

La publicidad comparativa en la Unión Europea¹

Carlos Lema Devesa²

1. Introducción

En el mercado global, característico del siglo XXI, la publicidad no sólo constituye un arma necesaria para los empresarios, en la aguda lucha competitiva que tienen que librar diariamente, sino que también representa un instrumento indispensable para los consumidores. En efecto, el derecho a la libertad de elección de productos y servicios se vería muy limitado, si el consumidor no dispusiese de publicidad.

En la encarnizada lucha competitiva para alcanzar las preferencias del consumidor, el empresario tiene que esforzarse por demostrar que sus productos o servicios superan a los productos o servicios de sus rivales. Esta superioridad puede expresarla a través de la publicidad comparativa; modalidad cada vez más frecuente en el mercado.

En contra de lo que pudiese suponerse, la publicidad comparativa es una figura muy antigua. Los estudiosos de la historia de la publicidad consideran que –posiblemente- el primer anuncio comparativo se plasmó en un vaso griego del siglo V antes de Cristo, en el que el alfarero Euthymides, afirmaba que el pote por él fabricado “es superior a los potes de Euphronios”.

Pues bien, en la década de los años 80 del pasado siglo, en el ámbito de la Unión Europea, se planteó la necesidad de unificar la regulación de la publicidad comparativa. Esta necesidad obedecía, entre otras, a dos causas fundamentales. En primer lugar, la publicidad y –consiguientemente- la publicidad comparativa, rebasan las fronteras de los correspondientes Estados miembros. De suerte que una publicidad comparativa puede ser captada más allá del mercado nacional en el que se difundió. Y, para lograr un mercado único eficiente era preciso unificar las legislaciones de los Estados miembros sobre esta materia. En segundo lugar, los Estados que integraban la Unión Europea regulaban de manera muy diferente la publicidad comparativa. Algunos prohibían esta modalidad publicitaria, mientras que otros la admitían.

En este último caso, establecían diferentes requisitos de licitud. Como es obvio, tales diferencias no podían mantenerse; y, por ende, se dictó la correspondiente Directiva comunitaria.

2. Antecedentes de la regulación de la publicidad comparativa en la UE

2.1. La Directiva sobre publicidad engañosa de 1984

En la Directiva concerniente a la publicidad engañosa no se contemplaba la publicidad comparativa. En efecto, la Directiva 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, tan sólo regulaba la publicidad falaz. Sin embargo, esta Directiva constituía

¹ Conferencia pronunciada en la Universidad de Pavía el 13 de septiembre de 2013.

² Abogado y Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid.

una primera fase, a la hora de disciplinar determinadas figuras publicitarias. Así se advierte en la exposición de motivos de la citada Directiva, que señala que el legislador comunitario “en una segunda fase deberá ocuparse de la publicidad desleal, así como, en caso necesario, de la publicidad comparativa”.

2.2. La modificación de la Directiva de 1984, para incluir la publicidad comparativa.

Después de trece años de vigencia de la Directiva sobre publicidad engañosa, el legislador comunitario estimó oportuno incluir la regulación de la publicidad comparativa en la misma. Mediante la Directiva de 6 de Octubre de 1997, se modificó la anterior Directiva, para armonizar la regulación de la publicidad comparativa en el Unión Europea. En este sentido se esgrimieron como argumentos, no sólo que tal figura estimula la competencia, sino también el hecho de que la publicidad comparativa, constituye “una manera legítima de informar a los consumidores de las ventajas que pueden obtener”. Y por otro lado, se definía la publicidad comparativa y se establecían nada más y nada menos que ocho requisitos de licitud. De modo que no resultaba fácil a los empresarios cumplir todos estos requisitos.

2.3. Ulterior modificación, mediante la Directiva sobre prácticas comerciales desleales de 2005

Ulteriormente, el régimen jurídico de la publicidad comparativa fue objeto de reforma, a través de la Directiva sobre prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores, de 11 de mayo de 2005, que modificó la Directiva sobre publicidad engañosa y comparativa. De manera específica, las modificaciones se plasmaron en la supresión de un supuesto especial: la publicidad comparativa en los casos de ofertas especiales. Por otro lado, al prohibirse la publicidad comparativa engañosa, se añadió la mención a los arts. 6 y 7 de la Directiva sobre prácticas comerciales desleales; preceptos que contemplan la publicidad falaz. Y, por último, al erradicar la publicidad comparativa confusionista se eliminó la mención “en el mercado” y se agregó la confusión “entre comerciantes“(rectius empresarios).

