

AC 1998\244

Sentencia Audiencia Provincial Asturias núm. 99/1998 (Sección 6ª), de 18 febrero

Jurisdicción: Civil

Rollo de Apelación núm. 720/1997.

Ponente: Ilma. Sra. D^a. Elena Rodríguez-Vigil Rubio.

Texto:

En Oviedo a, dieciocho de febrero de mil novecientos noventa y ocho.

La Sección Sexta de la Audiencia Provincial, compuesta por: D. José Manuel Barral Díaz, Presidente; Doña M.^a José Margareto García y Doña M.^a Elena Rodríguez-Vigil y Rubio, Magistrados; ha pronunciado la siguiente:

SENTENCIA NUM. 99

En el Rollo de Apelación núm. 720/1997, dimanante de los Autos de Juicio de Menor Cuantía, que con el núm. 119/1997 se siguieron ante el Juzgado de 1.^a Instancia núm. 2 de Oviedo, siendo apelante Colegio de Gestores Administrativos de Valencia, demandante, representado por la Procuradora doña M.^a del Carmen Cervero Junquera y asistida del Letrado don Carlos Verdu Sancho; siendo apelado «Banco Herrero, SA», demandado, representado por la Procuradora doña Carmen García Boto y asistida del Letrado don Faustino Crespo Crespo; ha sido Ponente la Ilma. Sra. Magistrado D.^a M.^a Elena Rodríguez-Vigil Rubio.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-La Ilma. señora Magistrada-Juez del Juzgado de 1.^a Instancia núm. 2 de Oviedo, dictó Sentencia con fecha 29 julio 1997, cuya parte dispositiva dice así: «Que desestimando las excepciones de falta de requisito de admisibilidad en la parte actora y Procuradora de la misma y falta de legitimación de la accionante y desestimando la demanda interpuesta por la Procuradora señora Cervero Junquera en nombre y representación de Colegio de Gestores Administrativos de Valencia, contra "Banco Herrero, SA", sobre acción de rectificación de publicidad ilícita; debo declarar y declaro no haber lugar a declarar la ilicitud de la publicidad contenida en los folletos acompañados con la demanda, absolviendo a la parte demandada de las pretensiones deducidas frente a la misma en el suplico de la demanda. Con imposición de las costas procesales ocasionadas a la parte actora».

SEGUNDO.-Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandante, el cual fue admitido en ambos efectos, remitiéndose los autos a esta Sección previo emplazamiento de las partes. Una vez comparecidas se tramitó la alzada, y, previos los demás trámites legales, se señaló para la celebración de la vista el día 18 de febrero del presente año.

TERCERO.-En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se ejercita en la demanda rectora de este procedimiento acción tendente a obtener la declaración de ser «... ilícita la publicidad contenida en los folletos relativos a la promoción de los planes de pensiones del "Banco Herrero" ... por ser de naturaleza engañosa y desleal, dado que provoca el descrédito o menosprecio injustificado de la profesión de los Gestores Administrativos, condenando a la demandada a estar y pasar por tal declaración, y a rectificar el contenido de dicha publicidad mediante la publicación, total o parcial, a su costa de la sentencia estimatoria de la demanda...», pretensión a la que se opuso la entidad demandada negando la concurrencia del requisito de procedibilidad del previo requerimiento extrajudicial de rectificación exigido en el art. 27 de la Ley General de Publicidad (RCL 1988\2279), a la vez que invocaba las excepciones formales de falta de personalidad en el actor por no acreditar el carácter con que reclama y correlativa falta de personalidad en su Procurador, y, en cuanto al fondo, niega a la actora legitimación «ad causa» por ser ajeno a la actividad de los Gestores Administrativos, en cuyo nombre y representación actúa, la función de intermediación en la suscripción de planes privados de pensiones, así como, en todo caso, el carácter ilícito o desleal de la campaña publicitaria denunciada.

