad de 4 de noviembre de 1976 (Fernández Novoa, 1968:214), el Jurado declaró expresamente: “que el empleo de frases publicitarias comparativas no puede estimarse punible cuando, desde luego, sean veraces, puesto que: a) Por no estar prohibida en derecho la publicidad comparativa por si misma. b) Porque de considerarse así se iría en contra del derecho del consumidor. c) Porque iría en contra de la verdad en algunos casos. d) Porque su prohibición coartaría la libertad de creación”. Se afirma por primera vez en nuestro Derecho que la publicidad comparativa por si misma no estaba prohibida.

Aún así, en nuestro país ya se reconocía la licitud de la publicidad comparativa antes de la aprobación de la Directiva de 1997 de una manera amplia y generosa (Tato Plaza, 1998:17), puesto que la LGP de 1988 en su art. 6c contemplaba la admisión de la publicidad comparativa siempre que la confrontación entablada se ciñese a determinados requisitos, que eran prácticamente coincidentes con las que establecía el art. 3 bis b) y c) de la Directiva aprobada en 1997, si bien la norma comunitaria disponía la validez de la publicidad comparativa cuando observase una serie de exigencias, mientras que los preceptos estatales ordenaban el carácter desleal, es decir, la ilicitud de la comparación publicitaria cuando no respetase determinados requisitos (Martínez Gutiérrez, 2003:2).

Del cotejo del precepto sobre publicidad comparativa de la Directiva y del de la LGP antes de su modificación, nada más se apreciaban diferencias de matiz. Hubiese sido preferible una pequeña corrección respecto a las divergencias detectadas sin entrar a realizar una revisión global, como defendía parte de la doctrina española (Tato Plaza, 1998:18). Pero con la modificación de la LGP de 28 de octubre de 2002, prácticamente se incorporó íntegramente lo dispuesto en la Directiva comunitaria. Sin embargo, nada se dispuso para solventar las divergencias que se producían entre la lectura del precepto sobre la comparación según la LCD y su homónimo de la LGP, que mostraban importantes incongruencias¹.

The advertisement is a blue rectangular graphic. On the left, it features the iBanesto.com logo and a comparison table. On the right, the text 'ESTÁ CLARO, iBanesto TE DA MÁS' is written in large white letters. At the bottom, there is a phone number, a website URL, and the iBanesto.com logo with the tagline 'LOW COST BANKING'.

| iBanesto.com | ING |
|--|---|
| Cuenta AZUL 3,10% TAE hasta el 30 de junio de 2012 | Cuenta BARRABIA 3% TAE |
| Tarifa de HIPOTECA Euribor + 0,38% CLAM/100 | Tarifa de HIPOTECA Euribor + 1,20% CLAM/100 |
| Cuenta NÓMINA AZUL 3% | Cuenta NÓMINA BARRABIA 2% |

902 101 240
www.ibanesto.com

iBanesto.com
LOW COST BANKING

Posteriormente, 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 usuarios², ha realizado importantes innovaciones en la regulación sustantiva y procesal de la publicidad ilícita puesto que no se ha limitado a transponer las Directivas que le dan sentido, sino que ha intentado solventar los problemas que planteaba la doble regulación existente, reformando tanto el aspecto sustantivo como el procesal de la publicidad ilícita (SARAZA JIMENA, 2010).

1. RAZÓN DE SER DE LA COMPARACIÓN PUBLICITARIA

Dentro de la actividad empresarial, la lucha por situarse en puestos preeminentes dentro del mercado, lleva a las empresas a realizar técnicas de posicionamiento en el mismo, que no siempre son consideradas leales

y correctas. La actuación concurrencial a través de técnicas de comparación sería uno de estos casos, en los que los diferentes intereses que participan en el mercado chocan, sin que durante mucho tiempo haya habido acuerdo sobre la conveniencia o inconveniencia de esta actuación concurrencial, y todavía, hoy en día, el debate tras los anuncios que se apoyan en esta figura publicitaria, no es baladí, provocando dudas y comentarios, sobre su licitud y sobre su falta de ética. Por ejemplo, el anuncio de Pepsi versus Coca Cola durante la emisión de la Superbowl, en febrero de 2012³, hubiese sido considerado ilícito en España, ya que la característica principal por la que se aprecia la preeminencia del producto es el sabor, que no es verificable.



En este sentido, los empresarios por un lado, van a luchar por conseguir mayor cuota de mercado para sus prestaciones, así como también van a pretender conservar y aumentar su clientela. Por otro, los consumidores, van a exigir obtener una información completa y veraz sobre las ofertas que se lancen al mercado, para poder optar a la más adecuada.