3. La directiva de publicidad engañosa y comparativa de 2006

En atención a que la vieja Directiva de 10 de septiembre de 1984 había sido objeto de las citadas modificaciones, el legislador comunitario procedió a su codificación; publicándose la Directiva de 12 de diciembre de 2006, sobre publicidad engañosa y comparativa que –en realidad- es una versión modificada de la anterior Directiva de 1997.

Al examinar la Directiva de 2006, cabe destacar determinados aspectos. En primer lugar, en punto a la publicidad comparativa, se trata de una Directiva “de máximos”. Según su art. 8.4, el legislador nacional no puede establecer una protección más amplia; es decir no puede establecer ulteriores requisitos para la admisión de esta modalidad publicitaria. En segundo lugar, los requisitos de licitud de la publicidad comparativa son acumulativos. Por consiguiente, para que esta figura sea lícita deben cumplirse en su totalidad. Y, en tercer lugar, la publicidad comparativa, tiene que respetar –obviamente- lo dispuesto en otras normas comunitarias; concretamente, el Reglamento de 20 de marzo de 2006, relativo a la protección de las indicaciones geográficas y de las denominaciones de origen de los productos agrícolas y alimenticios; así como la Directiva de 21 de diciembre de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones de los Estados miembros en materia de marcas.

A este respecto, no debe olvidarse que el titular de la marca registrada goza de un derecho exclusivo, que incluye el “ius prohibendi”, facultándole para prohibir que un tercero utilice un signo idéntico o similar a su marca. No obstante, para efectuar una publicidad comparativa, puede resultar necesario mencionar la marca del producto o servicio del competidor. Por ende,

en el caso de la publicidad comparativa, el derecho de exclusiva sufre una limitación y se permite la mención de la marca ajena, en tanto en cuanto se cumplan los requisitos de la Directiva objeto de análisis.

4. El concepto de publicidad comparativa

La Directiva sobre publicidad engañosa y comparativa de 2006 consigna -en su Art. 2- diversas definiciones; entre otras, la definición de publicidad comparativa. El citado precepto define esta modalidad publicitaria como *“toda publicidad que alude explícita o implícitamente a un competidor o a los bienes o servicios ofrecidos por un competidor”*.

Como dice el viejo aforismo latino *“omnis definitio periculosa est”*. A mi modo de ver, en efecto, la citada definición ha resultado peligrosa, puesto que es desafortunada.

La primera crítica que cabe efectuar es que el art. 2 de la Directiva no define la publicidad comparativa, sino que -como indica Tato Plaza- recoge el concepto de publicidad alusiva (*bezugnehmende Werbung*). Figura que constituye un *“Oberbegriff”*: se refiere a la publicidad que alude a uno o varios competidores. Dentro del concepto de publicidad alusiva se pueden incluir otras modalidades publicitarias, que aluden a un competidor y que -sin embargo- no constituyen publicidad comparativa.

En primer lugar, la publicidad denigratoria, que representa una forma de competencia obstruccionista, en la que se menciona a un competidor, sus productos, o sus signos distintivos, para desacreditarlos ante el público de los consumidores.

En segundo lugar, la publicidad adhesiva, en la que el anunciante equipara los productos o servicios propios a los de un competidor, lucrándose de la reputación ajena en su propio beneficio. Así sucederá, cuando el empresario utilice tablas de equivalencia, indicando al consumidor que el producto anunciado, generalmente desconocido, se corresponde con una marca renombrada. También se produce un supuesto de publicidad adhesiva cuando se menciona la marca ajena de manera injustificada.

En tercer lugar, la publicidad confusionista, que se produce cuando en sus anuncios, el anunciante induce o puede inducir a confusión con empresas, signos distintivos o productos competidores. En el mencionado riesgo de confusión, se incluye el riesgo de asociación.

Una ulterior crítica que merece el concepto de publicidad comparativa, deriva de que la definición de la misma no recoge la característica fundamental de esta modalidad publicitaria. Característica que fue destacada hace muchos años por el Prof. Fernández Novoa; a saber: la publicidad comparativa debe contraponer los productos o servicios propios con los ajenos, resaltando la superioridad de los primeros frente a los segundos.

