

LA PUBLICIDAD DESLEAL EN LA COMPETENCIA
EN EL ÁMBITO DIGITAL: PUBLICIDAD DENIGRATORIA,
CONFUSIONISTA Y COMPARATIVA

Rev. boliv. de derecho n° 15, enero 2013, ISSN: 2070-8157, pp. 117-137.



David
LÓPEZ
JIMÉNEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 12 de noviembre de 2012

ARTÍCULO APROBADO: 29 de noviembre de 2012

RESUMEN: Los anuncios difundidos en el mundo virtual buscan incrementar la contratación de los bienes y/o servicios ofertados, atrayendo al potencial consumidor y/o usuario de un determinado producto hacia esa marca, disuadiendo que contrate con un competidor. Para que tal comportamiento empresarial sea beneficioso, para el tráfico en general, la alegación publicitaria debe realizarse respetando el principio de la buena fe. En este artículo nos referiremos a tres casos de prácticas comerciales desleales, desde la óptica del ordenamiento jurídico español, que son: la publicidad denigratoria, la publicidad confusionista y la publicidad comparativa.

PALABRAS CLAVE: Desleal, España, Europa, Publicidad, Red.

ABSTRACT: The advertisements broadcasted in the virtual world aim to increase the contract of the goods and/or services offered, attracting potential consumers and/or users of a determined product towards that brand, discouraging contracts with any other competitor. But to be beneficial this corporate behavior, the advertising promotion must be conducted respecting the principle of good faith. In this paper we will refer to three cases of disloyal trade practices from the perspective of the Spanish legal system, namely: the derogatory advertising, the confusionist advertising and the comparative advertising.

KEY WORDS: Unfair, Spain, Europe, Advertising, Web.

SUMARIO: II. Introducción. 2. La regulación de la publicidad digital. 2.1. Delimitación de carácter positivo y negativo. 2.2. Notas inherentes. 2.3. Una mirada, sobre su proyección, desde el contexto internacional. 3. Modalidades de publicidad desleal de carácter digital en la competencia. 3.1. La publicidad denigratoria. 3.2. La publicidad confusionista. 3.3. La publicidad comparativa..

I. INTRODUCCIÓN

Se han formulado numerosas definiciones en relación a la publicidad. Sin ceñirnos a un concepto estrictamente legal, podemos manifestar que tal fenómeno puede básicamente definirse como un proceso que se sirve de los medios de comunicación masiva con la finalidad de dar a conocer un bien y/o servicio con diversos objetivos. Así, entre otros, cabe referirse al hecho de atraer la atención, aumentar el deseo y/o la voluntad de la persona a la que se dirige, para que la misma contrate el producto anunciado.

Para cumplir las funciones que le son inherentes, la publicidad debe disfrutar de un alto nivel de confianza por parte del consumidor y/o usuario con carácter general. A tal fin, es necesario que la misma sea fundamentalmente veraz, legal, honesta y leal. La mala publicidad -que no cumpla todos o alguno de los mencionados caracteres-, aunque represente una porción minúscula, respecto al conjunto total, irá socavando la confianza del consumidor y toda publicidad acabará, de una u otra manera, sufriendo las desfavorables consecuencias. Por ello, en beneficio de toda la sociedad, para que no acontezca este último extremo, es preciso que la publicidad, en general, esté regulada. Existen dos opciones, que no son excluyentes, sino complementarias, a saber: la regulación normativa –o heterorregulación- y la autorregulación –o disciplina de la propia industria-.

La finalidad de los anuncios difundidos tanto en el mundo tradicional como en el virtual es incrementar la contratación de los bienes y/o servicios ofertados, atrayendo, de esta manera, al potencial consumidor y/o usuario de un determinado producto hacia esa marca y, en consecuencia, disuadiendo que contrate el bien y/o servicio

• David López Jiménez

Licenciado en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid (España) con nota media de sobresaliente. Doctor (con mención europea) por la Universidad de Sevilla (España) con sobresaliente cum laude por unanimidad del Tribunal. También es Doctor por la Universidad Rey Juan Carlos (España) con idéntica calificación. Es Premio Extraordinario de Doctorado. Ha realizado, con beca completa, postgrados universitarios en distintas Universidades de España. Ha efectuado varias estancias de investigación en diferentes países europeos. Es autor de varias monografías, algunas de ellas publicadas por la prestigiosa editorial Thomson Reuters, así como de numerosos artículos. Parte integrante de comités científicos y consejos editoriales, además de revisor de revistas nacionales y extranjeras. Miembro de proyectos de investigación, ponente de Máster y conferenciante en congresos nacionales e internacionales. También ha sido director de varias tesis de master y doctorado. En la actualidad, es profesor investigador, a tiempo completo, en la Universidad Autónoma de Chile (Chile).

de un competidor. Para que tal comportamiento empresarial sea beneficioso, para el tráfico en general, la alegación publicitaria debe realizarse respetando el principio de la buena fe –art. 4.1 de la Ley española 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (LCD)-. A continuación, nos referiremos, en el ámbito digital, a tres casos de prácticas comerciales desleales desde la óptica del ordenamiento jurídico español: la publicidad denigratoria –art. 9 de la LCD-, la publicidad confusionista –art. 11 de la LCD- y la publicidad comparativa –art. 10 de la LCD-.

Las acciones puestas en práctica, por el legislador español y/o por los sistemas de autorregulación, frente a estos comportamientos realizados en la Red, ostentan una gran relevancia, en términos de saneamiento del mercado y de refuerzo de la confianza de los consumidores, ya que pueden constituir un medio, a disposición de algunos prestadores de servicios, para sesgar las reglas de la competencia, a través de una sobrevaloración de su propia empresa, o incluso, qué duda cabe, denigrar deslealmente a un competidor.

2. LA REGULACIÓN DE LA PUBLICIDAD DIGITAL

La publicidad en Internet, a pesar de la profunda crisis económica imperante, está protagonizando un crecimiento muy significativo. Asimismo, Internet es uno de los medios más consumidos en la actualidad –lo que, naturalmente, es extensible a la publicidad-. El desarrollo de este último, como nuevo medio de difusión masiva de contenidos, se erige como una realidad incontestable, con todos los visos de seguir experimentando un incremento exponencial en los próximos años.

2.1. Delimitación de carácter positivo y negativo

La publicidad es un instrumento competitivo², de los más significativos de la sociedad contemporánea³, que los operadores económicos utilizan en el tráfico para promover la contratación sobre los bienes y/o servicios que ofertan en el mercado⁴. Es un claro ejemplo de información asimétrica⁵. También ha de repararse

1 La publicidad desleal representa el medio más propicio de manifestación de la competencia desleal. A este respecto, tanto la doctrina española –LEMA DEVESA, C. (1991) “La publicidad desleal: modalidades y problemas”, *Revista General del Derecho*, núm. 562-563, pp. 6135 y sigs.; MADRENAS, C. (1990) *Sobre la interpretación de las prohibiciones de publicidad engañosa y desleal. La parcialidad de la publicidad y los costes de la competencia*, Civitas, Madrid, p. 118- como la jurisprudencia española –así, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 30 de mayo de 1992 (RJ 1992/4832) y Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Madrid de 21 de diciembre de 2005 (JUR 2006/64549)-.

2 ROMERO GIMÉNEZ, M. (1995) “Publicidad engañosa”. En *Propiedad Industrial y Competencia Desleal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, p. 163 y sigs.

3 ALPA, G. (1986) *Diritto privato dei consumi*, Il Mulino, Bolonia, p. 123.

4 FERNÁNDEZ NOVOA, C. (1968) “La interpretación jurídica de las expresiones publicitarias”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 107, Madrid, p. 14; DE LA CUESTA RUTE, J.M. (1985), *Lecciones de Derecho de la Publicidad*, Publicaciones de la Universidad Complutense, Madrid, pp. 32 y sigs.