Si unimos a esto, que la lucha comercial debe realizarse bajo criterios de lealtad, obviamente el producto o servicio que se ofrezca en el mercado, deberá ser fruto del esfuerzo del propio empresario/a oferente, sin apoyarse en el realizado por los demás competidores, teniendo que ofrecer sus prestaciones, en las mejores condiciones para que el destinatario final pueda elegir el más adecuado, estando debidamente informado.

Uno de los modos para que el consumidor pueda conocer debidamente las distintas ofertas lanzadas por los empresarios, es a través de la comparación de las mismas, puesto que de esta manera se le da la posibilidad al público destinatario de que las conozca, poniendo en conocimiento de éste la más completa información que le permitirá poder seleccionar la mejor entre todas las posibles. Pero en este caso, las apreciaciones deben ser correctas, ciertas y apropiadas, basándose en puntos comprobables que no lleven a error al consumidor/a.

En este supuesto, la empresa se apoyará en el producto o servicio de la competencia para demostrar su ventaja comparativa, indicando que conoce perfectamente al rival y se siente más fuerte frente al mismo.

Llegados a este punto, para que la competencia a través de la comparación publicitaria sea correcta, tendrá que respetar determinadas reglas, como es que el empresario base su actuación concurrencial en sus propias prestaciones y a la vez, que los consumidores/as alcancen el mayor grado de conocimiento e información sobre las mismas, así como que no denigre y que compare objetivamente, que no genere confusión y que no se aproveche indebidamente de la reputación del otro (Otero Lastres, 1996:936. Cisneros Burgos, 2012). Como podemos apreciar, en el caso de la actuación competitiva a través de la comparación publicitaria, fácilmente se pueden quebrantar estas reglas. Obviamente, la evolución de la comparación publicitaria y de los argumentos a favor o en contra de su licitud, ha estado afectada por las mismas circunstancias experimentadas por otros sectores del ordenamiento del mercado progresando y transformándose al ritmo de los distintos modelos que regulan la disciplina de la Competencia desleal, es decir, el modelo paleoliberal, el modelo profesional y el modelo social (Menéndez, 1988:27 y ss).

Aunque en España y en la Comunidad Europea, la publicidad comparativa está admitida y es lícita siempre que cumpla con determinados requisitos, el debate sobre la posible licitud o ilicitud de la actuación con-

currencial comparativa, no ha sido pacífico. Por eso, en el transcurso de las últimas décadas, dentro de los países llamados de economía de mercado, ha sido normal encontrarnos con diferentes tendencias, pudiendo distinguir tres tipos (Boddywyn, 1977:42); a) aquellos países que permitían las comparaciones basadas en verdades; b) los que prohibían las comparaciones por diferentes fundamentos; c) y los que prohibían únicamente su abuso⁴ (Boddewyn & Martin, 1978:39).

Estas diferentes tendencias, por lo que respecta a los países que componen la Comunidad Europea, han ido dirigidas a intentar aunar los posicionamientos sobre la publicidad comparativa que culminó con la redacción de la Directiva de 97/55/CEE de 6 de octubre de 1997, sobre publicidad engañosa y comparativa, en la que se modificaba la anterior Directiva de 1984 sobre publicidad engañosa, para incluir la publicidad comparativa. Con esta Directiva, se ha pretendido garantizar el buen funcionamiento del mercado interior de los países miembros de la Comunidad Europea, y por este motivo se creyó fundamental armonizar las condiciones de utilización de la publicidad comparativa, para poder así demostrar las ventajas de los distintos productos comparables en aras al máximo beneficio del consumidor y al derecho a la información del que gozan que es considerado como un derecho básico.

La publicidad comparativa lícita es muy ventajosa para todos los intervinientes en el mercado. Por un lado los anunciantes deben tener libertad para ofrecer su oferta en las condiciones lícitas que estimen convenientes por lo que al comparar sus propios productos con los del competidor, resaltarán las ventajas y superioridad de los mismos, y por tanto se enriquecerán con las ganancias proporcionadas por el fenómeno competitivo. Por otro lado, los consumidores, dentro de la libertad de elección de la que disponen, gozarán de más información para poder seleccionar la misma sobre las adquisiciones que necesite realizar. Finalmente, también deberemos tener en cuenta, que la publicidad comparativa es beneficiosa para el propio mercado, puesto que genera transparencia.

Pero también es un principio de la competencia leal el hecho de que cada empresario-anunciante base el éxito de su oferta en la explotación de sus propios productos o servicios, de lo que cabría deducir que no se podrían aludir los productos o servicios de los demás competidores (Otero Lastres, 1996:936). Este hecho parece oponerse al derecho que tiene el consumidor a recibir la más completa información sobre las distintas

ofertas promocionadas, que se verá mermado si se excluye la posibilidad de confrontación de unas ofertas con otras, a fin de que la información proporcionada a los consumidores sea más clara y completa. Aunque alguna doctrina señala que el exceso de información puede generar confusión (Díaz Ruíz, 1995:135). Convendrá, por ello, aunar estos dos intereses en un justo equilibrio para que la correcta competencia sea más transparente y eficaz.