Estas críticas se ven superadas en la definición de publicidad comparativa, efectuada por el Prof. Tato Plaza, según el cual publicidad comparativa es *“aquella publicidad en la que el empresario anunciante compara su oferta con la de uno o varios competidores, identificados o inequívocamente identificables, con el resultado, directo o indirecto, de resaltar las ventajas de los propios productos o servicios frente a los ajenos”*.

Así las cosas, según reiterada jurisprudencia del TJUE (entre otras, sentencia de 12 de junio de 2008 [caso 02 Holding Ltd]) la Directiva recoge *“una definición amplia que permite abarcar todas las formas de publicidad comparativa, de manera que, para que exista publicidad comparativa, basta con*

que exista una comunicación que haga referencia, aunque solo sea implícitamente, a un competidor o a los bienes o servicios de este”.

El requisito para que exista publicidad comparativa radica en la alusión explícita o implícita al producto o servicio del competidor. En el primer supuesto, el anunciante citará la marca, el nombre comercial, denominación social u otro elemento que identifique expresamente a la empresa, productos o servicios competidores. En el segundo supuesto, la alusión implícita a competidores plantea más problemas. No basta una alusión genérica a los competidores para que surja la publicidad comparativa; en tal caso, posiblemente, estaríamos ante un supuesto de publicidad de tono excluyente. Es necesaria una referencia inequívoca a uno o varios competidores. Dicho con otras palabras, el público deberá identificar –sin ningún género de dudas- al competidor o los productos o servicios competidores aludidos en el anuncio comparativo. En este sentido, en la sentencia del TJUE de 19 de abril de 2007 (caso De Landtsheer) se declaró que puede considerarse publicidad comparativa un mensaje publicitario que menciona un tipo de productos, pero no a una empresa o producto determinados, siempre y cuando sea posible identificar a la empresa o productos que esta ofrece, porque la publicidad alude a ellos.

En suma, pues, la Directiva sobre publicidad engañosa y comparativa plasma un concepto criticable de publicidad comparativa. Ahora bien, el TJUE viene acertadamente especificando y delimitando la definición de la publicidad comparativa.

5. Los requisitos de licitud de la publicidad comparativa

Si se tiene en cuenta que la tan citada Directiva pretende regular la publicidad comparativa, es lógico que establezca los requisitos de licitud de esta modalidad publicitaria. De modo que no se incurre en equivocación si se afirma que la publicidad comparativa “per se” no es lícita. Dicho con otras palabras, en el ámbito de la Unión Europea, no se admite en todo caso la publicidad comparativa. Lejos de ser así, la misma debe cumplir determinados requisitos para ser lícita; y, según la sentencia del TJUE de 18 de noviembre de 2010 (caso Lidl SNC), “la licitud de la publicidad comparativa en toda la Unión Europea debe apreciarse únicamente a la luz de los criterios establecidos por el legislador de la Unión”.

Previamente al análisis de los requisitos de licitud, debe advertirse que la correspondiente comparación no tiene que efectuarse –necesariamente- con todos los productos o servicios competidores. Antes bien, cabe la posibilidad de que la comparación se efectúe con un único producto o servicio. Esta opinión se ve apoyada por el propio texto comunitario, que –al definir esta modalidad publicitaria- alude a aquellos bienes o servicios ofrecidos por “un competidor”. Esta opinión se apoya en la sentencia del TJUE de 8 de noviembre de 2003 (caso Pippig Augenoptic), en la que se puntualizó que el ejercicio de la libertad económica del anunciante le faculta para proceder a elegir el número de productos o servicios comparados.

5.1. Requisitos concernientes al objeto de la comparación

En el marco de este apartado podemos incluir los requisitos previstos en el art. 4 b), e), g) de la Directiva sobre publicidad engañosa y comparativa.

5.1.1. Los bienes comparados deben satisfacer las mismas necesidades o tener la misma finalidad

La Directiva no exige que los bienes (muebles o inmuebles) o servicios, objeto de la comparación, tengan que ser idénticos. Lejos de ser así, sólo requiere que esos bienes o servicios satisfagan las

mismas necesidades o tengan la misma finalidad. Por consiguiente, será lícita la comparación entre un viaje Madrid-Barcelona en avión o en tren de alta velocidad.

