

RJ 1997\1195

Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 24 febrero 1997

Jurisdicción: Civil

Recurso de Casación.

Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Marina Martínez-Pardo.

Texto:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia, dos motivos han pasado el trámite de admisión, el primero con apoyo en el número cuarto del artículo 1692, invoca como infringidos el artículo 3, c) en relación con el párrafo a) y c) del artículo 6 de la Ley 34/1988, de 11 noviembre (RCL 1988\2279) General de Publicidad.

El artículo 3, c) de la Ley mencionada declara de forma genérica que «es ilícita... c) la publicidad desleal y la deslealtad se define en el artículo 6 de dicha Ley» cuando dice:

«es publicidad desleal a) la que por su contenido, forma de presentación o difusión provoca el descrédito, denigración o menosprecio, directo o indirecto de una persona, empresa o de sus productos, servicios o actividades... y c) la publicidad comparativa cuando no se apoye en las características esenciales, afines y objetivamente demostrables de los productos o servicios, o cuando se contrapongan bienes o servicios con otros no similares o desconocidos, o de limitada participación en el mercado».

El cuerpo del motivo, tras recordar que la reforma de la casación llevada a cabo por la Ley 30/1992 (RCL 1992\1027), veda el acceso a este recurso a las cuestiones de hecho, dice que el presente caso se trata de interpretación de norma jurídica, por cuanto es evidente que el anuncio es comparativo entre dos productos «Pepsi» y la «otra cola» y que en él se dice que «Pepsi es lo de hoy», y que bebiendo te sentirás joven y vital y «perderás fuerza y vitalidad» bebiendo «otra cola».

Ello entraña, en sentir del recurrente, infracción del artículo 6 párrafo c), de la Ley General de Publicidad, en la calificación que hace la Audiencia, que no aprecia la comparación «sutil y sugerente» entre dos estilos, entres dos bebidas; comparación que la Comunidad Económica Europea prohíbe aunque sea sutil, en contra del criterio estadounidense que acepta hasta la agresión verbal y directa.

Continúa apoyando su tesis, en el proyecto de Directiva que modificará la 84/450 (LCEur 1984\540), actualmente en vigor, y concluye que no puede sostenerse la tesis de la Audiencia, según la cual, si no se menciona la marca comparada no existe publicidad comparativa.

Se invoca también el criterio seguido por alguna organización publicitaria italiana, que tiene código de autodisciplina y hasta pareceres doctrinales de profesores universitarios.

Con esos razonamientos entiende que la publicidad del presente caso es desleal, que intenta mediante sugerencias crear aversión hacia el producto competidor y que no pretende ni crear transparencia en el mercado ni informar al consumidor, y que entra de lleno en los preceptos citados, puesto que la comparación «no está basada en

características afines, objetivamente demostrables» y menosprecia a la «Coca Cola» «sobre todo en el segmento de población más consumista de este tipo de refrescos y más vulnerable a los excesos publicitarios».

SEGUNDO.- Para decidir el motivo hay que partir de los hechos probados contenidos en la sentencia y que por no poder ser desvirtuados han de quedar incólumes.

«No existe discrepancia entre las partes respecto al hecho de la emisión, contenido del anuncio y su identificación. Surge la discrepancia sobre el alcance del contenido y la posible vulneración de la legalidad, por la concurrencia o no de carácter comparativo, denigrante y engañoso, respecto de la bebida refrescante elaborada por la actora».

El anuncio consiste en la actuación de un cantante de música moderna, denominada «rap» llamado M. C. H., que durante un concierto o festival ante numeroso público consume bebida refrescante «Pepsi Cola»; en un instante determinado una voz en off anuncia el cambio de la bebida que consume «por otro refresco de cola» en el momento en que el cantante protagonista del anuncio bebe de un vaso de color blanco, sin ningún tipo de distintivo o referencia, cambia de manera brusca el ritmo de su actuación, abandonando la trepidante música rap, comenzando a entonar una canción melódica ante el desconcierto del auditorio, hasta que uno de los espectadores le lanza un bote de «Pepsi», probando su contenido M. C. H., y volviendo de nuevo a la interpretación rap, finalizando con la frase «Pepsi es lo de hoy». Existe además el empleo de la palabra inglesa «feeling» que es precisamente utilizada en los anuncios de «Coca Cola» con la traducción de «sensación», pero que puede traducirse por sentimiento.