The advertisement is presented on a clipboard. At the top, it reads "Elige el dentífrico Más Eficaz contra la sensibilidad." Below this, two boxes of toothpaste are shown: Colgate Sensitive Pro-Allivio and Sensodyne. A comparison table follows:

| | Colgate Sensitive Pro-Allivio | Sensodyne |
|--|-------------------------------------|--------------------------|
| Alivio inmediato* | <input checked="" type="checkbox"/> | <input type="checkbox"/> |
| Alivio duradero superior | <input checked="" type="checkbox"/> | <input type="checkbox"/> |
| Sella los canales que conducen al nervio | <input checked="" type="checkbox"/> | <input type="checkbox"/> |

*Compara el grado de alivio inmediato y duradero en el alivio de la sensibilidad.

Below the table is an image of the Colgate Sensitive Pro-Allivio toothpaste tube. At the bottom, the text reads: "Alivio inmediato o te devolvemos tu dinero." and "Pruebalo tú mismo. Visita www.ColgateSensitiveProAllivio.es para consultar las condiciones legales."

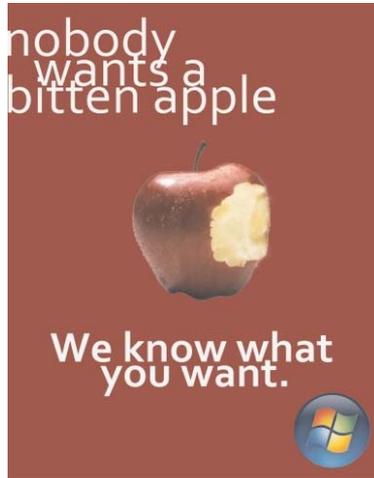
1.1. Argumentos en pro y contra de la Publicidad Comparativa

En un principio, en los países de nuestro entorno jurídico existía la premisa de tender a prohibir todo aquello que no estaba permitido, mientras que en los países anglosajones tradicionalmente se permitía, todo aquello que no estaba expresamente prohibido. Este distinto planteamiento, junto a otras circunstancias provocó el desarrollo de un debate alrededor de la figura de la publicidad comparativa haciendo surgir argumentos a favor o en contra de su licitud o ilicitud.

Aquellas consideraciones que se produjeron en contra de la licitud de la publicidad comparativa se construyeron según los distintos intere-

ses del mercado. Por una parte aquellas que se oponían **según el interés de los empresarios/as** se amparaban en la **posible infracción de los derechos de exclusiva**, cuando para realizar una comparación se hacía mención de la marca de otro competidor. La comparación utilizando marcas u otros signos distintivos ajenos, permitía al consumidor determinar fácilmente las prestaciones que se comparan y en la actualidad, tanto el Derecho español como el comunitario permiten la posibilidad de utilizar la marca de un tercero con finalidad comparativa, para pretender diferenciar y distanciar los productos distinguidos.

Por otro lado, también se alegó **el derecho al anonimato**, argumento marcadamente individualista, según el cual los empresarios aludidos esgrimían la no injerencia de los competidores en su actividad empresarial.



Otros razonamientos se apoyaban en la **prohibición de perjudicar a terceros**, basándose en que no se debía incurrir en una práctica de competencia desleal, bien por denigración en general, bien por utilización de la publicidad de tono estrictamente personal.

Finalmente otras consideraciones se oponían a su licitud por **considerar la comparación como competencia obstruccionista**, apuntando que se realizaba con el único fin de dañar y perjudicar al competidor/es para conseguir resaltar positivamente las prestaciones propias.



De otra parte, aquellos argumentos que tienen en **cuenta el interés de los consumidores** se apoyaban, por un lado, en la negación del efecto informativo de la publicidad comparativa, porque el empresario que realiza la equiparación se convierte en “juez y parte” y, por tanto, la información que se envía a los consumidores es incompleta o es relativa, existiendo la premisa de que las comparaciones tendrán que ser completas, incluso incluyendo los datos que puedan perjudicar a los productos.



Por otro lado, hay posturas que señalan que este tipo de publicidad induce a error a los consumidores por el lanzamiento masivo de información al público.



Finalmente, aquellos argumentos en contra **según el interés de los consumidores** señalan que esta publicidad es **utilizada por las grandes empresas para expulsar o impedir la entrada de otras empresas, generalmente pequeñas**, aunque a este razonamiento se ha contestado indicando que si se utilizase esta técnica de esa forma por las grandes empresas, estarían promocionando gratuitamente a las empresas pequeñas y esto no les interesa.