En punto a la exigencia de satisfacer las mismas necesidades, el TJUE –en sentencia de 19 de septiembre de 2006 (caso Lidl Belgium) ha sostenido que este requisito requiere que los bienes o servicios sean suficientemente intercambiables o sustituibles para el consumidor. Y en sentencia de 19 de abril de 2007 (caso De Landtsheer) el citado Tribunal añadió que la apreciación del grado de sustitución “debe efectuarse a la luz de los objetivos de la Directiva, así como de los principios desarrollados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia”. El objetivo de este requisito (satisfacer las mismas necesidades o tener la misma finalidad) –según la STJUE de 18 de noviembre de 2010 (caso Lidl SNC) responde a que la característica de la publicidad comparativa es la identificación del “competidor” del anunciante o de sus bienes y servicios y la propia condición de “empresas competidoras” se basa en el carácter sustituible de los productos o servicios que tales empresas ofrecen en el mercado. De modo que se requiere un examen de los criterios que permitan deducir la existencia de una relación de competencia, en la gama de productos ofrecidos por la empresa anunciante y la empresa competidora.

A mi modo de ver, se pueden plantear dudas cuando se habla de que esos bienes o servicios tengan la misma finalidad. Como ya he dicho en anteriores ocasiones, la generalidad del texto comunitario es susceptible de reproche, puesto que, según el tenor literal del art. 4 b) de la Directiva, sería lícita la publicidad comparativa entre flores y bombones, puesto que persiguen la misma finalidad: ser objeto de regalo. No obstante, esta conclusión resulta inadmisibles, toda vez que la naturaleza de las flores y los bombones es radicalmente diversa. Por ende, para satisfacer este requisito, los productos deben pertenecer al mismo género.

5.1.2. Los productos con denominación de origen

Tal vez debido a la importancia que –en nuestros días- tienen las denominaciones de origen, el artículo 4, apartado e) de la Directiva prevé el requisito de que la publicidad comparativa concerniente a productos con denominación de origen, debe efectuarse con productos de esa misma denominación de origen. De este modo, se pretende observar el cumplimiento de las normas contenidas en el Reglamento de 20 de marzo de 2006, relativo a la protección de las indicaciones geográficas y de las denominaciones de origen de los productos agrícolas y alimenticios, según se especifica en la exposición de motivos de la Directiva sobre publicidad engañosa y comparativa.

El hecho de exigir la comparación de un producto amparado por una denominación de origen con otros productos de la misma denominación de origen, obedece a que –en caso contrario- la publicidad comparativa sería ilícita. No puede afirmarse que un producto, que no pertenezca a una denominación de origen, goce de las “peculiaridades” de los productos de tal denominación. De modo que la comparación no podría versar sobre las mismas características de los productos.

En todo caso, cabe la posibilidad de efectuar una publicidad comparativa de un producto que carezca de denominación de origen frente a un producto amparado por una denominación de origen. Así lo ha sostenido la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de abril de 2007 (caso De Landtsheer). De manera concreta, en esta sentencia se mantuvo que “*el requisito de legalidad de la publicidad comparativa establecido en el artículo 3 bis, apartado 1, letra f) de la Directiva (actualmente art. 4 e) de la Directiva) es igualmente aplicable en caso de que tal publicidad trate de un producto que carezca de denominación de origen y aluda a otro producto que disponga de tal denominación*”. A este respecto, el TJUE argumenta que la publicidad comparativa se admite cuando no obtenga indebidamente ventaja de la reputación de las denominaciones de origen del producto

competidor. De suerte que la citada sentencia puntualiza que *“la eficacia de este requisito quedaría parcialmente comprometida si se prohibiese comparar los productos que carezcan de denominación de origen con otros que cuenten con tal denominación”*. Así las cosas, el TJUE concluyó que si se respetan los requisitos de licitud de la publicidad comparativa, no puede admitirse una protección de las denominaciones de origen, que tuviese por efecto prohibir absolutamente las comparaciones de productos que no tengan denominación de origen, con aquellos productos que gocen de tal denominación. Ahora bien, no cabe olvidar –como indica la Prof. Ortuño Baeza- que la ilicitud de la comparación, en tal caso, se podría derivar del hecho de que la publicidad comparativa persiga obtener indebidamente las ventajas derivadas de la fama de la denominación de origen, que ampara al producto competidor.