5 La exigencia de que la información sea veraz permite reprimir las expresiones publicitarias que incluyen alegaciones falsas, suponiendo, de este modo, un abuso de la asimetría en la información entre anunciante y receptor del mensaje comercial. Sobre este particular, MORALES MORENO, A.M. (1988) “Información

en que la publicidad no sólo expone los caracteres de los productos y/o servicios, sino que va más allá. En efecto, se configura como un medio que transmite, inculca y exalta determinados valores y pautas de conducta estimados como la base común de la conciencia colectiva⁶.

Tal actividad no solo es información⁷ –ni siquiera hoy tiene el máximo protagonismo–, sino que prima la persuasión. A través de esta última, el fenómeno publicitario presenta connotaciones de agresividad, dado que, en la actualidad, la competencia económica de los empresarios se realiza a través de la publicidad⁸. La finalidad persuasiva, propia del denominado modo publicitario, como modalidad formal típica de los mensajes publicitarios, menoscaba la objetividad, que es característica de la información, aunque el predominio de una u otra dimensión dependen de la expresión publicitaria concreta. En esta línea, cierto sector de la doctrina apunta que, frente a los mensajes puramente informativos, la comunicación publicitaria actual va unida a una intensa actividad creativa⁹.

La remisión de comunicaciones comerciales a través de medios electrónicos debe reputarse publicidad. Es visible, por consiguiente, el desplazamiento del término “publicidad” por el de “comunicación comercial”, pero dotando a éste de un significado muy próximo al tradicional de publicidad¹⁰. Podría, en este sentido, considerarse que el recurso al término “comunicación comercial” obedece al deseo del legislador de ensanchar el concepto de referencia, propiciando, de esta manera, la regulación y el control de nuevos fenómenos promocionales que podían encontrar en el nuevo escenario de la publicidad interactiva un ámbito de desarrollo particularmente favorable. En todo caso, aunque el término publicidad se menciona en el apartado 2.i) del anexo de la Ley española 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico (en adelante LSSI-CE), el que se define es el de comunicación comercial¹¹ –del mismo modo que en la Directiva europea de comercio electrónico–.

publicitaria y protección del consumidor (Reflexiones sobre el art. 8 de la LGCU)”. En *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, Vol. VIII, Consejo General del Notariado, Madrid, p. 680.

- 6 TATO PLAZA, A. (1994) “La explotación publicitaria de los sentimientos y el derecho de la competencia desleal: el caso “Benetton”, *Derecho de los Negocios*, núm. 44, pp. 13-17.
- 7 La parcela informativa de la publicidad, aunque sea mínima, debe reconocerse.
- 8 BEATER, A. (2000) “Zum Verhältnis von europäischen und nationalen Wettbewerbsrecht (Überlegungen am beispiel des schutzes vor irreführender werbung und des verbraucherbegriffs)”, *GRUR Int.*, pp. 965 y 966; SPANG, K. (2005) *Persuasión. Fundamentos de retórica*, Eunsa, Pamplona, pp. 167 y 168.
- 9 BASSAT, L. (2003) *El libro rojo de la publicidad*, Planeta, Barcelona, p. 50.
- 10 BODEWIG, T. (2000) “Electronischer Geschäftsverkehr und Unlauterer Wettbewerb”, *GRUR Int.*, p. 476, considera que se trata de una aportación de dudosa eficacia.
- 11 Dicho concepto de comunicación comercial es objeto de reiteración, en lo sustancial, en el art. 2.a) de la Propuesta de Reglamento Europeo, de 4 de octubre de 2001, relativo a las promociones de ventas en el mercado interior.

En este sentido, de acuerdo con el anexo f) de la LSSI-CE, podemos definir comunicación comercial electrónica como “toda forma de comunicación¹² dirigida a la promoción, directa o indirecta, de la imagen o de los bienes o servicios de una empresa, organización o persona que realice una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional. A efectos de esta Ley, no tendrán la consideración de comunicación comercial los datos que permitan acceder directamente a la actividad de una persona, empresa u organización, tales como el nombre de dominio o la dirección de correo electrónico, ni las comunicaciones relativas a los bienes, los servicios o la imagen que se ofrezca cuando sean elaboradas por un tercero y sin contraprestación económica”¹³. Como puede deducirse, la citada norma contempla una acepción positiva y otra negativa de comunicación comercial.

En cuanto a la primera –de carácter positivo-, cabe señalar que incide en la labor de promoción que el anunciante opera, respecto a ciertos productos o servicios, en el ejercicio de su actividad comercial virtual, lo que supone una comunicación entre el anunciante y el receptor de la publicidad –destinatario que podrá ser individual o colectivo, dado que la definición no exige que el mensaje necesariamente se dirige a una pluralidad de personas-. Ha de advertirse que tales actuaciones deben respetar no solo las previsiones establecidas en la LSSI-CE, sino también las normas imperantes en materia publicitaria y comercial¹⁴. Interesa poner de manifiesto que el precepto que analizamos, trae causa del art. 2.f) de la Directiva comunitaria de comercio electrónico que, a su vez, coincide, de manera sustancial, con la operada por el Libro Verde de la Comisión Europea sobre las comunicaciones comerciales en el mercado interior.

Se trata de una delimitación enormemente amplia, dado que incluye toda modalidad de publicidad virtual con independencia del formato del mensaje comercial –audiovisual, gráfico y/o sonoro-. De igual modo, en la definición que analizamos, tendrían cabida tanto las actividades publicitarias electrónicas de carácter colectivo –cual, por ejemplo, es el *banner*- como las actividades de marketing directo¹⁵ –como un correo electrónico-. En todo caso, la finalidad del mensaje debe

12 El recurso a la expresión “toda forma de comunicación” constituye un claro acierto. En efecto, las nuevas técnicas de comunicación –que, en el espacio digital, avanzan a un ritmo imparable-, dan lugar a nuevos formatos publicitarios.

13 La primera norma española que delimitó este tipo de publicidad presentaba carácter autonómico. Se trata del art. 1.3.e) de la Ley española 5/1997, de 8 de julio, por la que se regula la publicidad dinámica en las Islas Baleares, que la definió como aquella actividad consistente en “el envío de mensajes publicitarios mediante comunicación telefónica, por fax o a través del llamado correo electrónico”.

14 Cabe, entre otras muchas, destacar la Ley española 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad; Ley española 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal; Ley española 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista; Real Decreto Legislativo español 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias –especialmente significativa, a nuestros efectos, resulta el art. 19.1-; y, por último, Ley española 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual.

15 El marketing directo representa una de las actividades de comunicación de la empresa que mayor crecimiento ha protagonizado en los últimos años.

ser la promoción de bienes y/o servicios o la imagen de la empresa –esta última constituye la denominada publicidad corporativa-. Tal presupuesto determinará que excluyamos del carácter de comunicación comercial al menos tres modalidades de mensajes. En primer lugar, los mensajes difundidos en Internet con una finalidad puramente informativa. En segundo lugar, la publicidad institucional¹⁶ cuya finalidad sea el fomento de ciertas conductas solidarias –piénsese, por ejemplo, en la donación de órganos-. Y, en tercer y último término, la propaganda política o religiosa que persiga la adhesión de la población a una determinada creencia política o religiosa.

Muy relacionada con la peculiar finalidad de la publicidad en Internet, a la que hemos hecho referencia, se encuentra la exigencia de que la misma se desarrolle en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional. Tal previsión representa una cuestión significativa, ya que, como es sabido, tanto en el mundo físico como en el virtual, pueden realizarse campañas comerciales que no tengan como finalidad fomentar el consumo de bienes y/o servicios, dado que, a título de ejemplo, pueden promover la moderación en el consumo o ciertos fines de carácter social general.

Ahora bien, a pesar de la amplitud de la definición que estudiamos, existen, además de la restricción negativa –a la que seguidamente nos referiremos-, ciertas limitaciones, pues es preceptivo que los mensajes comerciales sean realizados en beneficio de una empresa, organización o persona que realice una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional. A efectos de la normativa que examinamos, únicamente estos últimos podrán ser reputados anunciantes. Este extremo determina que los mensajes de compraventa entre particulares difundidos en la Red no estén sometidos a la LSSI-CE, sino al Código civil español -Cc-.

