

- OBJETO** Consumidores: acción de cesación de publicidad de bebidas alcohólicas de graduación superior a 20° C; publicidad ilícita de bebidas alcohólicas a través de Televisión; publicidad encubierta o indirecta; anunciante y medio de difusión. Litisconsorcio pasivo necesario. Incongruencia.
- PARTES** Destilerías Viana, S. A. (recurrente), *contra* Unión de Consumidores de Euskadi-UCE.
- PONENTE** Excmo. Sr. D. ALFONSO VILLAGÓMEZ RODIL.
- FALLO** No ha lugar al recurso.

DISPOSICIONES LEGALES APLICADAS:

Artículos 8.5.º y 25 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad; artículo 6.3.º y 4.º del Código Civil; artículos 359, 370 y 1.692.3.º y 1.715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; artículos 11.3.º y 248.3.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

DOCTRINA:

La prohibición de publicidad televisiva de bebidas alcohólicas de graduación superior a 20 grados centesimales, regulada en el artículo 8.5.º de la Ley General de Publicidad, se refiere tanto a la publicidad directa como a la realizada de forma disimulada o encubierta que, con fraude de Ley, persigue dicho resultado publicitario y por tanto resulta efectiva, en cuanto que hace llegar el producto prohibido a los consumidores.

Cuando sucede que la marca o el nombre comercial se identifica en forma socialmente manifiesta y palmaria, y en el común sentir de los consumidores se asocia automáticamente al producto, la publicidad de los mismos por vía televisiva, en cuanto que prohibida, ha de calificarse como ilícita por vulnerar una norma prohibitiva legal, aunque se adopten artificios o artilugios disimuladores del mensaje que se quiere en realidad transmitir al público que presencia el programa de televisión que se utiliza como medio comercial-social, pues ante la confusión de productos el que se manriene y predomina entre los consumidores es aquél que tiene más renombre y repercusión en el mercado y por el que se identifica la marca, produciéndose en este caso, una inevitable y casi impuesta asociación entre la marca y el licor de su misma denominación.

Ejercitada en el pleito acción de cesación de publicidad al amparo del artículo 25 de la referida Ley, los sujetos pasivos que han de constituir la relación jurídico procesal son únicamente quienes ostenten la condición de anunciantes, con independencia de las reclamaciones y derechos que, en su caso, puedan asistirles contra la agencia y el medio difusor. No procede, en consecuencia, alegar la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, toda vez que el anunciante es el impulsor del mensaje a los telespectadores de la publicidad de sus mercaderías y productos con el fin de fomentar su contratación adquisitiva y es al anunciante a quien deben efectuarse los requerimientos que la Ley prevé.

El acto de cesación de la actividad publicitaria depende en última instancia del anunciante, al que le asiste el derecho a controlar la ejecución de la campaña publicitaria, con la categoría de acto necesario inicial, que hace innecesaria la vocación al proceso de los demás intervinientes en dicha actividad.

HECHOS:

Primero. 1. La asociación «Unión de Consumidores de Euskadi-UCE», formuló demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra las entidades «Bodegas Navarra, S. A.», y «Destilerías Viana, S. A.», en la que tras alegar los hechos y fundamentos de Derecho que estimó de aplicación, terminó suplicando se dictara sentencia que contenga los siguientes pronunciamientos: 1.º Declarar que la actividad publicitaria efectuada por los anunciantes «Bodegas Navarra, S. A.», y «Destilerías Viana, S. A.», a través de «Televisión Vasca, S. A.—Euskal Telebista—», durante la retransmisión de los partidos de fútbol correspondientes a la temporada 1990-1991 es ilícita. 2.º Declarar que la actividad publicitaria emitida por los citados anunciantes durante la temporada futbolística en curso al tiempo de presentación de la demanda (1991-1992) a través del referido Ente Público es ilícita. 3.º Ordenar que las Mercantiles anunciantes anteriormente referidas deben cesar en la actividad publicitaria ilícita de sus marcas comerciales a través de la «Televisión Vasca, S. A.—Euskal Telebista—», debiendo abstenerse en el futuro de promocionar sus bebidas alcohólicas por el citado medio de radiodifusión televisiva.