5.1.3. Los denominados “productos-imitación”

Mediante el requisito exigido por el art. 4 g) de la Directiva, se pone de relieve que no todos los productos pueden ser objeto de publicidad comparativa. En efecto, se excluyen expresamente de esta modalidad publicitaria los productos o servicios que constituyan “una imitación o replica” de un producto o servicio identificados a través de una marca o nombre comercial protegido.

El adjetivo “protegido” suscita la duda de si esos signos distintivos que identifican el producto tienen que estar registrados en la correspondiente Oficina de Marcas; o sí, por el contrario, se trata signos distintivos que pueden merecer protección legal, aunque no estén inscritos en una Oficina de Marcas. A mi modo de ver, debe interpretarse ampliamente el término “marca o nombre comercial protegidos”, incluyendo aquellas marcas o nombres comerciales que –a pesar de no estar registradas- gozan de notoriedad en el mercado en el que se realiza la publicidad comparativa.

Por lo demás, este requisito fue objeto de análisis en la sentencia del TJUE de 18 de junio de 2009 (caso L’Oreal, S.A.) que enjuició la publicidad efectuada mediante tablas de equivalencia (“listas comparativas” en terminología del TJUE). En esta sentencia se mantuvo que era irrelevante el hecho de que en esa publicidad comparativa se indicase que el producto anunciado es una imitación de un producto protegido por la marca. De manera concreta, se declaró expresamente: *“El objeto específico del requisito establecido en el artículo 3 bis, apartado 1, letra b) de la Directiva 84/450 es prohibir que el anunciante muestre en la publicidad comparativa el hecho de que el producto o el servicio que comercializa es una imitación o una réplica del producto o del servicio de marca. A este respecto, como señaló el Abogado General en el punto 84 de sus conclusiones, no sólo se prohíben los mensajes publicitarios que evoquen expresamente la idea de imitación o réplica, sino también los que, a la luz de la presentación global, y del contexto económico en que se insertan, pueden transmitir implícitamente esa idea al público destinatario”*. Por ende, el TJUE consideró que el anunciante obtenía “indebidamente” una ventaja de la reputación de la marca objeto de comparación.

6. Requisitos relativos a los parámetros de la comparación

El apartado c) del artículo 4 de la Directiva sobre publicidad engañosa y comparativa requiere que la publicidad comparativa se efectúe de manera 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”.

6.1. La objetividad en la comparación

Ante todo, la Directiva requiere que el anunciante realice, objetivamente, la comparación publicitaria. Este requisito de objetividad en la comparación provocará la ilicitud de la publicidad comparativa, si el anunciante realiza la comparación de modo subjetivo.

Ahora bien, como ya hemos indicado en otra ocasión, un empresario tropezará con dificultades para actuar de modo objetivo, cuando compara sus productos o servicios con los de sus competidores. Pero la Directiva requiere que el anunciante sólo sea juez y no parte en el correspondiente “juicio comparativo”. Por lo tanto, el anunciante tendrá que adoptar las medidas precisas y realizar los esfuerzos necesarios para mantener la citada objetividad.

6.2. Las características objeto de comparación deben ser esenciales, pertinentes, verificables y representativas

Debe advertirse que la Directiva no requiere que el anunciante incluya en la comparación todas las características del correspondiente producto. En todo caso, las características objeto de comparación tienen que estar adornadas de cuatro notas, que son acumulativas: esenciales, pertinentes, verificables y representativas. Y debe tenerse presente que, en la publicidad comparativa, el anunciante no puede omitir características, que reúnan tales notas, y que están estrechamente vinculadas con las características comparadas. En este supuesto podría surgir una comparación publicitaria engañosa, por omisión o silencio del anunciante, si tal omisión es susceptible de inducir a error al consumidor. Así lo sostuvo la sentencia del TJUE de 8 de abril de 2003 (caso Pippig Augenoptic), en punto a la omisión de una marca renombrada en la correspondiente comparación. Y en la ulterior sentencia de 18 de noviembre de 2010 (caso Lidl SNC), se mantuvo que una publicidad comparativa puede resultar engañosa si la decisión de compra de los consumidores puede ser adoptada, creyendo erróneamente que la selección de productos realizada por el anunciante es representativa de su nivel general de precios respecto del nivel de precios del competidor.