En segundo lugar, se indicó **que se puede desviar artificialmente la masa global del consumo en direcciones que no son necesariamente conformes al interés general**, así como **aumentar el volumen de ofertas ineficaces** debido al exceso de información que provocaría un sin fin de respuestas, elevando ostensiblemente el costo de la publicidad, lo que se conoce como “*ruido en el mercado*”, que acabará por producir desinterés y confusión en el público. Finalmente, la comparación **tendrá efectos diferentes según el grado de cultura y desarrollo del público al que se dirige**, siendo poco aconsejable este tipo de publicidad, para sociedades en crecimiento de bajo desarrollo cultural.

Pero, como hemos indicado, fueron muchas las posturas **a favor** de la publicidad comparativa por considerarla muy ventajosa para todos los intervinientes en el mercado. Los que abogaban por la licitud de la misma en aras del **interés de los empresarios** señalaban **que les permite abrir nuevos mercados y conquistar nuevos clientes**. Puesto que, los anunciantes deben tener libertad para ofrecer su oferta en las condiciones lícitas que estimen pertinentes por lo que al comparar sus productos con los del competidor, resaltarán las ventajas y superioridad de los mismos, proporcionándole beneficios.

Por otro lado, el empresario diligente luchará por **ofrecer mejor calidad y precio** en sus ofertas para ser más competitivo, haciendo **más eficaz su mensaje**, a la vez que el mismo puede revestir mayor cantidad de información.

Los que se basaban en su licitud respaldándose en el **interés de los consumidores** argüían que la publicidad comparativa **aporta información** y facilita un conocimiento más claro de las marcas y signos distintivos de los productos y servicios, al resaltar por parte del anunciante las diferencias más significativas de éstos con relación a sus potenciales competidores. Además ayuda a tener un criterio de valoración sobre las ofertas más adecuado, lo que les **facilitará el proceso de selección y elección de su compra**. Finalmente, **aporta transparencia** en el mercado, al ofrecer una panorámica más completa de las ofertas que hay en el mismo.

En último lugar, los que defienden la publicidad comparativa según el **interés general** apuntan que **se mejora la estructura del mercado** y se **estimula el perfeccionamiento del producto**, al suponer un fomento del progreso técnico y económico debido al incremento de la competencia, generando transparencia. Además de esta manera **se debilitarán posiciones monopolísticas** evitando situaciones de concentración por parte de los grandes anunciantes.

2. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA PUBLICIDAD COMPARATIVA

El concepto de publicidad comparativa debe contener los tres elementos necesarios para la existencia de la misma, es decir: la referencia a los productos o servicios propios, la referencia inequívoca a los productos o servicios del competidor, y la existencia de confrontación (Zurimendi, 1999:2503). De este modo, la publicidad comparativa será aquel tipo de publicidad que establece una comparación inequívoca entre lo que ofrece el anunciante y lo que ofrecen algunos o todos sus competidores (De La Cuesta Rute, 2002:197).

El art. 6 bis de la LGP indica que es publicidad comparativa “la que aluda explícita o implícitamente a un competidor o a los bienes o servicios ofrecidos por él”. No obstante, la omisión de los otros dos elementos indispensables para la existencia de la comparación, de la lectura del resto del articulado se sobreentienden.

2.1. Mención a los productos del anunciante

Si la función de la publicidad comercial es dar a conocer al público destinatario la oferta de un anunciante, para que de esta forma los consumidores se encuentren en situación de poder contratar lo que se ofrece mediante la publicidad, obviamente, se debe informar de la propia oferta, para de esta forma poder persuadirlo sobre las ventajas de la misma.

El anunciante pretende por un lado dar a conocer sus productos, y para ello va a tratar de dar la máxima información sobre su oferta, ya que como señala Fernández Novoa (1968:14 y ss) “las empresas procuran realizar las mejores ofertas en orden a la calidad y precio de sus mercancías y servicios, pero la oferta de las mercancías y servicios de la mejor calidad al precio más bajo resultaría estéril para la empresa si el público de los consumidores no tuviere noticias de tal oferta”. De este modo, los anunciantes intentarán mediante la publicidad, dar a conocer al público las características de sus productos o servicios para que aquéllos se sientan atraídos por éstos. Como el mismo autor señala: “Si la función de la actividad publicitaria estriba justamente en abrir las puertas del mercado a los productos y servicios de la empresa, es lógico y natural que el anuncio y las demás expresiones publicitarias se refieran, de ordinario, a los productos y servicios elaborados o distribuidos por el empresario anunciante. En la publicidad económica se ensalzarán, por lo común, el precio, la calidad y las características ventajosas de los productos o servicios anunciados. Las mercancías o servicios de la propia empresa serán, por lo general, el objeto inmediato de la publicidad realizada por el empresario anunciante” (Fernández Novoa, 1977:93).