2. Dado traslado de dicha demanda, por la representación de la entidad demandada «Bodegas Navarra, S. A.», se presentó escrito oponiéndose a ella y solicitando se dicte sentencia desestimatoria de la demanda, absolviendo a la entidad demandada y condenando en costas a la asociación actora. A su vez, también efectuó contestación opositora a la demanda la entidad code mandada «Destilerías Viana, S. A.», que terminó suplicando «Dicte sentencia por la que estimando en primer lugar la excepción de litisconsorcio pasivo necesario planteada, se desestime la demanda y en todo caso, entrando en el fondo del asunto, se dicte igualmente sentencia por la que se absuelva de la

demanda a mi representada, en todos sus pedimentos, con expresa imposición de las costas del presente procedimiento, en cualquier caso, a la demandante».

3. Tramitado el procedimiento, el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de los de Bilbao, dictó sentencia el 18 de septiembre de 1992, que contenía el siguiente fallo: «Que estimando la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario y sin entrar a conocer sobre el fondo del asunto debatido debo absolver y absuelvo a “Bodegas Navarra, S. A.”, y a “Destilerías Viana, S. A.”, de las peticiones contra los mismos deducidas en la demanda formulada, imponiendo las costas a la parte actora».

Segundo. Apelada la anterior sentencia por la representación de la asociación demandante, la Sección cuarta de la Audiencia Provincial de Bilbao, dictó sentencia el 2 de julio de 1993, cuya parte dispositiva declara estimar el recurso de apelación interpuesto por la Unión de Consumidores de Euskadi contra la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado núm. 2 de los de Bilbao, revocando la misma y acordando declarar que la actividad publicitaria desenvuelta por los demandados a través de la Televisión vasca, durante la retransmisión de los partidos de fútbol correspondientes a la temporada 1990/1991 ha sido ilícita y condenando a los demandados a que en lo sucesivo se abstengan de publicitar sus productos de contenido alcohólico a través de la Televisión, imponiendo a los demandados las costas de la primera instancia. Asimismo, la sentencia de apelación declara probado que en la repetición de las mejores jugadas de los partidos televisados aparecía sobreimpresa en la pantalla dos leyendas referentes a La Navarra como patrocinadora de dichos resúmenes deportivos, tratándose de marca que en el País Vasco se identifica con la bebida alcohólica Pacharán.

Tercero. Notificada la resolución anterior a las partes, se interpuso recurso de casación por la representación de «Destilerías Viana, S. A.», con apoyo en la siguiente motivación: 1.º Quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de la doctrina jurisprudencial sobre el litisconsorcio pasivo necesario, al amparo del número 3 del artículo 1.692 de la LEC. 2.º Con la misma residencia procesal que el anterior, infracción de los artículos 359 y 372 de la Ley Procesal Civil y 11.3.º y 248.3.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial. 3.º Por la vía del número 4 del precepto procesal 1.692, infracción del artículo 8.5.º de la Ley de Publicidad, en relación al 6.3.º y 4.º del Código Civil. La parte recurrida presentó escrito de impugnación de la casación planteada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

1. Se denuncia infracción de la doctrina jurisprudencial sobre la excepción de litisconsorcio pasivo necesario en el motivo primero, al amparo del artículo 1.692.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al hacerse constar que debieron haber sido traídas al pleito la Agencia de Publicidad

Aurman, S. A., y Televisión Vasca, S. A. (Euskal Telebista), ya que la primera fue la entidad con la que recurrente y anunciante, Destilerías Viana, S. A., celebró contrato publicitario respecto a sus productos (art. 15 de la Ley de 11 de noviembre de 1988) y la segunda, actuando como

medio, efectuó difusión al público de la publicidad concertada, lo que tuvo lugar en los años 1990 a 1991 con ocasión de las retransmisiones de partidos de fútbol.