En primer lugar, se requiere que la característica sea esencial; esto es: principal o importante. De modo que no cumpliría este requisito la publicidad comparativa que contraponga características accesorias o irrelevantes. El problema que se plantea –como apunta nuestra doctrina- es determinar cuándo una determinada característica de un producto o de un servicio debe ser calificada como esencial. A nuestro modo de ver una característica es esencial, cuando puede ser tomada en consideración –por el consumidor- a la hora de adoptar la decisión de compra.

En segundo lugar, la característica debe ser pertinente. Por tanto, una característica que no tenga ninguna justificación, en relación con el correspondiente producto o servicio, se podrá considerar impertinente. Así pues, la característica no debe ser ajena a los productos o servicios objeto de comparación. A nuestro modo de ver, podría ser ajena al producto o servicio comparado la pura y simple “nacionalidad” del mismo.

En tercer lugar, la correspondiente característica debe ser verificable. Esto significa que la correspondiente expresión publicitaria sobre esa característica tiene que ser objetivamente demostrable. En caso contrario, la publicidad comparativa sería ilícita. La STJUE de 19 de septiembre de 2006 (caso Lidl Belgium) ha señalado, sobre la verificabilidad de determinados productos que este requisito exige, en punto a una publicidad comparativa de precios de dos selecciones de productos, que tales productos puedan identificarse con precisión, sobre la base de la información contenida en la correspondiente publicidad.

Por lo demás, al exigirse que las características sean verificables, se excluyen de la publicidad comparativa los anuncios consistentes en opiniones o juicios personales. En efecto, estos últimos no pueden ser objeto de comprobación, toda vez que no existe una pauta para llevar a cabo la comprobación de esa opinión o juicio personal.

Por último, las características tienen que ser representativas. Debe tratarse de una característica significativa o que resulte de interés para el consumidor. Así pues, cabe interpretar esa característica en el sentido de que sea típica; y, por ende, expresiva del valor de los productos o servicios comparados. A través de esta exigencia, se pretende que se informe al consumidor.

7. Requisitos relativos al contenido de la comparación

La Directiva consigna otra serie de requisitos relativos al contenido de la correspondiente publicidad comparativa en el tan citado art. 4, apartado a) d) f) y h). Esto es: la publicidad comparativa no puede ser engañosa; no puede ser denigratoria, no puede ser adhesiva y tampoco puede ser confusionista. A mi entender la exigencia de estos requisitos resulta innecesaria, en el marco de los requisitos específicos de la licitud de la publicidad comparativa, toda vez que esta última figura puede prohibirse, cuando incide en el ámbito de aquellas otras deformaciones publicitarias. En todo caso, vamos a pasar revista –muy brevemente- a tales requisitos.

7.1. La publicidad comparativa no puede ser engañosa

El art. 4 a) de la Directiva sobre publicidad engañosa y comparativa que estamos analizando, requiere que la publicidad comparativa no sea engañosa, según dispone el art. 2. Y este precepto define la publicidad falaz como “toda publicidad que, de una manera cualquiera, incluida su prestación induce a error o puede inducir a error a las personas a las que exige o afecta y que, debido su carácter engañoso, puede afectar su comportamiento económico que, por estas razones, perjudica o es capaz de perjudicar a un competidor”.

De manera paralela, también se requiere que la publicidad comparativa no sea engañosa en el sentido de los artículos 6 y 7 de la Directiva sobre prácticas comerciales desleales. El primero de estos artículos regula las acciones engañosas, a través de una definición de engaño que coincide esencialmente con la definición anteriormente transcrita del art. 2; pero, desde el punto de vista literal, es radicalmente distinta. Por su parte, el artículo 7 de la Directiva sobre prácticas comerciales desleales concierne a las omisiones engañosas.

Respecto de la prohibición de la publicidad engañosa resulta paradójico que la Directiva sobre publicidad engañosa y comparativa tenga, por objeto proteger a los empresarios frente a la publicidad falaz, mientras que la Directiva sobre prácticas comerciales desleales tiene por finalidad proteger a los consumidores. Es obvio que tanto la publicidad engañosa, como la comparativa afecta a los empresarios y a los consumidores.