Evidentemente, con la comparación se pretende informar a los consumidores sobre las ventajas de la oferta del anunciante con la finalidad de persuadirlos al demostrar los inconvenientes de los productos o servicios comparados. Se requerirá, ineludiblemente, mostrar la oferta propia del anunciante para poder realizar la comparación. Sí no fuese de esta manera, se adolecería de uno de los requisitos de la publicidad, que junto a la finalidad informativa tiene su razón de ser en la finalidad persuasiva, es decir, el anunciante lo que va a pretender es captar el mayor número de clientela posible al objeto de que compre sus productos, no se va a conformar con informar, sino que la información será la base para persuadir a la masa de consumidores para que adquiera su oferta anunciada.

Por otro lado, en el caso de que no se mencionase la propia oferta del anunciante, nos encontraríamos ante cualquier tipo de publicidad alusiva, que no requiriese de la mención de la propia oferta. Esto supondría la descalificación de la conducta como comparativa y su posible consideración como denigratoria (De La Vega García, 1998:186).



Aunque en el fondo de todo tipo de mensaje publicitario, se encuentre una cierta referencia al competidor, Boddewyn & Morton, en «Estudio mundial de la publicidad comparativa», indican el ejemplo siguiente, en el eslogan “Chevrolet le proporciona una suave conducción” (1978:36.), sugiere que otros coches no la proporcionan, o por lo menos no en la misma medida), y por tanto implícitamente se podría decir que existe un cierto grado de comparación. En el mensaje publicitario se requiere la presencia conjunta de los productos o servicios del anunciante y los del competidor/s (aunque estos pueden estar representados tácitamente pero de manera que sean fácilmente identificables por el

público consumidor). En la comparación, es un requisito imprescindible que se pretenda siempre distinguir, diferenciar los productos, para atraer la atención del público hacia las ventajas y superioridad de los productos del anunciante, no pudiendo por tanto confrontar los productos ajenos con los de un tercero. El autor de la comparación ha de ostentar la titularidad sobre los objetos comparados.

De aquí se desprende, que todos aquellos mensajes publicitarios que realice cualquier persona comparando productos o servicios que no son de su titularidad (que no son propiamente suyos), no serán publicidad comparativa, como por eje. el caso de la explotación publicitaria de los tests de mercaderías, y todos aquellos casos en los que es un tercero quien realiza la comparación.

Este requisito viene siendo exigido, porque ya en el propio concepto de publicidad recogido en el art. 2 de la L.G.P., se desprende la finalidad de promover directa o indirectamente la contratación de bienes mue-

bles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones, y por tanto, todos aquellos mensajes publicitarios, cuya finalidad no sea la contratación de los propios productos o servicios, sino que únicamente pretenden informar, no aparecerían recogidos por el art. 6 bis. Por lo tanto la alusión al tercero se realizará con la intención de promover la contratación de la oferta del anunciante.

De lo que se desprende, que el nuevo concepto de publicidad comparativa que recoge la reciente modificación de la LGP aparezca incompleto, por lo que deberemos completarlo con el concurso del art. 2 de la misma. También del resto de la lectura del art. 6 bis se deduce el necesario concurso de la oferta del anunciante para poder realizar la confrontación con la competidora, puesto que desde el momento que se señala frases como “los bienes o servicios comparados” (art. 6 bis 1 a)) se deduce la existencia de otros parámetros (la propia oferta) que sirvan como parangón.

2.2. Referencia directa o indirecta a los productos o servicios del competidor

Una técnica empleada por el anunciante para dar a conocer mejor sus productos es la de mencionar junto a su oferta, los productos o servicios ajenos para que el consumidor compruebe con mayor claridad las diferentes propuestas que hay en el mercado. Éste, al llegarle por parte del anunciante la información de las promociones existentes tendrá la ventaja de poder conocer y elegir de una manera objetiva, cómoda y fácil entre los distintos productos o servicios ofrecidos en el mercado.

Para que exista comparación se requiere que junto a la propia oferta del anunciante, se incluya una referencia directa o indirecta a las ofertas ajenas (Zurimendi, 1999:2503), es decir, que exista una referencia inequívoca a competidores determinados, aunque esta referencia sea indirecta. Si no fuese de este modo, se adolecería de parámetros suficientes para realizar la confrontación. Lógicamente para que exista comparación será necesario confrontar la oferta propia con la competidora/s, con el fin de resaltar los propios productos valiéndose o apoyándose en este parangón efectuado.

La comparación supondrá un mecanismo apto para deslindar con mayor nitidez las diferentes ofertas existentes en el mercado, si debido a ello, el público consumidor compara y contrasta los diferentes productos antes de inclinarse por uno determinado. De este modo, se hace necesaria

la concurrencia expresa o indirecta de la mención de los otros competidores dentro del mensaje publicitario comparativo.