Se ejercita en el pleito acción de cesación de publicidad, que autoriza el artículo 25 de la referida Ley 34/1988. Este precepto dispone los sujetos activos y pasivos que han de constituir la relación jurídico-procesal y con referencia a los segundos (partes demandadas) únicamente a quienes ostenten condición de anunciantes, lo que se reitera en los artículos 26.2.º, 27.1.º, 29.b) y 33, con independencia de las reclamaciones y derechos que puedan asistirle al anunciante contra la agencia y medio difusor.

El discurso casacional conduce a que no procede operar la excepción aducida, toda vez que el anunciante es el impulsor del mensaje a los telespectadores de la publicidad de sus mercancías y productos con el fin de fomentar su contratación adquisitiva (incremento de ventas) y es al anunciante a quien deben efectuarse los requerimientos que la Ley prevé (arts. 25.2, 26.2 y 3), y si éstos no son atendidos o se silencian es cuando se aperta la vía judicial contra el mismo, que de esta manera adquiere la condición de parte procesal demandada.

En todo caso el acto de cesación de la actividad publicitaria depende del anunciante, al que le asiste el derecho a controlar la ejecución de la campaña de publicidad (art. 12), con la categoría de acto necesario inicial, que hace innecesario la vocación al proceso de los demás intervinientes en dicha actividad, conforme las previsiones legales no suficientemente detalladas, como así sucede en la Ley de 10 de enero de 1991, de Competencia Desleal (arts. 19 y 20 y doctrina jurisprudencial sobre litisconsorcio pasivo necesario), que excluye en este caso el riesgo de fallos contradictorios.

2. Se acusa a la sentencia recurrida de estar viciada de incongruencia (motivo segundo), aportándose infracción de los artículos 359 y 370 de la Ley Procesal

Civil, en relación al 11.3.º y 248.3.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

En primer lugar se argumenta que la condena impuesta a los demandados de abstenerse en lo sucesivo de publicitar sus productos de contenido alcohólico y a través de la Televisión representa incongruencia, dado que se omitió la referencia de que debía de ser respecto a aquellos licores con una graduación superior a los veinte grados.

La alegación es inconsistente, pues aparte de ajustarse el fallo a la literalidad del suplico de la demanda, no representa, como entiende mal la recurrente, la prohibición de anunciar todos sus productos alcohólicos, pues les asiste tal derecho, siempre que se ajuste a la normativa y requisitos que fija el artículo 8 de la Ley General de Publicidad —norma imperativa— con lo que se trata de una declaración innecesaria que no justifica ni genera la incongruencia denunciada y sí podría haber sido objeto de declaración de sentencia.

A su vez también se efectúa impugnación casacional sobre la condena de realizar publicidad a través de la Televisión. El pronunciamiento decisorio ha de ser debidamente entendido, pues lo que quiere significar, y en este sentido ha de interpretarse su proyección condenatoria y ejecución, es que la actividad publicitaria que se prohíbe lo es respecto a las bebidas de graduación superior a 20 grados centesimales, por medio de la Televisión, cual es el contenido del artículo 8.5.º referido, con lo que no se impide el anuncio de otros productos de la recurrente que no resultan infractores del precepto. Si bien se hace referencia en forma genérica a Televisión, el citado artículo resulta general y el ente televisivo de la Comunidad del País Vasco se entiende comprendido en la expresión global de Televisión. A su vez la sentencia resulta bien explícita en cuanto que el destinatario de la condena no es otro que la Televisión Vasca —Euskal Telebista.

También se acusa incongruencia en base a que la sentencia en recurso integró el

pedimento relativo en el cese de la «actual» actividad publicitaria ilícita, por haberse reiterado en el acto de la comparecencia intermedia y haber finalizado la temporada futbolística.

Sucede que el pretendido pronunciamiento condenatorio no se comprende exactamente en el fallo decisorio, con lo que se trata de un alegato innecesario y carente de todo contenido impugnatorio casacional. Cuestión distinta es que fue declarada ilícita la campaña llevada a cabo en dicho período temporal de 1990-1991.

El motivo se desestima.