7.2. La publicidad comparativa no puede ser denigratoria

La publicidad comparativa se prohíbe si denigra las marcas, nombres comerciales y otros signos distintivos, así como los bienes, servicios, actividades o circunstancias de algún competidor.

A través de este requisito, se está contemplando la denigración publicitaria en su más amplio concepto. Como es sabido, la denigración publicitaria “stricto sensu” surge cuando se desacreditan los productos o servicios de algún empresario. Pero la Directiva va más lejos y –en segundo lugar- prohíbe el vilipendio de los signos distintivos de un competidor. En tercer lugar, también alude a la mención de un competidor en la publicidad de un anunciante, para desacreditarlo. Así sucede en el supuesto de la publicidad de tono estrictamente personal, que tiene lugar cuando se mencionan circunstancias ajenas al ámbito empresarial (nacionalidad, raza, ideología). Este supuesto específico de denigración publicitaria debe prohibirse siempre.

En todo caso, debe advertirse que toda comparación encierra en sí misma un mínimo descredito, toda vez que el producto comparado aparecerá en un plano inferior sobre el producto anunciado, que se situará en un plano superior, al destacarse las ventajas de este último sobre el anterior. Ahora bien, a mi modo de ver, mediante el requisito que estamos examinando se prohíbe el descredito innecesario; esto es, utilizar términos o imágenes difamantes o hirientes para los signos distintivos, productos, servicios o actividad del competidor.

7.3. La publicidad comparativa no puede ser adhesiva

El art. 4, apartado f) de la Directiva sobre publicidad engañosa y comparativa exige que, en la publicidad comparativa, el anunciante no obtenga, indebidamente, una ventaja de la reputación de un signo distintivo del competidor o de las denominaciones de origen de productos competidores.

El simple hecho de mencionar en la publicidad comparativa una marca renombrada ajena no provoca la ilicitud de la publicidad comparativa. Como declaró el TJUE, en su sentencia de 23 de febrero de 2006 (caso Siemens AG) “no cabe considerar que un anunciante saque indebidamente ventaja de la reputación de los signos distintivos de un competidor suyo, cuando la referencia a esos signos distintivos sea condición necesaria para que exista una competencia efectiva en el mercado de que se trate”.

En todo caso, cabe preguntarse cuando la marca anunciada en la publicidad comparativa, obtiene indebidamente ventaja de la reputación de la marca con la que compite. La respuesta a esta pregunta la facilitó el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su citada sentencia de 23 de febrero de 2006 (caso Siemens AG) al sostener que la utilización de signos distintivos de un competidor permite obtener una ventaja indebida de la reputación de tales signos, cuando “el hecho de mencionarlo tenga como efecto que el público, al que la publicidad va dirigida, asocie el fabricante cuyos productos se identifican con el proveedor que compite con él, con el resultado de que el público transfiera la reputación de los productos del fabricante a los productos del competidor”. En todo caso, cuando en unas tablas de equivalencias (que se consideran una modalidad de publicidad comparativa) se menciona que el producto comercializado es una imitación de un producto, diferenciado con una marca renombrada, la ventaja obtenida por esta publicidad es una ventaja “indebida” (STJUE de 18 de junio de 2009 [caso L’Oreal]).

A mi entender, el requisito examinado, que pretende que no se obtenga una ventaja indebida de la reputación del signo distintivo ajeno (con el que se compara el anunciante) puede resultar difícil de cumplir en la práctica publicitaria. Como ya he indicado, generalmente, en la publicidad comparativa, el anunciante efectúa la comparación entre su marca y la marca líder; esta última suele llevar muchos años en el mercado, gozando de un gran crédito, merced a la calidad de los productos y a las ingentes inversiones publicitarias sobre la misma. Pues bien, cuando un nuevo producto, que no es conocido, irrumpe en el mercado, a través de una publicidad comparativa con la marca líder, parece que se beneficia –velis nolis- de la reputación de tal marca.

