

**RJ 1997\3876**

**Sentencia Tribunal Supremo núm. 382/1997 (Sala de lo Civil), de 8 mayo**

**Jurisdicción: Civil**

**Recurso de Casación núm. 1634/1993.**

Ponente: Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.

Texto:

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Habiéndose ejercitado una acción de Competencia Desleal y, alternativamente de publicidad ilícita a propósito de un determinado anuncio de un producto de tratamiento del agua de las piscinas, la sentencia dictada por el Juzgado de 1.<sup>a</sup> Instancia núm. 30 de Barcelona desestimó la demanda.

Habiendo interpuesto recurso de apelación la parte demandante «Derivados Electroquímicos de Levante, SA», la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 4.<sup>a</sup>, revocó la sentencia anterior y estimó la demanda (parcial, pero esencialmente) declarando que constituía un acto de publicidad ilícita.

La parte demandada «Aquatronic, SA» ha interpuesto el presente recurso de casación articulado en cuatro motivos, todos ellos al amparo del núm. 4 del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil alegando infracción de las normas de la Ley 3/1991, de 10 enero (RCL 1991\71), sobre Competencia Desleal y de la Ley 34/1988, de 11 noviembre (RCL 1988\2279), General de Publicidad. Además de la mala técnica de mezclar normas distintas sin diferenciarlas suficientemente en cada motivo de casación, hay que advertir que la sentencia de instancia se basa en la normativa de la Ley General de Publicidad y que la esencia del fallo es la declaración de publicidad ilícita. Son, pues, las normas de dicha Ley las que han de ser analizadas al resolver el presente recurso de casación. Tanto más cuanto la competencia desleal se concreta en la mención expresa de la entidad que puede sufrir las consecuencias de la misma, lo que no ocurre en el presente caso.

SEGUNDO.- Tal como se dice en la sentencia de la Audiencia, objeto del presente recurso, el artículo 38 de la Constitución (RCL 1978\2836 y ApNDL 2875) proclama la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado y si bien se reconoce a todo ciudadano el derecho a ejercitar una actividad económica o empresarial, tal derecho no es absoluto e ilimitado, sino que, como en todo derecho, se establecen unos límites en su ejercicio que son la competencia ilícita, la usurpación de derechos de la propiedad industrial y la competencia desleal; y una forma de manifestación de ésta, es precisamente la publicidad desleal.

Dicha Ley califica de publicidad ilícita, en su artículo 3 entre otros supuestos, la publicidad engañosa (apartado b) y la publicidad desleal (apartado c), definiendo la primera, la engañosa, su artículo 4, como la que induce o puede inducir a error a sus destinatarios, pudiendo afectar a su comportamiento económico; y la segunda, la desleal, la considera el artículo 6, entre otros casos, la que provoca el descrédito, denigración o menosprecio directo o

indirecto de una persona, empresa o de sus productos, servicios o actividades (apartado a) y la comparativa (apartado c).

TERCERO.- El primero de los motivos de casación alega infracción del artículo 25.1 de la Ley General de Publicidad (y también del artículo 19.1 de la Ley de Competencia Desleal, aunque ya se ha dicho que aquélla es expresión específica de ésta). Se insiste en la excepción de falta de legitimación activa de la parte demandante. El artículo 25.1 de aquella Ley atribuye legitimación activa, en lo que aquí interesa, a las personas naturales o jurídicas que resulten afectadas y, en general, quienes tengan un derecho subjetivo o un interés legítimo...

Se trata de la legitimación activa «ad causam» (la legitimación «ad processum» no es otra cosa que la capacidad procesal) como la cualidad de un sujeto consistente en hallarse en la posición que fundamenta jurídicamente el reconocimiento de una pretensión que ejercita. En el caso presente, consta como hecho que los productos fabricados por la demandante son productos químicos que al entrar en contacto con el agua liberan cloro, es decir, se produce una cloración. La cloración es el efecto de desinfectar con cloro el agua, lo que se consigue con compuestos químicos que al contacto con el agua liberan cloro. La publicidad a que se refiere este proceso trata directamente de la cloración y del cloro, destacando los inconvenientes y los efectos perniciosos de éste. Por lo cual, siendo la demandante fabricante de tales productos químicos, resulta afectada por la publicidad y tiene interés legítimo en ejercer las acciones que le brinda la Ley General de Publicidad.

Tiene, pues, legitimación activa y debe, por ello, desestimarse este primer motivo de casación.

CUARTO.- El tercero de los motivos de casación alega la infracción del artículo 4 de la Ley General de Publicidad (además del artículo 7 de la Ley de Competencia Desleal, de contenido esencialmente análogo y de carácter más amplio). La publicidad que se ha dado en el presente caso anuncia un producto y destaca los inconvenientes y peligros del cloro y, por ende, de la cloración.

La sentencia de instancia declara que se produce error al consumidor y parte de un hecho: «con el propio sistema del demandado se siguen utilizando productos químicos e incluso determinadas dosis no concretadas de cloro» y añade que la lógica conclusión del consumidor es «que el producto anunciado prescinde de aquéllos (los productos químicos) cosa que en realidad no sucede». Con lo cual, debe estimarse que la publicidad es engañosa, ya que, partiendo de los hechos expuestos, induce o puede inducir a error a sus destinatarios, que afectará a su comportamiento económico adquisitivo, ya que resaltando los peligros del cloro y ocultando que su producto también tiene cloro, se falsean los resultados [artículo 5.1, d)] y la nocividad (art. 5.1, f, de la Ley General de Publicidad).

Este motivo, pues, debe ser también desestimado.

QUINTO.- Los motivos 2.º y 4.º conviene sean examinados conjuntamente, pues ambos se refieren a la publicidad desleal (artículo 3, apartado c, de la Ley General de Publicidad) y se alegan las normas de la Ley General de Publicidad y de la Ley de Competencia Desleal referidas al mismo tema jurídico. Con referencia concreta a la publicidad desleal, se considera así 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 (artículo 6, apartado a, de la Ley General de Publicidad) y la comparativa cuando no se apoye en características esenciales, afines y objetivamente demostrables de los productos o servicios... [artículo 6, apartado c), de la misma Ley].

A la vista de los hechos que se exponen como acreditados en la sentencia de instancia, esta Sala considera que la publicidad empleada por la parte demandada provoca un indudable descrédito, denigración o menosprecio de los productos químicos que provocan la cloración y, además, hay una clara comparación del producto propio, anunciado, con los productos químicos, con la cloración, con el cloro, que no se apoya en características esenciales, afines y objetivamente demostradas de los productos; es decir, no es objetiva, no se apoya en caracteres demostrados.

Por lo cual, ambos motivos deben ser también desestimados.

SEXTO.- Al desestimarse todos los motivos de casación, debe declararse no haber lugar al recurso, con imposición de costas a la parte recurrente, tal como dispone el artículo 1715.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.