En la actualidad, tras el concepto expresado en el nuevo art. 6 bis de la LGP, no cabe ninguna duda en la necesaria referencia a la oferta del competidor, al considerar que a los efectos de esa Ley será publicidad comparativa la que aluda explícita o implícitamente a un competidor o a los bienes o servicios ofrecidos por él. Hemos de señalar nuestro total acuerdo con la inclusión de la mención de la oferta competidora como parámetro para la existencia de la comparación, puesto que de este modo se evita, la confusión con otras figuras cercanas aunque distintas, como la autocomparación publicitaria (“la expresión que pone de relieve la superioridad de un producto o servicio recientes frente al mismo producto o servicio que con anterioridad fabricaba o distribuía la misma empresa anunciante y que distinguía con la misma marca; o bien la locución por medio de la cual el anunciante califica su prestación como “prestación cumbre” con respecto a sus restantes prestaciones que son de un nivel medio”, Lema Devesa, 1980:414), en la que no se precisa la concurrencia de la oferta contrincante. No obstante, la omisión que hace este precepto respecto de la propia oferta del anunciante nos parece muy desafortunada, puesto que para que se pueda realizar la confrontación se necesita la concurrencia de los propios productos o servicios del anunciante junto los productos o servicios de los competidores.

Pero esa referencia que se exige para que exista confrontación no se establecerá de cualquier manera. En este sentido, sólo cabe hablar de publicidad comparativa cuando el anunciante compare sus productos con los de uno o varios competidores identificados o inequívocamente (Tato Plaza, 1996:21) identificables, aunque la referencia sea explícita o implícita. Por tanto, debe ser inequívoca, aunque se realice de forma expresa o tácita.

Los casos de referencia directa al competidor se producen cuando el anunciante explícitamente hace referencia en su mensaje publicitario, junto con sus productos o servicios, a los de un competidor/s. Esta referencia puede realizarla de distintos modos, bien empleando el nombre de la marca competidora, bien mencionando cualquier tipo de imagen, señal o referencia que identifiquen claramente que los productos comparados son los del empresario rival.



Cuando se realiza el anuncio publicitario comparativo a través de una marca, que como signo distintivo que es conlleva una cualidad diferenciadora, la alusión es claramente directa. Pero no hemos de olvidar que todo signo distintivo conlleva un uso exclusivo para su titular, por lo que la publicidad comparativa está afectada por la servidumbre de la marca del producto o servicio comparado (Botija, 1994:1). Sin embargo, el considerando 15 de la Directiva 97/55/CE, sobre publicidad engañosa y comparativa, admite que se mencione la marca ajena en la comparación siempre que su objetivo consista en distinguir las ofertas y por tanto resaltar las diferencias de forma objetiva, y el considerando 14, a su vez, apunta que la mención de la marca ajena puede ser indispensable, para efectuar una publicidad comparativa eficaz.

La alusión a la marca ajena, también está admitida textualmente por la norma 20 del Código Deontológico de la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial (Autocontrol) que señala que “la publicidad no deberá contener ni explícita ni implícitamente referencia a los signos distintivos de otro anunciante fuera de los casos legal o convencionalmente admitidos o de publicidad comparativa aceptable”. Por tanto, en virtud de ese derecho exclusivo, el anunciante tendrá que resaltar las diferencias de los bienes y servicios afectados por la marca, mostrando su superioridad con relación a los productos confrontados o sus diferencias al objeto de distanciarse de ella. A tal fin, habrá de establecerse las características propias y las diferenciadas de su producto al objeto de justificar una preferencia del público consumidor hacia el producto o servicio ofertado.

En los casos de publicidad directa no existe ningún tipo de duda a la hora de saber con qué productos o servicios realiza la comparación el empresario anunciante, ya que “explícitamente” se indican cuales son.

¿Dónde están los naranjos de granini?

GRANINI compramos su mismo anuncio con un campo lleno de naranjos y hecho de 100% zumo en sus variedades Natal y Valencia, pero realmente... granini es zumo hecho a base de concentrado.

ZUMO A BASE DE 99% CONCENTRADO
PVP 1,74 €

ZUMO 100% EXPERIMENTO
PVP 1 €

Zumo exprimido Don Simón, como tener un naranjo en casa

Como hemos podido observar, la referencia a la oferta competidora se contempla de manera amplia, ya que se recoge expresamente que la misma pueda ser realizada de manera explícita o implícita. De este modo, se solventan aquellas dudas que en el pasado se plantearon, cuando concurrían supuestos en los que la referencia era indirecta (Zurimendi, 1999:2503).

Por tanto, actualmente, no existe ninguna duda sobre la admisión de las referencias implícitas a los competidores como susceptibles de supuestos comparativos, siempre que la referida mención sea inequívoca, es decir, cuando un sector significativo del público destinatario del mensaje pueda deducir, en función de las circunstancias, a que competidor o competidores se está haciendo referencia en el anuncio publicitario (Tato Plaza, 1996:22).