3. El último motivo contiene denuncia de haberse infringido el artículo 8 5.º de la Ley General de Publicidad en relación al 6.3.º y 4.º del Código Civil. A tales efectos sostiene la recurrente que la publicidad televisiva, tachada de ilícita, lo fue sólo de marcas y no de bebidas alcohólicas, concretamente del producto Pacharán La Navarra.

La sentencia en recurso declara probado que en la repetición de las mejores jugadas de los partidos televisivos aparecía sobreimpresa en la pantalla dos leyendas referentes a La Navarra como patrocinadora de dichos resúmenes deportivos, tratándose de marca que en el País Vasco se identifica con la bebida alcohólica Pacharán, sin hacerse distinción precisa y explícita respecto a otros productos de la recurrente, que tiene denominaciones comerciales identificadoras propias y diferenciadas, los que sí permitirían su publicidad, pero que se silencian, para concentrarse en la marca Navarra, asociada de forma notoria al referido licor Pacharán en los mercados del País Vasco.

COMENTARIO:

1. De entre las diversas y sugestivas cuestiones que suscita la sentencia objeto de comentario, llama la atención, en primer lugar, la extensión otorgada, por vía jurisprudencial, al ámbito de aplicación de la prohibición consignada en el artículo 8.5.º de la LGP, de forma tal, que su comprensión global subsume tanto los supuestos de publicidad *directa* como aquellos otros en

El artículo 8.5.º de la Ley lo que prohíbe es la publicidad televisiva de bebidas alcohólicas, con la graduación que se establece, y hay que entenderlo que se refiere tanto a la publicidad directa, como a aquella disimulada o encubierta que, con fraude de Ley, persigue dicho resultado publicitario y por tanto resulta efectiva, en cuanto hace llegar el producto publicitado a los consumidores subsumiéndose así la conducta de la recurrente en el concepto de publicidad ilícita que define el artículo 3 de la Ley.

Cuando sucede, como en este caso, que la marca o el nombre comercial se identifican en forma socialmente manifiesta y palmaria y en el común sentir de los consumidores se asocia automáticamente al producto, la actividad publicitaria de éste como prohibida, por vía televisiva, ha de calificarse como ilícita, por vulnerar una norma prohibitiva legal, aunque se adopten artificios o artilugios disimuladores del mensaje que se quiere en realidad transmitir al público que presencia el programa de televisión que se utiliza como medio comercial-social, pues ante la confusión de productos el que se mantiene y predomina entre los consumidores es aquél que tiene más renombre y repercusión en el mercado y por el que se identifica la marca, produciéndose en este caso una inevitable y casi impuesta asociación entre la marca La Navarra y el licor Pacharán de su misma denominación.

El motivo se desestima.

4. La desestimación del recurso impone las costas del mismo a la sociedad de referencia que lo planteó, conforme al mandato del artículo 1.715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

que de una forma *disimulada, indirecta o encubierta*, e incurriendo en fraude de ley, se persigue solapadamente ese mismo resultado publicitario al hacer llegar el producto al ámbito de los consumidores.

Tal y como se desprende del artículo 2.2.º de la Directiva 84/450/CEE del Consejo, 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 (DOCE L 250, de 19 de septiembre de 1984) —recientemente modificada por la Directiva 97/55/CE, por la que se incluye la regulación de la publicidad comparativa (DOCE L 290, de 23 de octubre de 1997)— cuyo tenor literal es transcrito por el artículo 4 de la LGP, se considera engañosa la publicidad *que de cualquier manera, incluida su presentación* induce o puede inducir a error a sus destinatarios. Así, como defiende un amplio sector de la doctrina, puede englobarse la categoría dogmática de la publicidad encubierta dentro del más amplio concepto de publicidad engañosa, siempre que, claro está, tengamos presente que por medio de la publicidad encubierta se desencadena un engaño en los consumidores que sin afectar al fondo del mensaje publicitario, que puede ser perfectamente lícito y veraz, ya que, en caso contrario, la problemática jurídica planteada es cualitativamente distinta, pero paralela a la que ahora analizamos, vicia *a radice* la forma en que éste se manifiesta.