Respecto a la acepción de carácter negativo, debe indicarse que alude a aquella actividad en el entorno telemático que, aunque tiene por finalidad tanto la promoción de productos y/o servicios como la potenciación de la propia imagen de la empresa, no merece la consideración de publicidad porque no se realiza en el contexto de una comunicación entre el anunciante y el público destinatario. En este sentido, no deberían, a título de ejemplo, ser reputadas como comunicación comercial los sitios *Web* en los que se recojan comunicaciones comerciales sobre una determinada empresa, sus productos y/o servicios, siempre y cuando la información tenga su

16 Algunas normas, dada la enorme amplitud del concepto de publicidad, facilitan la aplicación de su articulado a esta modalidad publicitaria. Así, por ejemplo, el art. 2.f) del Convenio Europeo sobre Televisión Transfronteriza, de 5 de mayo de 1989, y el art. 3.c) de la Ley española 25/1994, de 12 de julio, que incorpora la Directiva de Televisión sin Fronteras. Por otro lado, debemos señalar que la publicidad institucional está regulada por la Ley española 29/2005, de 29 de diciembre, de Publicidad y Comunicación Institucional, que establece el marco normativo en el que deben desarrollarse las campañas institucionales promovidas o contratadas por la Administración General del Estado y por las demás entidades integrantes del sector público estatal. También debemos mencionar la Ley española 7/2003, de 20 de marzo, de Publicidad Institucional de la Comunidad Valenciana; Ley española 16/2003, de 24 de marzo, de Publicidad Institucional de Aragón; Ley española 6/2006, de 20 de junio, de Comunicación y Publicidad Institucionales de Asturias; y la Ley española 18/2000, de 29 de diciembre, de Publicidad Institucional de Cataluña.

origen en un tercero. La normativa legal imperante, como vimos, demanda que dicha información se haya elaborado de manera independiente de la empresa. Tal exigencia parece razonable, pues, en caso contrario, estaríamos ante un supuesto de publicidad encubierta y, por tanto, ilícita. Esta modalidad acontecería cuando el mensaje publicitario no se presentase como tal, sino con un carácter informativo.

En todo caso, la norma que comentamos excluye de la consideración de comunicaciones comerciales electrónicas los nombres de dominio. Estos últimos son direcciones que nos permiten acceder al sitio Web de una determinada empresa, organización o persona, desempeñan la función de identificación de la empresa en la Red, así como de los bienes y/o servicios de la misma. Dado que los nombres de dominio, *a priori*, no promocionan la contratación de los productos ofertados por una empresa no pueden ser considerados comunicación comercial. Ahora bien, cabe referirse a dos situaciones cuya exclusión del concepto de comunicación comercial podría resultar discutible. Por un lado, la presencia del nombre de dominio en un determinado sitio Web contribuye, qué duda cabe, a la promoción de la imagen de la empresa titular del mismo. Tal hipervínculo puede destinarse a información sobre la empresa, pero también a la difusión de comunicaciones comerciales. De esta manera, el nombre de dominio serviría de enlace hacia un espacio puramente publicitario de la Red. Y, por otro, en el patrocinio electrónico, se incluye, en un determinado sitio Web, el nombre de dominio de una empresa, ajena a esa página, a cambio de una contraprestación económica o de otra índole. En todo caso, el legislador español ha optado por excluir los nombres de dominio del concepto de comunicación comercial, aunque determinados supuestos podrían encajar en este último. La razón de tal exclusión probablemente obedece a que la función publicitaria no es propia e inherente a los nombres de dominio, sino que es de carácter indirecto y ocasional.

2.2. Notas inherentes

La publicidad en Internet presenta numerosas ventajas¹⁷ frente a la difusión de publicidad en los medios de comunicación físicos o de carácter tradicional. Así, desde una perspectiva económica, cabe referirse a que se trata de una publicidad más barata. No obstante, pueden existir supuestos en los que, por razón de razones culturales o de otra índole, resulte aconsejable un tratamiento diferenciado de los mensajes publicitarios electrónicos dependiendo del país receptor de los mismos. En otros términos, los anunciantes pueden verse obligados a desarrollar diversos sitios Web, según el país destinatario, para adaptar los contenidos a las peculiaridades nacionales o, en su caso, regionales¹⁸.

17 A este respecto, la Exposición de Motivos de la LSSI-CE, alude a diversas ventajas cual la mejora de la eficiencia de las empresas, el aumento de las posibilidades de elección de los usuarios y, qué duda cabe, la aparición de nuevas fuentes de empleo.

18 Nos encontramos ante una manifestación de la denominada "glocalización" –pensar globalmente actuar localmente-. Constituye una especie de variante más compleja de la globalización, porque aún los términos "globalización" y "localización".

Además, puede ser sensiblemente más eficaz que la difundida en otros canales. Una de las ventajas que Internet presenta, a diferencia de otros medios tradicionales, es, en base a los mecanismos susceptibles de monitorización del comportamiento del potencial consumidor y/o usuario, la posibilidad de lograr el perfil del destinatario de la publicidad en el que se tendrán en consideración sus preferencias. De esta manera, podríamos manifestar, sin incurrir en exageración alguna, que estamos ante el paradigma del denominado marketing directo, dado que la publicidad virtual suele caracterizarse por una elevada personalización, ostentar una alta capacidad de entretenimiento, estar mejor dirigida y ser más eficaz. En numerosos supuestos, además, la publicidad, por la prestación favorable del consentimiento, será menos intrusiva que la difundida en otros medios, sin perjuicio de que, desde hace años, está proliferando el denominado *spam*.

En línea con las consideraciones recientemente realizadas, debe precisarse que, como es sabido, Internet permite establecer una comunicación interactiva con el potencial consumidor y/o usuario, recogiendo numerosos datos a tiempo real, lo que, a su vez, posibilita que se ofrezca un servicio personalizado. En este sentido, debe advertirse una diferencia observable entre la publicidad que analizamos y la realizada en otros medios como la prensa, la radio y la televisión. Esta última, como es conocido, se caracteriza por apoyarse en un diálogo mecanizado, caracterizado por el hecho de que las comunicaciones informativas y persuasivas de la empresa sobre la que versen no se dirigen a un determinado consumidor y/o usuario, sino que lo hacen a una gran masa indeterminada de consumidores potenciales. Dicho en otros términos, el papel del consumidor en los medios de carácter tradicional es fundamentalmente pasivo, ya que no interactúa con el empresario y sólo visiona las comunicaciones comerciales que le dirigen las empresas.

Una última ventaja en la que debe incidirse es el extraordinario crecimiento que, a nivel mundial, están experimentando los usuarios de Internet. Así, en octubre de 2010, se estimaba que la Red de redes contaba con una cifra muy cercana a los 2.000 millones de usuarios en todo el mundo, multiplicando, de forma exponencial, las cifras en diez años –en el año 2.000 había 381 millones de internautas-. Por lo que se refiere a España, cabe poner de relieve que cuenta con una tasa media de penetración del 62.6%, llegando, en el momento actual, a los 29 millones de usuarios. En definitiva, podemos afirmar que, a fecha de hoy, no existe ningún otro medio de comunicación que esté experimentando un crecimiento tan significativo.

2.3. Una mirada, sobre su proyección, desde el contexto internacional

Una de las manifestaciones más significativas que las Tecnologías de la Información y de la Comunicación han supuesto, a nivel empresarial, se observa en la publicidad virtual. Para que esta última sea más eficaz y eficiente, se han puesto en práctica

novedosas técnicas (caracterizadas básicamente por su bajo coste, rapidez y capacidad de llegar a un alto número de usuarios) que tienen como finalidad captar la atención integral de los receptores. Puede, a tal efecto, afirmarse que el sistema de promoción tradicional ha perdido valor en beneficio del virtual.