Claramente en el anuncio de la imagen anterior, la empresa Chicplace aunque no mencione al rival (Ikea), se sobreentiende al utilizar un eslogan con claras referencial al de éste. El anuncio utilizado por esta pequeña plataforma digital para promocionar el pequeño comercio

en las Navidades de 2014, fue contestado por Ikea, quien obligó a retirarlo por sentirse aludido y denigrado, pese a no aparecer su marca.

El caso de la publicidad indirecta (también llamada tácita o implícita), se suele referir a aquellos tipos de publicidad comparativa, en los que el empresario anunciante, claramente se refiere a un competidor o a sus productos o servicios, aunque no lo indique expresamente, pero el público consumidor a través de las referencias incluidas en el mensaje publicitario por el anunciante, sabe perfectamente a quien está aludiendo (Fernández Nóvoa, 1977:207). Esto se debe a varias razones, o bien porque el anunciante incluye efectos sensoriales (fácilmente identificables), que evocan la publicidad del contrincante, como puede ser una melodía que se relaciona con el competidor, o unos colores, o bien debido a la estructura del mercado, si el competidor goza de una posición de dominio, el consumidor rápidamente deducirá con quien se está comparando el anunciante, o de cualquier otra forma en la que “inequívocamente” el público sabe a quién se está refiriendo el anunciante.

Por tanto nos encontramos ante un caso de publicidad comparativa tácita, cuando el producto/s o servicio/s confrontados por el anunciante, puede ser identificado o deducido, por el público consumidor (destinatario del mensaje) o por una parte “significativa” de estos.

2.3. Existencia de confrontación

Para finalizar el elenco de elementos constitutivos de la publicidad comparativa hemos de hacer referencia al tercero, que es la existencia de la confrontación. Significando que la remisión conjunta de la oferta del anunciante y de la oferta del competidor no es suficiente para que exista publicidad comparativa, sino que es necesario que se produzca la comparación a fin de destacar la superioridad de los productos o servicios propios (Tato Plaza, 1996:40).

Comparar es fijar la atención en dos o más objetos para descubrir sus relaciones o estimar sus diferencias, pero en el supuesto de la comparación publicitaria, la comparación se realizará para poner de relieve las ventajas de la oferta del anunciante frente a las ofertas competidoras, puesto que esta finalidad se deriva del principio de competencia empresarial, y como hemos apuntado anteriormente la actividad publicitaria es uno de los instrumentos de la competencia empresarial, para dar a conocer los bienes y servicios de los oferentes, así como las condiciones de los mismos.

3. SITUACIÓN ACTUAL DE LA PUBLICIDAD COMPARATIVA

En la actualidad, tras la modificación operada por 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 se acaba con la doble regulación general, sustantiva y procesal, de la publicidad ilícita. Anteriormente el concurso de la LCD y la LGP provocaba serios problemas por la existencia de diferencias de la regulación sustantiva de la publicidad comparativa y por la existencia de una regulación procesal específica de las acciones de publicidad ilícita en la LGP que dificultaba su ejercicio, especialmente por la exigencia de requerimiento previo para las acciones de cesación y rectificación.

Ciertamente, el artículo 6 bis de la L.G.P. indicaba que es publicidad comparativa toda aquella que aluda explícita o implícitamente a un competidor o a los bienes y servicios ofrecidos por un competidor y además establecía los criterios para determinar si una publicidad comparativa es legal o no, cuando cumplía unas condiciones determinadas (CISNEROS, 2012). Pero la Ley 29/2009, modificó el art. 1 y el art. 6 de la LGP, regulándolos expresamente, sin embargo, nada dice del art. 6 bis, por lo que la doctrina considera que esta ley deroga y da una nueva regulación a la publicidad comparativa en España.

Esta nueva regulación, somete la licitud de la publicidad comparativa a una serie de circunstancias como que no sea engañosa; que compare bienes o servicios que satisfagan las mismas necesidades o tengan la misma finalidad; que compare objetivamente una o más características esenciales, pertinentes, verificables y representativas de dichos bienes y servicios, entre las que puede incluirse el precio; que no dé lugar a confusión en el mercado entre el anunciante y un competidor; que no desacredite ni denigre las marcas, los nombres comerciales u otros signos distintivos de algún competidor; que se refiera en cada caso, en productos con denominación de origen, a productos con la misma denominación; que no saque indebidamente ventaja de la reputación de una marca u otro signo distintivo de algún competidor y 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.



Tras esta última reforma, se ha clarificado el régimen de la publicidad comparativa, siendo la regla general su licitud, salvo que se utilice de forma desleal, quedando claro la conveniencia de este tipo de publicidad por ser una valiosa fuente de información para el consumidor.