Sobre este particular incide el artículo 11 de la LGP, imponiendo lo que se ha dado en llamar «el principio de identificación publicitaria», de conformidad con el cual, los medios de difusión y los anunciantes se encuentran obligados respecto de los sujetos receptores de la publicidad a desligar la publicidad de la información o programación del medio de difusión mediante una identificación de la misma que pueda reputarse bastante. De ahí que, por necesidades de coherencia sistemática, haya que interpretar el artículo 11 como complemento del artículo 4 de la LGP, pues, en caso contrario, la obligación impuesta a los anunciantes y medios de identificar la publicidad quedaría sin sanción. El principio de separación entre publicidad y programa aparece recogido además con toda claridad en la Directiva del Consejo, de 3 de octubre de 1989, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva (DOCE L 298, de 17 de octubre de 1989; modificada por una nueva Directiva de 30 de junio de 1997, DOCE L 202, de 30 de julio de 1997). Según su artículo 10.1.º, «la publicidad televisada deberá ser fácilmente identificable y diferenciarse claramente del resto del programa gracias a medios ópticos y/o acústicos». Este principio, de configuración histórica previa en el ámbito de la prensa escrita y que se puede encontrar también en los *Codes de la Chambre de Commerce Internationale*, es de una importancia clave para la televisión. Exige una clara y limpia separación entre programa y publicidad, o lo que es lo mismo, prohíbe toda publicidad encubierta en el programa así como cualquier técnica subliminal. La publicidad puede, por tanto, ser emitida únicamente si por su contenido e inserción no resulta susceptible de ser confundida con el programa y, además, en espacios especialmente dedicados a ella.

Se pretende, de esta forma, contribuir a la independencia de redacción en la configuración de la programación, al mantenimiento de una cierta neutralidad

en el juego de la competencia dentro de un mercado libre, así como a proteger al telespectador, como consumidor potencial, frente a la competencia desleal de una publicidad que lesionara este postulado y garantizarle la función informativa y educativa de la televisión.

Esta obligada diferenciación, no sólo no se produce en el caso que nos ocupa, tal y como queda acreditado en la propia sentencia del Tribunal Supremo al referirse a los hechos declarados probados en la sentencia en recurso, sino que además, ni tan siquiera se podía haber producido, porque en cualquier manera que el mensaje publicitario sometido a debate se hubiera efectuado (esto es, aunque se alegue que la publicidad tachada de ilícita, cuya cesación se pretende por la asociación recurrida en casación, lo fue sólo de marcas y no de bebidas alcohólicas) podría configurarse, en cuanto a su contenido, como contrario a una norma prohibitiva y viciado en consecuencia, *ab initio*, de nulidad absoluta, así como constitutivo, por ese mismo motivo, de un supuesto de publicidad ilícita en el sentido del artículo 3.e) de la LGP.

Razonando *a contrario* la precedente argumentación, puede inferirse fácilmente que no es posible soslayar el claro tenor de la norma utilizando como subterfugio la disociación de la publicidad de la marca respecto del licor que representa (lo que, dicho sea de paso, conduce al absurdo porque, de admitir la validez del argumento de la disociación, la lógica más elemental se impone: ¿Para qué publicitar entonces una marca que a nadie dice nada y que nada representa?). La obviedad de este argumento recibe un espaldarazo definitivo si se tiene en cuenta que el renombre de la marca, que condensa el prestigio de la firma (*goodwill*) y despliega la fuerza de ser *per se* el que vende el producto (*selling power*), en el mercado relevante a efectos del presente caso, esto es, el País Vasco, es un rendido deudor del ámbito de difusión y del nivel de calidad asociado por los consumidores al licor que, de entre los diversos productos identificados a efectos de su procedencia empresarial bajo la misma marca, mayor relevancia ha conseguido obtener.