La sentencia de primera instancia tras rechazar las excepciones formales igualmente desestimó la acción deducida en la demanda por reputar que no concurría en la campaña de publicidad denunciada los presupuestos de engaño, ilicitud o menosprecio en que se basa la misma; pronunciamiento desestimatorio éste de fondo frente al que se alza exclusivamente el recurso de la actora al que no se adhirió la entidad demandada lo que provoca que hayan devenido firmes, por consentidos, los pronunciamientos rechazando las excepciones formales opuestas por la misma que además, en otro caso, habrían de ser confirmados por los propios y acertados razonamientos consignados en la recurrida que esta Sala comparte en su integridad.

SEGUNDO.- La denuncia de publicidad ilícita, con apoyo en los arts. 3, 5 y 6, apartados a) y c) de la Ley General de Publicidad, la basa el Colegio Profesional actor, en el hecho de que la campaña de publicidad, de ámbito nacional, emprendida por el «Banco Herrero» en el mes de diciembre de 1996 para promocionar sus planes de pensiones, induce a su juicio en error a los destinatarios del mensaje sobre la cualificación de un competidor y provoca el descrédito, denigración o menosprecio de la actividad profesional de los Gestores Administrativos y de los Colegios Profesionales que les representan, y ello por estimar que en el folleto publicitario de tal campaña se hace un paralelismo comparativo entre dos cartas enviadas, una por un Gestor Administrativo, y otra por el Banco demandado, claramente desfavorable y tendente a desprestigiar la intervención de los primeros en este ámbito de la suscripción de planes privados de pensiones.

En este punto, no existe discrepancia entre las partes respecto de la real existencia y contenido de la campaña de publicidad de ámbito nacional y, por ello, abarcando la zona de influencia del Colegio actor según la certificación obrante al folio 136 de las actuaciones. Tampoco puede existir duda alguna en orden a la legitimación activa «ad causam» del Colegio actor dado que está debidamente acreditado en autos el acuerdo de colaboración suscrito por el mismo con el Grupo Financiero del Banco de la Pequeña y Mediana Empresa en el año 1992, aún en vigor (cfr. certificación obrante al folio 143) cuya finalidad era, entre otras, la promoción y distribución por estos profesionales de los productos financieros de tal entidad (cfr. Pactos 3.º y 4.º folio 31), colaboración de la

que deriva, al margen y con independencia de su posible ilicitud administrativa, la existencia en el citado de un derecho subjetivo o interés legítimo que es la cualidad exigida por el art. 25 de la Ley General de Publicidad para otorgarle legitimación para instar la presente acción.

Siendo ello así, la cuestión litigiosa a resolver por la Sala queda limitada a la de determinar si el contenido de la campaña publicitaria denunciada, vulneró o no lo establecido en los arts. 3 a 6 de la Ley General de Publicidad, invocados como infringidos, pudiendo por ello ser calificada de ilícita, en cuanto resulta denigrante la comparación de los productos financieros anunciados con los ofertados por los Gestores Administrativos como se sostiene por la parte actora recurrente, y la conclusión a la que llega este Tribunal, compartiendo el criterio de la Magistrado de primera instancia es negativa.

En efecto, sabido es que la publicidad es el principal vehículo del que disponen las empresas para hacer llegar a los consumidores los caracteres esenciales de sus productos o prestaciones a efectos de que los elijan entre otros existentes en el mercado de libre competencia.

Por ello, lo normal es que en todo mensaje publicitario exista, de manera más o menos explícita, dos puntos de referencia, la propia prestación o producto que se ofrece, que es la que debe ser elegido, y las demás con las que se pone en relación mas o menos genérica, que debe ser rechazada.

De ello resulta, como viene significando la mayoría de la doctrina científica, que la publicidad comparativa, en el sentido de poner una cosa o producto frente a otra u otros, está presente en gran medida en los mensajes publicitarios. Práctica esta que «per se» no puede reputarse ilícita en nuestro derecho, bien que tanto la Ley de Competencia Desleal (RCL 1991\71) (arts. 6 y 10) como la Ley General de Publicidad [art. 6, c) invocado], por lo que aquí interesa, sometan su licitud a la concurrencia de determinados requisitos objetivos, aquí no discutidos, así como, en todo caso, prohíban las campañas de publicidad que, entre otros, por su contenido «provocuen descrédito, denigración o menosprecio directo o indirecto de una persona, empresa o de sus productos, servicios o actividades» [apartado a) art. 6 LGP] prohibición o límite este que es esencialmente el que se denuncia como infringido en este caso.