Notas

1. Nos estamos refiriendo al tratamiento de la “*exceptio veritatis*” del régimen de la denigración (art. 6a LGP y 9 LCD), que forzaban su resolución a la interpretación de los Tribunales de Justicia, lo cual en algunos casos puede ser más dudoso y peligroso que si la modificación de la LGP lo hubiese resuelto clarificando este extremo.
2. Esta Ley tiene por principal objeto la transposición de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, y de la Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa.
3. <https://albacaballerorubio.wordpress.com/2013/10/24/los-mejores-ejemplos-de-publicidad-comparativa/>. Captura, septiembre de 2015.
4. BODDEWYN & MARTIN, “Estudio mundial de la publicidad comparativa”. Pubtec. n° 48, 1.978, pág. 39, indican que existe esta posible clasificación: “ a) Países donde las comparaciones son legales con pequeñas restricciones; b) países donde las comparaciones son legales con grandes restricciones; c) países donde las comparaciones son le-

gales, pero están prohibidas o severamente restringidas por la autorregulación; d) países donde las comparaciones son legales, pero su uso está muy restringido por las actitudes culturales o por acuerdo entre caballeros; e) países donde las comparaciones son ilegales.”

Referencias Bibliográficas

- BACHARACH DE VALERA, Sol. 1983. “La publicidad comparativa en el proyecto de directriz de la CEE sobre publicidad engañosa y desleal. (Su influencia en el derecho publicitario español)”, **Publitecnia** n° 62. Madrid.
- BODDYWYN, Jean. 1977. “¿Es Legal la publicidad comparativa?” **Pubtec.** n° 44.
- BODDEWYN, Jean y MARTIN, Katherin. 1978. “Estudio mundial de la publicidad comparativa”. **Pubtec.** n° 48.
- BOTIJA BELTRÁN, Miguel Ángel. 1994. “Ilícito desleal y publicitario en la publicidad comparativa o engañosa”, **La Ley**, n° 3586.
- CEPAS PALANCA, Rafael. “La Directiva comunitaria sobre publicidad comparativa”. **A. P.**, n° 25, septiembre, 1998, Madrid.
- CISNEROS BURGOS, Luis. 2012. **Legaltoday.com.** 9 de marzo. Editorial Aranzadi.
- DE LA CUESTA RUTE, José María. 2002. **Curso de Derecho de Publicidad.** EUNSA. Navarra.
- “Observaciones sobre la L.G.P”. 1995. **Perspectivas actuales del Derecho Mercantil.** Coord. Fco. Javier Sánchez Calero. Aranzadi.
- DE LA VEGA GARCÍA, Fernando. 1998. “La comparación en sentido jurídico como acto de concurrencia lícito. Aspectos generales”, **R.D.M.**, n° 227. Madrid.
- DÍAZ RUÍZ, Emilio. 1995. “Competencia desleal a través de la publicidad comparativa”, **RDM** n° 215, Enero-Marzo, Madrid.
- FERNANDEZ-NOVOA, Carlos. 1968. “La interpretación jurídica de las expresiones publicitarias”, *R.D.M.*, Madrid.
- _1971, “La Publicidad de tono estrictamente personal”, en **Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues.** Madrid.
- _1977. “La Publicidad comparativa”, **Estudios de Derecho de la Publicidad.**
- LEMA DEVESA, Carlos. 1980. **La publicidad de tono excluyente,** Edit. Montecorvo S.A., Madrid.
- LORENZO GELICES, Feliciano. 1977. “Aspectos jurídicos de la publicidad”, en **Ética y Publicidad,** Instituto Nacional de Consumo, Madrid.

- MARTÍNEZ GUTIERREZ, Angel. 2003. “Reflexiones sobre el nuevo régimen jurídico de la publicidad comparativa en el Derecho español”, **Actualidad Jurídica Aranzadi**, 26 de junio de 2003, <http://bit.ly/2f9Oxxy>.
- MASSAGUER FUENTES, José. 2005. “La publicidad comparativa”. **IE Working Paper Derecho**. AJ8 123. Marzo.
- MENÉNDEZ, Aurelio. 1988. **La competencia desleal**, Civitas, Madrid.
- OTERO LASTRES, José Manuel. 1996. “La publicidad comparativa: ¿Licitud o ilicitud?”, en **Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez**. Civitas. Madrid.
- SARAZA JIMENA, Rafael, 2010. “La nueva regulación de la publicidad ilícita”. **El derecho.com. Boletín Mercantil**.
- TATO PLAZA, Anxo. 1996. “La publicidad comparativa”, Marcial Pons, Madrid. 1998. “**Breves notas en torno a la Directiva Comunitaria sobre Publicidad Comparativa**”. A. P., nº 16, Enero, Madrid.
- ZURIMENDI ISLA, Aitor. 1999. “Publicidad comparativa y denigrante. En torno a la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 1997”, **R.G.D.**, nº 654.