2. Esta última afirmación, nos permite entrar a comentar el motivo aducido en la interposición del recurso de casación, conforme al cual, la sentencia de apelación por la que se condena a los demandados de abstenerse en lo sucesivo de publicitar sus productos de contenido alcohólico a través de Televisión, representa incongruencia dado que se omitió toda referencia a que la condena se refería exclusivamente a aquellos licores con una graduación superior a los veinte grados centesimales, no afectando, en definitiva, a aquellos licores de la misma marca que tuviesen una graduación menor.

La referida alegación es, a todas luces, inconsistente. En primer lugar, porque se hace de espaldas a una doctrina jurisprudencial bien consolidada (que sorprendentemente no es utilizada por quien la crea) conforme a la cual, la congruencia no puede ni debe ser reconducida a la existencia de una mera *literalidad formal* entre los pedimentos de las partes y la parte dispositiva del fallo de la sentencia, so pena de vaciar de contenido jurídico material la referida excepción procesal. Y, en segundo lugar, porque al tratarse la norma infringida de una norma imperativa cuyo ámbito objetivo de aplicación se circunscribe a las bebidas alcohólicas de graduación superior a 20º C, es evidente que una expresa declaración en el sentido de no extender la condena

a los productos de la misma marca con una graduación inferior es innecesaria por obvia, pues el objeto de la prohibición no puede extenderse arbitrariamente más allá de sus propios y estrictamente delimitados términos.

3. Por lo que respecta a la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, acogida en primera instancia y desestimada por la Audiencia, siendo este último el sentido del fallo finalmente confirmado por el TS, podemos decir que la determinación de la procedencia de esta excepción aunque resulta con carácter general problemática, debido a la inexistencia de una regulación global de la cuestión en la LEC, aparece resuelta con claridad en lo que al ejercicio de la acción especial de cesación de la publicidad se refiere, por el artículo 25 de la LGP, como así tiene ocasión de pronunciarse el propio Tribunal Supremo. En efecto, este precepto al disponer los sujetos activos y pasivos que han de constituir la relación jurídico-procesal y con referencia a los segundos (partes demandadas), únicamente alude a quienes ostenten la condición de anunciantes, con independencia, en todo caso, de las reclamaciones y derechos que puedan asistir al anunciante contra la agencia y el medio televisivo de difusión. La razón que justifica esta delimitación de la legitimación pasiva se articula en torno a la consideración de que, en todo caso, el acto de cesación de la actividad publicitaria depende del anunciante con la categoría de acto necesario inicial que hace innecesaria la vocación al proceso de los demás intervinientes en dicha actividad, pues, no en vano, al anunciante le asiste el derecho a controlar la ejecución de la campaña publicitaria en virtud de lo dispuesto en el artículo 12 LGP.

La solución del TS de desestimar la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, confirmando el sentido del fallo de la sentencia en recurso, coincide con la posición restrictiva mantenida por la jurisprudencia en su apreciación, fundada en que la severidad de sus efectos impide al Tribunal entrar a conocer sobre el fondo del asunto. De lo expuesto se deduce que, desde la perspectiva de la justicia material y de la seguridad jurídica, la solución adoptada por el Tribunal Supremo en el presente caso puede calificarse como acertada, toda vez que nada obsta a que el anunciante haga valer en un proceso posterior, en su caso, las pretensiones y derechos que le asistan contra la agencia de publicidad y el medio de difusión.

4. El comentario de este motivo de casación, y antes de retomar la cuestión en cuanto al fondo del asunto, nos brinda la oportunidad de exponer la dinámica y justificación de la acción de cesación de la publicidad ilícita, situando su significación última en lo previsto en los artículos 4 y sigs. de la Directiva 84/450/CEE (*ob. cit.*) sobre publicidad engañosa, por los que se diseña la articulación de un procedimiento sumario encaminado a obtener el cese efectivo de la publicidad ilícita.

El artículo 4 de la Directiva deja a la elección de los Estados miembros la alternativa de una vía judicial o administrativa para el control de la publicidad engañosa. Este artículo prevé varios tipos de medidas: el cese de la publicidad engañosa y/o su prohibición, así como en su caso la publicación de la resolución judicial adoptada e incluso la publicación de un comunicado rectificativo. El legislador español ha optado en la LGP por el control judicial, lo que constituye, según un amplio sector de la doctrina con el que coincidimos

plenamente, una solución correcta a la que se llega con un razonamiento erróneo.