Ahora bien, una atenta lectura del folleto de publicidad denunciado, en la totalidad de su contexto, no permite concluir el carácter ilícito del mismo al no poder ser reputado como vejatorio o denigrante para la actividad de un Gestor Administrativo.

TERCERO.- En efecto, aun siendo cierto que en el mismo se contempla la intervención de un Gestor Administrativo, ello lo es, no como un competidor en cuanto intermediario en el mercado financiero, más concretamente en la oferta de planes de pensiones privados (actividad esta que no consta conociera la entidad demandada al no estar acreditado fuera de general conocimiento el convenio privado de colaboración en virtud del cual la desarrollaban los colegiados de Valencia), sino en su actuación más típica, que según el art. 1 del Decreto 424/1963, de 1 marzo (RCL 1963\503 y NDL 14969) por el que se promulgó su Estatuto Orgánico, posteriormente modificado por RD 606/1977, de 24 marzo (RCL 1977\747 y ApNDL 6846) no es otra que realizar ante la Administración toda clase de trámites que no requieren la aplicación de la técnica

jurídica, más concretamente por lo que aquí interesa, la gestión de las pensiones del sistema de Seguridad Social, que es una de sus funciones más notorias y generalizadas.

De ello deriva que el móvil determinante a resaltar en la publicidad no sea la propia actividad de tales profesionales sino la diferencia de rentas que llegado el monto de la jubilación se obtiene, caso de suscribir el plan ofertado, como complemento de las pensiones públicas, con relación a estas últimas, empleando para resaltar gráficamente la mejor situación en que se encontraran los suscriptores del producto anunciado la figura del «as de oros» de la baraja española, frente al «as de bastos», que corresponde, no a quiénes contraten el mismo producto financiero por intermediación de los actores, sino al potencial cliente que nos suscriba el plan ofertado en el sentido de verse en el futuro limitado a percibir la cuantía de la pensión pública.

En definitiva, y como conclusión, en el folleto publicitario denunciado, el paralelismo o análisis comparativo no se plantea en términos denigrantes o vejatorios para los Gestores Administrativos, por la sencilla razón de que en sí mismo considerado, desde la perspectiva de la percepción de un consumidor medio al que va dirigida la publicidad, no puede reputarse vaya encaminado a destacar vicios o defectos de la posible intervención de tales profesionales en una actividad concurrencial a la anunciada, sino por contra a contemplar la actividad de tales profesionales en cuanto encargados de realizar las gestiones ante la Administración para el pago de las pensiones públicas, de ahí que no pueda reputarse propiamente exista comparación o confrontación denigrante para los mismos pues, por cuanto se lleva razonado, el sentido figurado del as de bastos, «ir las cosas mal» se refiere, no a la elección en la intermediación el plan de pensiones de un Gestor Administrativo, sino al potencial cliente que llegada la edad de jubilación se conforma con percibir exclusivamente las pensiones del sistema público de Seguridad Social lo que lleva a rechazar que tal folleto contenga actos de degradación de competidores que es, en definitiva, lo prohibido por la ley.

CUARTO.- El rechazo del recurso determina se impongan al recurrente las costas causadas en esta alzada, de conformidad con lo dispuesto en el art. 710 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En atención a lo expuesto la Sección Sexta de la Audiencia Provincial, dicta el siguiente:

FALLO

Se desestima el recurso de apelación interpuesto por Colegio de Gestores Administrativos de Valencia, contra la sentencia dictada en Autos de Juicio de Menor Cuantía, que con el núm. 0119/1997 se siguieron ante el Juzgado de 1.^a Instancia núm. 2 de Oviedo. Sentencia que se confirma con expresa imposición de costas del recurso a la parte recurrente.

Así por esta nuestra sentencia, la pronunciamos, mandamos y firmamos.