Toda empresa que, en la actualidad, pretenda perdurar en el mercado competitivo global debe incorporar las nuevas tecnologías en su actividad cotidiana, para estar permanentemente adecuada a las tendencias de venta, a través de los nuevos medios tecnológicos, y poder diseñar estrategias de marketing electrónico. La necesidad de las empresas de mantener los clientes y de estrechar relaciones con los mismos –marketing relacional- determina que aquellas busquen formas de llegar directamente al consumidor individual, personalizando la oferta, constituyendo, de esta manera, novedosos tipos de venta que permiten que las empresas establezcan relaciones continuadas y directas con el mismo, esté donde esté.

En línea con cuanto venimos poniendo de manifiesto, cabe indicar que uno de los aspectos más interesantes que los contratos celebrados con consumidores presentan es, precisamente, el relativo a su período precontractual, es decir, todas aquellas actividades que se desarrollan entre las partes, antes de que otorgue el consentimiento, para la perfección del contrato. En este instante, es relativamente habitual que el consumidor y/o usuario tenga conocimiento de las características esenciales del bien y/o servicio que pueden interesarle, del que, dicho sea de paso, puede estar informado en virtud de la publicidad recibida -tanto a través de canales tradicionales como virtuales-.

A finales del siglo XX, algunos autores¹⁹ determinaron que la publicidad en Internet, cuyo origen se sitúa a principios de los años noventa, constituía una transformación radical del paradigma de marketing, que evolucionó desde un modelo predominantemente unidimensional a otro totalmente interactivo, con relaciones uno a uno personalizadas, que progresivamente está alcanzando más protagonismo.

La publicidad difundida en Internet, según ponen de manifiesto las estadísticas operadas en los últimos años, constituye una actividad en auge. A pesar de la fuerte crisis económica, que desde hace unos años padecemos, la inversión publicitaria en Internet no ha dejado de crecer, siendo, asimismo, las previsiones de futuro, al respecto, muy optimistas. En este último sentido, entre los instrumentos que contribuirán al importante crecimiento de la publicidad interactiva, ocuparán un destacado lugar los *Smartphones*.

19 PEPPERS, D. y ROGERS, M. (1999) *The One to One Manager*, Doubleday, New York, p. 22.

3. MODALIDADES DE PUBLICIDAD DESLEAL DE CARÁCTER DIGITAL EN LA COMPETENCIA

A continuación, nos referiremos, sobre la base del Derecho Español, a las tres modalidades diversas de publicidad desleal que pueden acometerse en la Red. Se trata de la publicidad denigratoria, la publicidad confusionista y la publicidad comparativa.

3.1. La publicidad denigratoria

La presente modalidad publicitaria²⁰, de acuerdo con el art. 9 de la LCD, puede definirse como aquella en la que se realizan o difunden “manifestaciones sobre la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero que sean aptas para menoscabar su crédito en el mercado, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes”. Añade, a este último respecto, que no son pertinentes “las manifestaciones que tengan por objeto la nacionalidad, las creencias o ideología, la vida privada o cualesquiera otras circunstancias estrictamente personales del afectado”. En términos similares se pronuncia la norma 21 del código de conducta publicitaria de Autocontrol²¹. Debe, a este último respecto, manifestarse que las herramientas derivadas del fenómeno de la autorregulación despliegan un sugerente complemento de la normativa legal imperante. Antes de entrar en materia, cabe precisar que Autocontrol es el único organismo privado español que ha sido incorporado por la Comisión Europea a su Red Extra-judicial Europea, por cumplir, su órgano extrajudicial de resolución de controversias –el Jurado de la Publicidad²²–, los requisitos y principios de independencia²³, transparencia, contradicción, eficacia, legalidad, libertad de elección y derecho de representación por parte del consumidor, establecidos en la Recomendación 98/257/CE de la Comisión, de 30 de marzo, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los de los litigios en materia de consumo²⁴.

20 La comunicación publicitaria, como comunicación colectiva, se muestra como el canal especialmente adecuado para difundir manifestaciones denigratorias de otro. Lejos de eliminar la competencia, la publicidad contribuye al desarrollo de la actividad competitiva y, en ciertas ocasiones, aviva la competencia económica hasta imprimírle carácter desleal. Sobre todo ello, puede verse ZENO-ZENCOVICH, V. y ASSUMMA, F. (1991) *Publicità e sponsorizzazioni*, Cedam, Padua, p. 32; LARA GONZÁLEZ, R. (2007) *La denigración en el derecho de la competencia desleal*, Thomson Civitas, Navarra, pp. 54 y 55.

21 Tal precepto dispone que “la publicidad no deberá denigrar ni menospreciar, implícita o explícitamente, a otras empresas, actividades, productos o servicios. No se considerarán denigración las manifestaciones recogidas en el mensaje publicitario que sean exactas, verdaderas y pertinentes. En particular, no se estimarán pertinentes las alusiones a las circunstancias personales del empresario o de su empresa”.

22 Las funciones, la composición y el funcionamiento del Jurado se regulan tanto en los arts. 44 a 50 de los Estatutos de Autocontrol, de 11 de mayo de 1995 –cuya última modificación es de 3 de abril de 2006–, como en el Reglamento del propio Jurado de la Publicidad, de 23 de abril de 1997, cuya última reforma data de 2 de octubre de 2012.

23 Sobre los conceptos de independencia e imparcialidad, GALÁN GONZÁLEZ, C. (2005) *Protección de la imparcialidad judicial: abstención y recusación*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 19-26.

24 Ahora bien, no faltan reclamaciones administrativas en las que expresamente se alude a la falta de independencia e imparcialidad del Jurado de la Publicidad. En este sentido, la Resolución, de 28 de abril de 2008, de la Comisión Nacional de la Competencia (AC 2008/1775), que desestima el recurso presentado por Ausbank Consumo

De la literalidad de ambas normas, anteriormente enunciadas, puede colegirse que la alegación publicitaria, además de verdadera²⁵ y exacta²⁶, debe ser pertinente²⁷. En otras palabras, ha de ser necesaria, pues, en caso contrario, la publicidad podría ser calificada como desleal. No son pertinentes las referencias a las circunstancias personales del empresario²⁸ –como, entre otras, son la nacionalidad, la ideología y su vida privada- o de su empresa cuyo objetivo sea el desprestigio comercial²⁹.

Los actos de denigración suponen el descrédito comercial de los competidores o de sus productos o servicios. El acto denigratorio, en sí mismo, abarca, además del supuesto de deterioro efectivo del crédito del competidor, el que esas alegaciones sean susceptibles de mermar dicho nombre comercial. En todo caso, resulta preceptivo que el denigrado pueda ser identificado.

La denigración puede acontecer, al igual que en la radio, prensa y televisión, en la Red de redes. Aunque, por el momento, la mayoría de anuncios en los que se ha apreciado la presencia de la misma, por parte de los tribunales y de los sistemas de autorregulación³⁰, han sido difundidos en medios tradicionales –sobre todo la radio y la televisión-, no faltan supuestos que han tenido lugar en Internet³¹.

frente a Autocontrol. A este respecto, Ausbank Consumo entendía que el Jurado carecía de tales caracteres, dado que estaba integrado en la propia estructura de quien crea las normas, ser designado y pagado por Autocontrol.