En efecto, prevé la exposición de motivos de la ley que «por razones *obvias*, entre otras las propias constitucionales derivadas de lo dispuesto en el artículo 24.2, así como las que se desprenden de la estructura autonómica del Estado, se ha optado por atribuir esa competencia a los Tribunales Ordinarios». No acertamos a comprender dónde reside la *obviedad* de tales razones si, precisamente, la Directiva que constituye el objeto de transposición de la Ley, faculta la creación de un órgano administrativo controlador de la publicidad ilícita. Además, desde el punto de vista constitucional, tan irreprochable resulta atribuir el control de la publicidad ilícita a los Tribunales ordinarios, como a un órgano administrativo expresamente creado al efecto, al estilo de las *Laudesmedienanstalten* alemanas, o el *Commissariat voor de Media* holandés. Es evidente que, en tal caso, estaría sometido a tutela judicial efectiva, no sólo por imperativo constitucional, sino también por expresa disposición comunitaria.

Con todo, lo verdaderamente alarmante desde un punto de vista pragmático, es la confusión operada en la exposición de motivos de la ley y reflejada posteriormente en su articulado, entre la cesación o rectificación de la publicidad ilícita y el derecho de rectificación. En efecto, la exposición de motivos recoge, de modo enfático, que se introducen en el procedimiento «una serie de modificaciones, inspiradas en la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho a la rectificación». Y en su virtud, el artículo 25 preceptúa la necesidad de una previa intimación de cesación al anunciante, que plantea en la práctica más problemas de los que pretende resolver, sobre todo —he aquí lo paradójico— en el supuesto de que el anunciante acceda al requerimiento, porque en tal caso, se cierra para el perjudicado la posibilidad de ejercitar una acción de resarcimiento de daños y perjuicios (configurada en el marco del proceso publicitario) que, en caso contrario, le hubiera podido reportar una reparación del perjuicio.

5. Pero la confusión anterior no resulta tan grave como la recíproca ignorancia existente entre la Ley General de Publicidad y la Ley de Competencia Desleal que genera la existencia en nuestro ordenamiento de dos procesos especiales y distintos y como tales incompatibles.

En íntima conexión con esta cuestión, se ha planteado por la doctrina, al hilo del estudio de las relaciones y disfunciones existentes entre la LGP y la LCD, si la infracción del artículo 8.5.º LGP en relación con el artículo 15.2 LCD, permite configurar la infracción de la prohibición de bebidas alcohólicas de graduación superior a 20º, como acto de competencia desleal por violación de normas, y si, en caso de ser eso posible, no conduciría a negar la relación de especialidad existente entre ambas normas que afirma con rotundidad otro reputado sector de la doctrina.

Sin ánimo de terciar en la polémica, nos gustaría señalar, simplemente, que la referida disparidad doctrinal lo que en última instancia revela es el hecho de que ambas normas se desconocen hasta el absurdo, dando lugar a posturas enfrentadas, sólidamente argumentadas todas ellas, sobre el ámbito de apli-

cación de una y otra Ley que constituyen la muestra más palpable de una inseguridad jurídica de muy difícil superación.

6. Situando, por último, el comentario en el marco del Derecho Comunitario Europeo, puede afirmarse, por lo que respecta a la compatibilidad de normas nacionales sobre publicidad con el principio de libre circulación de mercancías, que la aplicación de una normativa nacional que prohíbe la publicidad de bebidas alcohólicas de una graduación determinada en los medios de comunicación, no constituye una medida de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas a la importación.