La Audiencia declara que del anuncio no «puede inferirse una comparación entre "Coca Cola" y "Pepsi Cola", si no es desde una "propia posición subjetiva de la actora", el anuncio no contiene referencia expresa alguna del anunciante "Pepsi Cola", a su competidora "Coca Cola", y sí una mención a "otro refresco de cola", que la actora identifica consigo misma».

Estas declaraciones, como hechos, no están desvirtuados y como conclusión fáctica obtenida de la apreciación de las pruebas, no se ha obtenido contrariando regla probatoria alguna.

Sostener que por sí solos estos hechos son subsumibles en las conductas prohibidas por el artículo 6, es arriesgada conclusión jurídica puesto que evidentemente no es publicidad denigratoria, pues no es denigrante para ningún refresco que no produzca excitación o «marcha», como se dice en lenguaje vulgar al uso.

Es pura deducción subjetiva, so pretexto de mantener una posición predominante en el mercado, atribuirse la condición de víctima del anuncio cuando es evidente que son varias las «otras colas» existentes en el mercado.

Está perfectamente valorado el carácter del anuncio como exagerado, ingenuo e inverosímil y no favorece a la juventud el criterio sostenido por la propia actora que la estima manipulable y además consumidora de estos productos no por su carácter de «refresco», como se autodefinen, sino como estimulantes, y que esta característica sea la que debe divulgarse para lograr ventas.

Que el anuncio sea o no testimonial, dependerá del grado de formación de los destinatarios, pues unos seguirán los supuestos hábitos del artista anunciante por su popularidad, otros creerán lo que dice y otros, por último, sabrán que el anuncio es venta de una popularidad y no manifestación de los propios gustos.

La publicidad además no es comparativa, porque no identifica la marca de la competencia, ni explícita ni implícitamente, porque ni la nombra ni puede darse por aludida la actora cuyos consumidores conocen perfectamente los efectos que produce su ingestión.

Sólo desconociendo el sentir de la juventud a la que va dirigida la canción, se puede dudar de la conclusión obtenida por la Audiencia, que califica a la canción como «publicidad exagerada», y en modo alguno denigrante. Y tal calificación no puede ser desvirtuada con los extensos pero subjetivos razonamientos del motivo. Dicha conclusión tiene carácter fáctico y en la formación del juicio de la Audiencia, que en definitiva es un juicio de valor, no se aprecia nada de ilógico, absurdo, arbitrario ni contrario a la ley, hablar de denigración, descrédito o menosprecio es exageración superior a la que puede observarse en el anuncio, puesto que la exageración carece del más leve asomo de intención malévola, y a buen seguro que no ha provocado perjuicio alguno, que ni siquiera se ha intentado probar.

La falta del carácter de deslealtad, impide entender infringido tanto el artículo 6, a) y c) de la Ley General de Publicidad de 1988, como el 10.1.º de la Ley de Competencia Desleal (RCL 1991\71), bajo cuyos prismas, prácticamente análogos, quiere contemplar el recurrente al anuncio en el motivo tercero (segundo de los admitidos).

No hay denigración, no hay perjuicio acreditado, no hay engaño (salvo que el engaño sea genérico de todos los anunciantes que induzcan a pensar en los beneficios efectos que al estado de ánimo prestan sus consumidos productos).

Ni la música suave es indeseable, ni denigra, ni debe ser rechazada por la juventud, cuyo «bien» parece encontrarlo la actora, digámoslo con su lenguaje, en la «marcha».

Tampoco hay conducta prohibida por la Ley de Consumidores y Usuarios, que legitime a «Coca Cola de España, SA», para invocar sus preceptos frente a otra multinacional, pues su relación no es la de usuario y proveedor.

Por todo ello se desestiman ambos motivos.

TERCERO.- Se condena en costas a la recurrente, por mandato del artículo 1715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.