- 25 Veraz, a tenor de los arts. 9 de la LCD y 20.1 de la Constitución Española, es la información objetivamente verdadera. Sobre esta cuestión, PANTALEON PRIETO, A.F. (1996) “La constitución, el honor y unos abrigos”, *La Ley*, núm. 2, pp. 1689-1695; PERDICES, A.B. (1996) “Comentario a la STS de 20 de marzo de 1996”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 42, p. 921.
- 26 La necesidad de que las manifestaciones sean exactas supone que las mismas deben provocar en sus destinatarios una representación lo más fidedigna posible de la realidad de las cosas. Resulta exigible una estricta correspondencia entre lo alegado o manifestado y la realidad –veracidad-, así como su correcto entendimiento, por parte de los destinatarios, por encima de lo que se tiene por suficiente para evitar el engaño –exactitud-. Asimismo, la inexactitud debería ser irrelevante si la misma no lleva al engaño al destinatario medio. A este respecto, SALVADOR CODERCH, P. (1987) *¿Qué es difamar? Libelo contra la Ley Libelo*, Civitas, Madrid, p. 51.
- 27 A juicio de OTAMENDI RODRÍGUEZ-BETHENCOURT, J.J. (1994) *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Aranzadi, Pamplona, pp. 193 y 194, tal expresión equivale a “directamente relacionadas”, por lo que se entiende que las informaciones, para no incurrir en el ilícito, además de verdaderas y exactas, deben tener una relación directa con el objeto de la información.
- 28 Como pone de relieve DE LA CUESTA RUTE, J.M. (2002) *Curso de Derecho de la Publicidad*, Eunsa, Navarra, pp. 179 y 180, no es lo mismo el crédito comercial que el honor de las personas, a pesar de que las acciones susceptibles de lesionarlos son parecidas en su estructura. El honor de las personas, como es sabido, está protegido por el art. 18.1 de la Constitución Española, así como por la Ley Orgánica española 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Si un acto comercial publicitario intentara lesionar el honor personal de un operador económico aduciendo en el contenido del mensaje alegaciones relativas a sus cualidades subjetivas es una publicidad estrictamente personal que siempre es ilícita por desleal.
- 29 Como en su momento dispuso GARRIGUES, J. (1966) “Publicidad y competencia ilícita”. En *La publicidad y sus fundamentos científicos*, Instituto Nacional de Publicidad, Madrid, p. 15, la denigración personal es la más grave de todas, ya que, incluso, puede llegar a representar un delito de injuria o de calumnia. Además, no consiste en aprovecharse indebidamente de la reputación ajena, sino en destruir esta última, para, precisamente, eliminar a un competidor.
- 30 Así, entre otras, en el ámbito de la autorregulación, la Resolución del Jurado de la Publicidad de 18 de enero de 2005, caso “Euskal Irrati Telebista (EITB) vs. Sociedad Española de Radiodifusión (SER)” y la Resolución del Jurado de 30 de julio de 2007, caso “El Corte Inglés S.A. vs. Media Markt Saturn Administración España S.A.U. “rebajas”.
- 31 Como decimos, para poder calificar un acto de desleal por denigración, es indiferente el medio empleado

Por lo que se refiere a los Tribunales españoles, cabe referirse al caso enjuiciado en la Sentencia del Juzgado 4 de lo Mercantil de Barcelona, de 2 de septiembre de 2010 (AC 2010/1519), en la que se puso de relieve que *Ryanair* –aerolínea de bajo coste- tildó, en la prensa escrita y en Internet, a la agencia de viajes *on-line* Atrápalo de “parásito”, “ladrón”, “estafador” e “inútil”. Por todo ello, se condenó a la citada aerolínea a abonar a Atrápalo, en concepto de indemnización, 40.000 euros³².

En lo que se refiere a los supuestos resueltos en el ámbito de los sistemas de autodisciplina, destacan, entre otras, la Resolución del Jurado de Autocontrol de la Publicidad³³ de 6 de mayo de 2010, caso Telefónica Móviles España, S.A.U. vs. *The Phone House Spain*, S.L.U. y *Xfera Móviles*, S.A. (YOIGO) “Cada vez somos menos”. La misma se inició por reclamación presentada por Telefónica Móviles España, S.A.U. contra una publicidad difundida a través de radio, prensa e Internet de la que eran responsables *The Phone House Spain*, S.L.U. y *Xfera Móviles*, S.A. (YOIGO). En relación con el folleto comercial y el *blog* de Internet, en primer lugar, se mostraba una gráfica en la que aparecían resultados de un estudio de mercado entre clientes que se portaron desde Movistar a Yoigo. En el margen superior de la gráfica, se podía observar la siguiente indicación: “¿Qué dicen los clientes que han cambiado de Movistar a Yoigo?”. Seguidamente, se realizaban tres valoraciones. La primera consistía en la alegación: “Un 40% de ahorro en su factura. Los clientes que cambiaron de Movistar a Yoigo dicen ahorrar un 40% de media al mes”; “Un 90% dice tener igual o mejor cobertura”; “89% recomienda cambiar. Los clientes que cambiaron de Movistar a Yoigo recomiendan a sus familiares y amigos”. En el margen

para realizar o difundir las manifestaciones enjuiciadas como denigración. Igualmente, la forma en virtud de la que se produce el desprestigio consecuente al acto denigratorio carece de relevancia -imputación de hechos, revelación de datos, difusión de noticias, formulación de juicios, afirmaciones implícitas o explícitas, simples imágenes-, dado que cualquiera de ellas puede resultar apta para constituir un acto de competencia desleal. El acto denigratorio, asimismo, comprende tanto la modalidad de manifestación de carácter informativo como aquellas otras de carácter evocativo, cuando se asocia la persona, prestaciones, actividad o establecimiento afectados a una determinada imagen o idea.

- 32 Igualmente, a comienzos de abril de 2012, la sección decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona desestimó el recurso que *Ryanair* presentó contra el fallo de julio de 2010 de un Juzgado mercantil de Barcelona que ordenaba a la compañía aérea dejar de proferir manifestaciones denigratorias contra agencias *on-line* como *Lastminute*. La sentencia del Juzgado mercantil número 7 de Barcelona consideraba que *Ryanair* había cometido un acto de competencia desleal denigratorio al denunciar que las agencias *on-line* “roban y timan” a los consumidores cobrando “sobrepuestos injustificados” y amenazando, como hizo en 2008, con cancelar los billetes vendidos por estas agencias por Internet. La Audiencia Provincial, en cuestión, coincide con el Juzgado mercantil a la hora de considerar que las manifestaciones de los directivos de *Ryanair* en contra de las agencias *on-line* son inadmisibles e injustificables en cualquier contexto.
- 33 Tal órgano únicamente interviene cuando una controversia está planteada y actúa de acuerdo con un procedimiento reglado según los principios de igualdad de las partes, de audiencia y de contradicción. Aunque es cierto que el Jurado ostenta una dependencia administrativa de Autocontrol de la Publicidad, no es, en absoluto, un órgano suyo. Está formado por expertos de diferentes ramas del saber: Derecho, Economía, Publicidad, Comunicación, Sociología, etc., al que se recurre cada vez en más ocasiones. Cabe precisar que el Instituto Nacional de Consumo participa en la selección del 25% de sus componentes. A pesar de su juventud, el sistema de autorregulación publicitaria creado por Autocontrol se ha convertido en el mecanismo preferente de resolución de controversias en España por encima, incluso, de los tribunales de justicia. Podemos afirmar que el gran protagonista del nuevo sistema español de autodisciplina publicitaria es el denominado Jurado de la Publicidad que se define, en el art. 44.1 de los Estatutos de Autocontrol, como un órgano especializado en materia deontológica-publicitaria, dotado de absoluta autonomía e independencia en sus funciones y formado por personas independientes.

inferior surgía el siguiente texto: “Datos procedentes del estudio independiente realizado por FdC Investigación de Mercados sobre la satisfacción de Clientes Yoigo que han realizado previamente una portabilidad de Movistar a Yoigo”. En segundo lugar, aparecía la imagen de un folleto en cuyo interior podía leerse la siguiente indicación: “Deja Movistar, ven a Yoigo y... ¡empieza a ahorrar!”. A continuación, aparecía una comparativa de dos móviles iguales³⁴. Así como un texto legal con las condiciones de la promoción. El Jurado calificó de publicidad comparativa las alegaciones en las que se destacaba el ahorro que declaraban haber obtenido los clientes que se habían pasado de *Movistar* a Yoigo. Ahora bien, dichas alegaciones no se referían a características objetivas de los correspondientes productos o servicios³⁵ y, a través de la alegación “cada vez son menos”, que es impertinente, se incurría en una denigración innecesaria del competidor aludido en la comparación –Telefónica-.