En la sentencia dictada en el caso *Oosthoek* el TJCE afirmaba que «una legislación que limita o prohíbe ciertas formas de publicidad puede —aunque no afecte directamente a las importaciones— restringir el volumen de las mismas precisamente porque incide en las posibilidades de comercialización de los productos importados. (...) incluso si la correspondiente legislación se aplica indistintamente a los productos nacionales y a los importados» (TJCE, sentencia de 15 de diciembre de 1982, asunto 286/81, *Oosthoek's Uitgeversmaatschappij BV, Rec.*, 1982, págs. 4575 y sigs., fundamento 15). En consecuencia, la aplicación de normas nacionales restrictivas de la publicidad puede constituir, en línea de principio, una medida de efecto equivalente susceptible de caer dentro de la prohibición del artículo 30 del TCE. Ahora bien, la referida prohibición no reviste un carácter absoluto por cuanto que el propio Tratado se encarga de reconocer una serie de excepciones a aquélla en su artículo 36. Así, el TJCE en la sentencia *Publivia*, afirma rotundamente que «considerados conjuntamente, los artículos 30 y 36 del Tratado CEE no se oponen a una normativa que prohíbe la publicidad de bebidas alcohólicas de graduación superior a 23° C, en medios de comunicación, en calles y carreteras, salvo las señales indicativas de los centros de producción y venta, en cines y en transportes públicos, normativa que aun cuando constituya una medida de efecto equivalente en el sentido del artículo 30 del Tratado CEE, puede estar justificada conforme al artículo 36 del mismo Tratado, por razones de protección de la salud pública» (TJCE, sentencia de 25 de julio de 1991, asuntos acumulados C-1790 y C-176/90, *Aragonesa de Publicidad Exterior, S. A., y Publivia c. Departamento de Sanidad y Seguridad Social de la Generalitat de Cataluña, Rec.*, 1991, págs. 4151 y sigs., fundamento 26).

En consecuencia, la referida excepción contenida en el artículo 36 entra en juego también en el caso objeto del presente comentario, toda vez que la normativa sometida a discusión se apoya en la existencia de una necesidad insoslayable de satisfacer unas exigencias imperativas dimanantes de la necesaria protección de la salud por parte de los poderes públicos, nacionales y comunitarios.

Para concluir, podemos terminar afirmando que los razonamientos esgrimidos por el Tribunal Supremo español en torno al problemático tratamiento de la que, sin demasiada precisión, denomina publicidad encubierta, disimulada o indirecta se insertan sin fisuras en el orden jurídico comunitario y constituyen, a nuestro modo de ver, un loable esfuerzo de interpretación en aras de la protección de los consumidores.

José Martín y Pérez de Nanclares

OBJETO Imprudencia de acción negatoria de servidumbre. Construcción de pared propia utilizando ladrillo vítreo, tipo pavés, para permitir la entrada de luz. Finalidad de las distancias legales en relación con la apertura de ventanas. La constitución de servidumbre de luces y vistas.

PONENTE Excmo. Sr. D. JOSÉ ALMAGRO NOSETE.

FALLO Ha lugar al recurso.

DISPOSICIONES LEGALES APLICADAS:

Artículos 3.1, 537, 538, 581, 582, 585, 1.963 del Código Civil y 523, 710, 1.715 y 1.748 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

DOCTRINA:

No se incumplen los artículos 581 y 582 CC si se construye una pared propia con ladrillo de vítreo, tipo pavés, que permite mejorar las condiciones de iluminación de las dependencias interiores de un edificio, cerrándolo, y garantizando la opacidad al no ser transparente.

Los citados artículo 581 y 582 CC han de ser interpretados con arreglo al artículo 3.1 CC que prescribe que las normas han de ser interpretadas con arreglo a la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicadas. La construcción de una pared con materiales sólidos y resistentes que permitan el paso de la luz y que no facilite la visión no puede entenderse como una transgresión de los artículos reiteradamente citados, dado que los derechos del propietario no resultan afectados desde el momento en que ni su intimidad se ve coartada, porque que las inspecciones sobre el mismo resultan imposibles, ni es posible la salida de personas, ni el lanzamiento de objetos u otras actividades análogas.

HECHOS:

Se emplea ladrillo vítreo, tipo pavés, para construir un muro de cerramiento de un edificio, siendo dicho muro pared propia del dueño del edificio. Ante el hecho de que las características del material empleado en la construcción permiten la entrada de la luz, el propietario del fundo vecino plantea una