7.4. La publicidad comparativa no puede ser confusionista

Por último, según el art. 4 apartado h) de la Directiva sobre publicidad engañosa y comparativa, la publicidad comparativa no puede provocar confusión entre los comerciantes, entre el anunciante y un competidor, o entre los signos distintivos del anunciante y los de un competidor, así como entre sus bienes o servicios. Una lectura de este requisito permite afirmar que comprende cuatro supuestos. En primer lugar, la confusión entre comerciantes; esto es, entre empresarios, entre los que no se encuentra el anunciante. En segundo lugar, se contempla la confusión que se puede surgir entre el anunciante y un competidor. En tercer lugar, se prevé la confusión entre signos

distintivos de los competidores y del anunciante. Y, finalmente, la confusión entre los bienes o servicios del anunciante y los del competidor.

Hay que indicar que este requisito debe de interpretarse en el mismo sentido que el requisito del riesgo de confusión en materia de marcas. Este riesgo surge cuando se utiliza una marca idéntica o semejante a la marca de un tercero y el público de los consumidores piensa que los productos o servicios anunciados tienen un mismo origen empresarial que los otros productos o servicios; o que ambos productos o servicios proceden de empresas vinculadas económicamente.

Por consiguiente, como señala la STJUE de 12 de junio de 2008 (caso O2 Holding Ltd) el titular de una marca registrada está facultado para prohibir el uso de una marca similar, en la publicidad comparativa de un tercero, para productos o servicios idénticos o similares a los que distingue la marca registrada, si es así, que tal uso provoca riesgo de confusión en el público, con independencia que la publicidad comparativa cumpla o no con todos los requisitos de licitud.

8. Consideraciones finales

La exposición de la figura de la publicidad comparativa en el ámbito de la Unión Europea, que ya ha sido objeto de la jurisprudencia del TJUE, permite obtener determinadas conclusiones sobre la regulación de la misma.

En primer lugar, la definición de publicidad comparativa es muy amplia, pretende abarcar todas las formas de manifestación de esta modalidad publicitaria. Por eso, para que surja esta figura, es suficiente la existencia de cualquier comunicación que haga referencia, aunque solo sea de modo implícito a un competidor o a los productos o servicios ofrecidos por este. De manera que la esencia de la publicidad comparativa radica en la alusión explícita o implícita al competidor del anunciante o a los productos o servicios ofrecidos por un competidor. Así pues, existirá publicidad comparativa cuando el mensaje publicitario aluda a un tipo de productos y no a una empresa o a un producto determinados, siempre y cuando sea posible identificar la empresa o los productos que se mencionan en el correspondiente anuncio publicitario.

En segundo lugar, la Directiva no recoge –a mi entender- el elemento característico de la publicidad comparativa: resaltar las ventajas de la empresa, productos, servicios anunciados sobre los competidores. Esta nota fundamental de la publicidad comparativa no es puesta de relieve claramente en la Jurisprudencia del TJUE. La sentencia de 12 de junio de 2008 (caso O2 Holding) afirma que el objetivo de la publicidad comparativa es promocionar los productos o servicios, del anunciante, agregando que -a través de tal publicidad- el anunciante pretende distinguir sus productos y servicios comparando sus características con las de los productos y servicios competidores. Esta declaración debe puntualizarse. A mi entender, la diferenciación de los productos y servicios se efectúa con la finalidad de destacar la superioridad de las características del producto anunciado sobre los productos de los rivales, objeto de la comparación publicitaria.

En tercer lugar, los requisitos de licitud de la publicidad comparativa, deben interpretarse –según el TJUE- en el sentido más favorable para esta modalidad publicitaria. Esta interpretación obedece a que tales requisitos pretenden ponderar los diferentes intereses que están en juego, a la hora de difundir la publicidad comparativa. Por un lado, el interés de los empresarios: se pretende estimular la competencia entre empresarios. Por otro lado, el interés de los consumidores: se pretende que se facilite información a los consumidores. Y, finalmente, el interés general: se pretende que publicidad sea leal en un mercado transparente.

Por último, el examen de la jurisprudencia del TJUE permite afirmar que –se fomenta el derecho del anunciante para efectuar publicidad comparativa y, llegado el caso, se limitan los derechos del titular de la marca o signo distintivo ajeno, que se utiliza en tal publicidad. Así pues, frente al viejo refrán que señala que “las comparaciones son odiosas”, cabe puntualizar que las “comparaciones publicitarias serán apreciadas si cumplen todos los requisitos de licitud”.