Al hilo de cuanto examinamos, debe advertirse que, de acuerdo con el art. 10.e) de la LCD, la comparación denigratoria se tipifica como un acto de competencia desleal³⁶. En este sentido, se considera desleal la comparación que infrinja lo establecido en el art. 9 de la LCD. De esta manera, si la deslealtad procede de una comparación denigrante, aunque la conducta deba situarse en el marco de aplicación del art. 10.e), la remisión de este último al art. 9, que configura las prácticas denigratorias desleales, conlleva que el control de licitud deba tomar como marco de referencia los elementos que, según este último precepto, conforman la deslealtad concurrencial como acto de denigración³⁷. En cualquier caso, como posteriormente veremos, toda comparación, incluso aquella que podría reputarse lícita, incorpora, por mínimo que sea, un cierto nivel de descrédito³⁸ para el competidor aludido³⁹. Ahora bien, cabe adelantar que únicamente será ilícita la publicidad comparativa que

34 En el móvil de la izquierda se mostraba el siguiente texto: “Si quieres un Nokia 5800 y seguir con Movistar, 220€ y además necesitas 35.000 puntos Movistar. En el móvil que aparece en el margen derecho aparece el texto: “Pero si te vienes a Yoigo con la tarifa del Seis en The Phone House, 0€. Y además con la Tarifa del Seis, 6 cent/min a cualquier operador; a cualquier hora del día, cualquier día de la semana”. Sobre la imagen del móvil observamos un sello con el siguiente texto: “Y además te devolvemos hasta 50€ del consumo de tu factura”. En el margen derecho surge una tabla sobre los puntos requeridos para conseguir el móvil Nokia 5800 con Movistar. Finalmente, en el margen inferior, surgía, de nuevo, el sello con el texto: “Y además te devolvemos hasta 50€ del consumo de tu factura”.

35 Dispone TATO PLAZA, A. (1998) “Breves notas en torno a la Directiva comunitaria sobre la publicidad comparativa y su incidencia en el Derecho español”, *Autocontrol*, núm. 16, p. 25, que el acto de denigración podría escapar del reproche de deslealtad si se apoyara sobre hechos exactos y verdaderos.

36 Para profundizar sobre esta sugerente cuestión, TAPIA HERMIDA, A.J. (1997) “Publicidad comparativa denigratoria y exceptio veritatis (a propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 3 de septiembre de 1996)”, *Revista General del Derecho*, núm. 639, pp. 14347-14364.

37 En este sentido, tanto la doctrina española -LARA GONZÁLEZ, R. (2007) *La denigración en...*, cit., p. 145- como la jurisprudencia. A este último respecto, pueden citarse, entre otras, las siguientes resoluciones judiciales españolas: STS de 4 de junio de 2002 (RJ 2002/4978), SAP de Asturias de 18 de febrero de 1998 (AC 1998/244), SAP de Barcelona de 14 de enero de 2003 (JUR 2004/14172) y SAP de Barcelona de 18 de febrero de 2004 (AC 2004/894).

38 Así, se ha determinado que el concepto de descrédito incluye un ámbito más amplio que el de denigración. Sobre este aspecto, BERRUTI, G.M. (2002) *La concorrenza sleale nel mercato. Giurisdizione ordinaria e normativa antitrust*, Giuffrè, Milán, p. 105.

39 FEZER, K.H. (2005) *Lauterkeitsrecht. Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, Beck, Munich, pp. 268 y sigs.

sea inútilmente ofensiva⁴⁰, es decir, aquella que genere, de manera innecesaria, un descrédito o denigración superior al que representa toda comparación⁴¹.

Sobre la segunda comparación objeto de reclamación, la relativa a las condiciones de adquisición de un terminal Nokia, apreció que el mensaje que se incluía en letra pequeña en la publicidad que, además es prácticamente ilegible, contenía limitaciones muy relevantes del mensaje principal (relativo a la devolución de hasta 50 euros). Por todo ello, el Jurado estimó parcialmente la reclamación, declarando que la publicidad infringía las normas 14 (veracidad) y 22 (publicidad comparativa) del Código de Conducta Publicitaria de Autocontrol.

3.2. La publicidad confusionista

El segundo supuesto de deslealtad comercial susceptible de realizarse en la Red son los actos publicitarios de confusión. En cuanto a esta interesante cuestión, cabe discernir dos regímenes diversos según el carácter de los destinatarios⁴².

En primer lugar, en el ámbito de las relaciones entre empresarios o profesionales y consumidores, resulta aplicable el art. 20 de la LCD que, como es sabido, se encuentra en el capítulo III de la norma dedicado a las prácticas desleales con consumidores. Tal precepto dispone que “en las relaciones con consumidores y usuarios, se reputan desleales aquéllas prácticas comerciales, incluida la publicidad comparativa, que, en su contexto fáctico y teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias, creen confusión, incluido el riesgo de asociación, con cualesquiera bienes o servicios, marcas registradas, nombres comerciales u otras marcas distintivas de un competidor, siempre que sean susceptibles de afectar al comportamiento económico de los consumidores y usuarios”.

Como pone de manifiesto la doctrina⁴³, en virtud de esta norma, dentro de las prácticas comerciales engañosas se han incluido los actos de confusión. A través de tal decisión, se pone de relieve que el riesgo de confusión es una hipótesis concreta del riesgo de engaño. En efecto, el primero puede determinar el error de los consumidores respecto al origen empresarial de los bienes y/o servicios

40 MARTÍN-ACHARD, E. (1988) *La Loi fédérale contre la concurrence déloyale du 19 décembre 1986* (LCD), Lausanne, Paris, p. 43; DESSEMONTET, F. (1989) *Concurrence déloyale: textes législatifs et répertoire des arrêtés fédéraux et cantonaux*, Lausanne, Paris, pp. 164 y sigs.

41 LEMA DEVESA, C. (1991) “La publicidad desleal: modalidades y problemas”, *Revista General del Derecho*, núms. 562-563, p. 6147; KÖHLER, H. y BORNKAMM, J. (2006) *Wettbewerbsrecht*, 24 ed., Beck, Munich, pp. 181 y sigs.

42 TATO PLAZA, A. FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. y HERRERA PETRUS, C. (2010) *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, La Ley, Madrid, p. 138, se muestran críticos con esta dualidad. A su juicio, no debería haberse tipificado un mismo supuesto en dos preceptos distintos en función de sus destinatarios. Tal proceder carece, en su opinión, de justificación. Lo que, en este sentido, debería haberse efectuado es regular los actos de confusión en un solo precepto –art. 6 de la LCD–, de alcance general.

43 TATO PLAZA, A. FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. y HERRERA PETRUS, C. (2010) *La reforma de la Ley de Competencia...*, cit., p. 138.

ofertados. Del tenor de la norma, se deduce que deben concurrir dos presupuestos. Por un lado, debe existir un riesgo de confusión. Este último puede definirse⁴⁴ como la posibilidad de que el público de los consumidores considere que dos productos y/o servicios tienen el mismo origen empresarial –riesgo de confusión en sentido estricto- o de empresas que están vinculadas jurídica o económicamente –riesgo de asociación-. En cuanto a los factores que pueden dar lugar a un eventual riesgo de confusión, la norma alude a “las prácticas comerciales, sus características y circunstancias”. Y, por otro, la práctica comercial ha de ser adecuada para afectar, de manera significativa, el comportamiento económico del consumidor.

Asimismo, debe advertirse que el legislador español, dentro de la lista negra de prácticas que se consideran desleales en sí mismas –art. 21 y sigs. de la LCD-, incluye un caso de práctica engañosa por confusión. Se trata del art. 25⁴⁵ que alude a las hipótesis en las que el riesgo de confusión o asociación se deriva de la imitación de la apariencia externa del producto o de su forma de presentación.

En segundo lugar, respecto a los actos de confusión que se susciten entre empresarios o profesionales, deberán ser analizados a la luz del art. 6 de la LCD. A este último respecto, el citado precepto de la LCD⁴⁶, preceptúa que “se considera desleal todo comportamiento que resulte idóneo para crear confusión con la actividad, las prestaciones o el establecimiento ajenos”. Seguidamente, añade que “el riesgo de asociación⁴⁷ por parte de los consumidores respecto de la procedencia de la prestación es suficiente para fundamentar la deslealtad de una práctica”. Como puede observarse, el segundo párrafo tipifica la deslealtad de la práctica que inspira el riesgo de asociación que se genera en el receptor de la publicidad respecto al origen de la prestación. Este supuesto incluye tanto la confusión respecto al origen de los signos como el riesgo de asociación propiamente dicho, que implica que el receptor del mensaje diferencia, con cierta claridad, el origen empresarial diverso, pero existe un elemento que le lleva a creer que entre los titulares hay algún tipo de vínculo⁴⁸.

44 PLAZA, A. FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. y HERRERA PETRUS, C. (2010) *La reforma de la Ley de Competencia...*, cit., pp. 140 y 141.

45 Es criticable que la rúbrica del art. 25 de la LCD sea exactamente la misma que la del art. 20 LCD –prácticas engañosas por confusión-. Por un lado, el art. 25 disciplina una única hipótesis específica de las prácticas engañosas por confusión y, por otro, solo es aplicable a las relaciones entre empresarios o profesionales y consumidores. Si tal supuesto de hecho se suscitara en el marco de las relaciones entre empresarios o profesionales habría que enjuiciarlo aplicando los arts. 6 y 11 de la LCD.

46 Aunque la Exposición de Motivos de la LCD señala que se modifica este precepto, la realidad es que no se ha alterado en absoluto.

47 A este respecto, debe indicarse que el riesgo de confusión, al que únicamente se refiere el art. 6.2.a) de la Directiva de prácticas comerciales desleales, incluye también el riesgo de asociación al que se refieren los arts. 6 y 11 de la LCD.

48 Sobre este particular, la STS de 4 de marzo de 2010 (RJ 2010/1454) y 18 de marzo de 2010 (RJ 2010/3910).

Por otro lado, el art. 11 de la LCD⁴⁹ determina que “1. la imitación de prestaciones e iniciativas empresariales o profesionales ajenas es libre, salvo que estén amparadas por un derecho de exclusiva reconocido por la Ley. 2. No obstante, la imitación de prestaciones de un tercero se reputará desleal cuando resulte idónea para generar la asociación por parte de los consumidores respecto a la prestación o comporte un aprovechamiento indebido de la reputación o el esfuerzo ajeno⁵⁰. La inevitabilidad de los indicados riesgos de asociación o de aprovechamiento de la reputación ajena excluye la deslealtad de la práctica. 3. Asimismo, tendrá la consideración de desleal la imitación sistemática de las prestaciones e iniciativas empresariales o profesionales de un competidor cuando dicha estrategia se halle directamente encaminada a impedir u obstaculizar su afirmación en el mercado y exceda de lo que, según las circunstancias, pueda reputarse una respuesta natural del mercado”.

Para poder calificar un comportamiento como desleal basta con que exista un riesgo de asociación. En otras palabras, es suficiente con que el acto de confusión o la imitación sea adecuada para confundir. Ahora bien, para poder demandar la indemnización de los daños y perjuicios sufridos, el afectado sí habrá de probar la confusión.

El supuesto que comentamos, en el plano de la autorregulación, es objeto de disciplina por la norma 20⁵¹ del código de conducta publicitaria⁵². La misma, en primer término, prohíbe la publicidad que se refiere a signos distintivos ajenos y, en segundo término, la imitación publicitaria. Para que la imitación publicitaria pueda ser reputada injusta o censurable debe inducir a confusión o suponer un aprovechamiento indebido del prestigio ajeno. Se deduce, por consiguiente, que la confusión parece ser un presupuesto de la imitación publicitaria para poder calificarla de ilícita.

En términos generales, puede afirmarse que la confusión representa el supuesto contrario a la denigración. En virtud de esta última, el anunciante tiene como finalidad que sus bienes y/o servicios se diferencien, desmarcándose positivamente, de los que denigra. Por el contrario, en la publicidad confusionista el anunciante persigue

49 El nuevo precepto 11 de la LCD apenas se reforma. De hecho, la única modificación que se realiza, respecto a su versión anterior, es para añadir “profesionales”. En otras palabras, conserva idéntica redacción, si bien, en la actualidad, además de a los empresarios, se refiere a los profesionales.

50 En relación a este extremo, TATO PLAZA, A. (2001) “La protección de las creaciones publicitarias. Análisis de la jurisprudencia y de la doctrina del Jurado de Autocontrol de la Publicidad”, *Autocontrol*, núm. 59, pp. 24 y sigs.

51 Tal norma determina que “la publicidad no deberá contener ni explícita ni implícitamente referencias a los signos distintivos de otro anunciante, fuera de los casos legal o convencionalmente admitidos o de publicidad comparativa aceptable. Los anuncios tampoco deberán imitar el esquema general, texto, eslogan, signos distintivos, presentación visual, música, ni los efectos sonoros de otros anuncios, nacionales o extranjeros, aunque sean de campañas ya concluidas, de tal manera que induzcan a confusión a los destinatarios o signifiquen aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno. En la publicidad debe eludirse todo riesgo de confusión”.

52 En relación a esta sugerente cuestión, FERNANDO MAGARZO, M.R. (2008) “La protección de las creaciones publicitarias a través de la figura de la publicidad confusionista, en la doctrina del Jurado de la Publicidad”. En MACÍAS CASTILLO, A. y HERNÁNDEZ ROBLEDO, M.A. (Coords.), *El derecho de autor y las nuevas tecnologías. Reflexiones sobre la reciente reforma de la Ley de Propiedad Intelectual*, La Ley, Madrid, pp. 197-218.

que el bien y/o servicio que promociona se ponga en relación con el prestigio que ostenta otro operador en el mercado e incluso que pueda considerarse de aquél. En este último supuesto, de acuerdo con el art. 12 de la LCD, estamos ante un caso de explotación de la reputación ajena.

En todo caso, debe advertirse que en la publicidad no siempre está radicalmente prohibido el uso de signos distintivos ajenos. Existen ciertos casos en los que podría estar justificado como serían los anuncios de los empresarios dedicados a la venta de repuestos o accesorios de distintas marcas.

Antes de la modificación operada sobre la Ley 34/1988, de 11 de noviembre de 1988, General de publicidad –LGP- y la LCD, dada la inseguridad jurídica que imperaba, la doctrina⁵³ entendía que la modalidad publicitaria que examinamos debía tratarse como un acto de imitación publicitaria con cuatro subclasificaciones diversas: imitación confusionista, imitación por riesgo de asociación, imitación por aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno e imitación por aprovechamiento de la reputación ajena.

Respecto al comportamiento imitativo, debe precisarse que la emulación puede afectar tanto a los signos como a las prestaciones. Para poder llegar a saber si realmente estamos ante un comportamiento imitativo no es suficiente con examinar si los elementos están o no protegidos por un derecho de exclusiva, sino que el análisis debe ir más allá. Esto último supone que haya que valorar la función comunicativa establecida entre el anunciante y el receptor de la publicidad y, de esta manera, determinar si de tal comunicación se deriva un comportamiento desleal.

De todo cuanto hemos manifestado, puede colegirse que, para que el mercado funcione correctamente, las ofertas publicitarias deben estar correctamente diferenciadas y no dar lugar a confusión. Aunque tal extremo puede estar meridianamente claro, en materia de signos distintivos y de prestaciones, puede, no obstante, plantear algunos problemas respecto a las creaciones publicitarias. Sobre esta modalidad publicitaria ilícita se han tenido que pronunciar los jueces y tribunales nacionales, supranacionales⁵⁴ y los propios sistemas de autodisciplina⁵⁵. Como seguidamente veremos, en algunos casos, los supuestos confusionistas también tuvieron lugar en la Red.

53 OTERO LASTRES, J.M. (2007) "Otras modalidades de publicidad desleal: la imitación, la publicidad confusionista y la protección de las creaciones publicitarias", *Revista de Autocontrol de la Publicidad*, núm. 117, pp. 17-26; IRÁKULIS ARREGUI, N. y LEINENA MENDIZABAL, E. (2008) "Publicidad lícita y ética", *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 50, p. 109.

54 Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Primera) de las Comunidades Europeas de 12 de septiembre de 2007 as. *Koipe Corporación, S.L./Oficina de Armonización del Mercado Interior*.

55 Así, entre otras, la Resolución del Jurado de 5 de septiembre de 2007, caso "*Media Markt Saturn Administración España S.A.U. vs E. Leclerc*".

Se trata, por un lado, de la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Alicante de 12 de marzo de 2007 (JUR 2007/125754). En la resolución se puso de relieve que los demandados –Grupp Internacional S.A. y Panama Jack S.A.- utilizaron, sin autorización, la imagen, ilustraciones y contenidos de la obra “El Principito” -*Le Petit Prince*- y de la marca internacional 554362 para anunciar su colección de botas para niños mediante anuncios difundidos en revistas, carteles y en el sitio Web www.panama.es. El juez consideró que la publicidad reclamada era ilícita, pues se estaba aprovechando indebidamente del esfuerzo ajeno.

Por otro lado, debemos citar la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Madrid de 14 de marzo de 2007 (AC 2007/573). Respecto a la misma, cabe señalar que *Tecnitoys Juguetes S.A.* y *Winkler Internacional S.A.* demandaron a *Electrotren S.A.*, y *Hornby PLC* por competencia desleal. En efecto, las demandadas comercializaban en España el juego *Superslot* haciendo mención en su empaquetado, en la revista *Superclub Superslot* y en el sitio Web www.superslot.es de la marca *Scalextric*. Se consideró que tales actos suponían una violación de la marca *Scalextric* y un comportamiento desleal, dado que constituían un aprovechamiento indebido de la reputación y del prestigio ajeno.

3.3. La publicidad comparativa

Como previamente pusimos de manifiesto, la dimensión negativa del derecho sobre la marca se extiende al uso de un signo idéntico o confundible, por parte de un tercero, en la publicidad. En este sentido, el art. 34.1.c) de la Ley española 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas preceptúa que el titular de una marca registrada podrá prohibir que los terceros empleen un signo idéntico o confundible “en los documentos confundibles y en la publicidad”. Debe, a este respecto, repararse en que el *ius prohibendi* que ostenta el titular legítimo de la marca no podrá ejercitarse en un supuesto concreto que no es sino la publicidad comparativa. Ésta, de acuerdo con el art. 2.a) de la Directiva 2006/114/CE sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa, puede definirse como “toda publicidad que alude explícitamente o implícitamente a un competidor o a los bienes o servicios ofrecidos por un competidor⁵⁶”.

Según tuvimos ocasión de examinar, respecto a las modalidades publicitarias que pueden dar lugar a un riesgo de confusión entre los consumidores, el mencionado art. 20 de la LCD alude a la publicidad comparativa. Ahora bien, tal precepto no se refiere a los requisitos de licitud que debe observar la publicidad comparativa.

56 Debe reseñarse que en la LCD no existe definición al respecto, si bien se alude a la misma en los siguientes términos “comparación pública, incluida la publicidad comparativa, mediante una alusión explícita o implícita a un competidor”.

En efecto, los mismos son objeto de mención en el art. 10 de la LCD, en el que se suprime cualquier alusión expresa al riesgo de confusión⁵⁷.

La modalidad publicitaria que analizamos, insistimos, debe cumplir con determinados presupuestos⁵⁸. Estos últimos se enumeran en el art. 4⁵⁹ de la Directiva 2006/114/CE sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa que han sido incorporados al art. 10 de la LCD. Ahora bien, debe apuntarse que, en alguna ocasión⁶⁰, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas –TJCE- se ha planteado, si además de tales requisitos, debía exigirse la indispensabilidad, es decir, que en el anuncio comparativo sea indispensable el uso de la marca del competidor aludido. Dejando a un lado tal extremo, debe precisarse que la mayor parte de los presupuestos exigidos buscan evitar el engaño y la deslealtad en la comparación. Si no se respetaran, la publicidad será ilícita por engañosa o desleal, pero no por ser comparativa⁶¹.

En efecto, a nivel europeo, en la actualidad, resulta posible difundir publicidad comparativa en virtud de la cual se haga referencia a los productos de un competidor comparándolos con los propios. Existen, en todo caso, ciertos límites que esta modalidad publicitaria debe necesariamente observar, a saber: el engaño, la denigración⁶², la confusión o la indebida explotación de la reputación ajena.

Los elementos que caracterizan la publicidad comparativa son la confrontación pública, la referencia a uno o varios terceros, el objeto y la finalidad. La referencia realizada respecto a los competidores o a sus bienes o servicios puede efectuarse de manera explícita o implícita. En todo caso, debe ser susceptible de ser identificada por los receptores de la publicidad. Asimismo, debe indicarse que, a la hora de

57 No obstante, como apuntan TATO PLAZA, A. FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. y HERRERA PETRUS, C. (2010) *La reforma de la Ley de Competencia...*, cit., pp. 140 y 141, el régimen jurídico de la publicidad comparativa debería haberse tratado en un único precepto que, a su entender, tendría que haber sido el art. 10 de la LCD.

58 Resultan especialmente sugerentes, en la materia que comentamos, los considerandos decimotercero, decimocuarto y decimoquinto de la Directiva europea 97/55/CE, de 6 de octubre de 1997, **por la que se modifica la Directiva 84/450/CEE sobre publicidad engañosa, a fin de incluir en la misma la publicidad comparativa** que unificó, a nivel comunitario, el régimen jurídico de la publicidad comparativa. Repárese en que los citados considerandos coinciden con los del mismo número de la vigente Directiva europea 2006/114/CE.

59 Debe advertirse que cuatro de los ocho requisitos establecidos en el art. 4 de la Directiva 2006/114/CE, tienen como objeto la protección de la marca del competidor aludido en la publicidad comparativa. Son concretamente los subapartados d) –que no desacredite ni denigre-, f) –que no obtenga indebidamente ventaja de la reputación del competidor-, g) –que no presente un bien o un servicio como imitación o réplica de un bien o un servicio con una marca o un nombre comercial protegidos- y h) –que no dé lugar a confusión entre los comerciantes, entre el anunciante y un competidor o entre las marcas, los nombres comerciales, otros signos distintivos o los bienes o servicios del anunciante y los de algún competidor-.

60 Así, la STJCE de 12 de junio de 2008 en el asunto C-533/06, *O2 Holdin Limited, O2 (UK) Limited, Hutchison 3G UK Limited*. La doctrina presente en la misma es objeto de reiteración, entre otras, de la STJCE de 18 de junio de 2009 *L'Oréal SA, Lancôme parfums et beauté & Cie SNC, Laboratoire Garnier & Cie/Bellure NV, Malaika Investments Ltd*, en el asunto C-487/07.

61 DE LA CUESTA RUTE, J.M. (2002) *Curso de Derecho...*, cit., p. 200.

62 La publicidad comparativa resulta denigratoria si fundamenta la denigración en alegaciones que, aunque puedan ser ciertas, no son pertinentes. Por otro lado, la comparativa debe referirse siempre a los bienes y/o servicios.

enjuiciar la publicidad comparativa, ha de tenerse en consideración el lugar que los competidores, así como sus bienes y/o servicios ocupan en el mercado.

La mera alabanza de la oferta comercial⁶³ no debe considerarse publicidad comparativa, sino que tiene que existir una comparación de los bienes y/o servicios.

63 La misma ha de diferenciarse de la autocomparación que implica el contraste de los caracteres o condiciones actuales de la empresa o de sus bienes y/o servicios con los bienes y/o servicios previos. Nos encontramos, por tanto, ante un proceder que, a nuestro juicio, no debería ser valorado desde el prisma de la publicidad comparativa, sino de la publicidad engañosa. Sobre este tipo de comportamientos versa la resolución del Jurado de Autocontrol de la Publicidad de 16 de febrero de 2006, caso Bimbo S.A. vs. Panrico SA. ("Desafío Panrico").

