

1.6. Responsabilidad Civil

CONSIDERACIONES EN TORNO A LA PUBLICIDAD CONFUSIONISTA A LA LUZ DE LA LEY 29/2009, DE 30 DE DICIEMBRE, POR LA QUE SE MODIFICA EL RÉGIMEN LEGAL DE LA COMPETENCIA DESLEAL Y DE LA PUBLICIDAD PARA LA MEJORA DE LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS

por

LOURDES TEJEDOR MUÑOZ

*Profesora Titular de Derecho Civil UNED
Subdirectora del Departamento de Derecho Civil
Tesorera de IDADFE*

SUMARIO: I. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA PUBLICIDAD CONFUSIONISTA ANTES DE LA LEY 29/2009, DE 30 DE MAYO.—II. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA PUBLICIDAD CONFUSIONISTA EN LA LEGISLACIÓN ACTUAL.—III. SUPUESTOS JURISPRUDENCIALES.—IV. CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA.

I. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA PUBLICIDAD CONFUSIONISTA ANTES DE LA LEY 29/2009, DE 30 DE MAYO

En el presente comentario pretendemos analizar la actual regulación de la publicidad confusionista, a la que la Ley de Competencia Desleal dedica varios artículos y lo haremos partiendo de la base de que este tipo de publicidad ya estaba contemplada en nuestro ordenamiento, por lo que nos parece oportuno e interesante comenzar, recordando, qué se entendía por publicidad confusionista y cómo estaba regulada la cuestión antes de la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios. Posteriormente analizaremos cuál es el régimen vigente para, finalmente, analizar si la nueva regulación ha supuesto una mejora en la protección de los consumidores y usuarios, tal y como preconiza el título de la Ley.

Respecto a la primera cuestión, hay que señalar que se entendía por publicidad confusionista, la publicidad en la que se pretendía crear confusión entre la empresa anunciada, su actividad, prestaciones, nombres, marcas o signos distintivos, la denominación de origen o indicación geográfica y la de un competidor.

Respecto a la segunda cuestión, la publicidad confusionista venía contemplada, tanto en la Ley General de Publicidad como en la Ley de Competencia Desleal, según que la publicidad ilícita se produjera o no en el ámbito competencial, lo que significaba que sí existía una doble regulación de algunos supuestos de publicidad. La doctrina había puesto de manifiesto que en algunos extremos se producía una dualidad normativa que ocasionaba grandes disfunciones y hacía compleja la tarea interpretativa.

Debe observarse que, por una parte, en el apartado *b)* del artículo 6 de la Ley General de Publicidad, establecía que era publicidad desleal «la que induce a confusión con las empresas, actividades, productos, nombres, marcas u

otros signos distintivos de los competidores, así como la que haga uso injustificado de la denominación, siglas, marcas o distintivos de otras empresas o instituciones, o de las denominaciones de origen o indicaciones geográficas de otros productos competidores y, en general, la que sea contraria a las exigencias de la buena fe y a las normas de corrección y buenos usos mercantiles». Este tipo de publicidad era uno de los supuestos que agrupaba la Ley bajo la denominación de publicidad desleal.

Y, por otra parte, en la Ley de Competencia Desleal, artículo 6.1, se refería a los actos de confusión, también como comportamientos desleales, así se establecía que: «Se consideraba desleal todo comportamiento que resulte idóneo para crear confusión con la actividad, las prestaciones o el establecimiento ajenos. El riesgo de asociación por parte de los consumidores respecto de la procedencia de la prestación es suficiente para fundamentar la deslealtad de una práctica». Por tanto, en todo caso, en ambos textos, la publicidad confusionista podía encuadrarse como un comportamiento desleal.

Además, consideramos que podía incluirse en este tipo de publicidad los supuestos en los que se imite (1), por medio del mensaje publicitario, productos, nombres, marcas, signos distintivos de un competidor.

II. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA PUBLICIDAD CONFUSIONISTA EN LA LEGISLACIÓN ACTUAL

Centrándonos ya en la legislación vigente (2), como hemos adelantado, la última adaptación de la legislación española a la normativa de la Unión Europea, en materia de competencia desleal y publicidad para mejorar la protección de los consumidores y usuarios, se ha llevado a cabo por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre (3).

Son muchas e importantes las novedades que introduce (y excede del ámbito de este trabajo si quiera una rápida mención de todas ellas), por lo que limitándonos a las que se han producido en la Ley de Competencia Desleal, y más concretamente en la publicidad confusionista, brevemente, y en cuanto aquí nos interesa, debemos poner de relieve desde ahora, que pese a que la Ley señala que su ámbito de aplicación tiene como propósito la protección de la

(1) Vid., artículo 11 de la Ley de Competencia Desleal. Actos de imitación: «1. La imitación de prestaciones e iniciativas empresariales 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 ajeno. 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 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. Redacción de 1 de febrero de 1991.

(2) TATO PLAZA, A.: «Líneas generales de la reforma del Derecho español contra la competencia desleal. Parte I y I», en la *Revista Autocontrol*, núm. 149, febrero, págs. 7 a 14, y núm. 150, marzo, págs. 9 a 14, 2010.

(3) Traspone la Directiva 2005/29/CE, sobre prácticas desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores, y la Directiva 2006/114/CE, sobre publicidad engañosa y comparativa, que refunde las modificaciones de la Directiva 84/450/CE.

competencia en intereses de todos los que participan, en el mercado, tal y como establecen el nuevo artículo 1 de la Ley de Competencia Desleal al señalar que: «Esta ley tiene por objeto la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado, y a tal fin establece la prohibición de los actos de competencia desleal, incluida la publicidad ilícita en los términos de la Ley General de Publicidad», y el nuevo artículo 3.1 al disponer que: «La ley será de aplicación a los empresarios, profesionales (4) y a cualesquiera otras personas físicas o jurídicas que participen en el mercado», sus normas no siempre se van a aplicar uniformemente, así que, pese a esta afirmación que hace la Ley, y de lo que *a priori* parece, no establece un régimen unitario para proteger a todos los que participan en el mercado. Vamos a ver qué establece aparentemente diferentes criterios de deslealtad en función de los intereses lesionados se produzcan entre los empresarios o competidores o entre los empresarios y los consumidores. El legislador al intentar adecuar nuestro ordenamiento jurídico a las normas comunitarias ha introducido confusión en algunos extremos.

Antes de continuar, nos parece conveniente precisar dos conceptos básicos que se utilizan constantemente en el texto legal, y a los que curiosamente no se les presta suficiente atención, pese a ser pilares fundamentales en torno a los que gira la Ley, primero qué se entiende por prácticas comerciales y, segundo, qué se entiende por publicidad.

En lo que se refiere a las prácticas comerciales, el concepto no está en el propio texto legal de la Ley de Competencia Desleal, sino que hay que acudir a la Ley de Consumidores y Usuarios (5), así, el término de «práctica comercial»: Abarca todo acto, omisión, conducta, manifestación o comunicación comercial, incluidas la publicidad y la comercialización que lleve a cabo un comerciante y directamente relacionada con la promoción, la venta o el suministro de un producto a los consumidores, con independencia de que sea realizada antes, durante o después de una operación comercial. A la vista de esta definición, es fácil comprender que se trata de un término más amplio que el de publicidad, del que sin duda ésta forma parte.

Son desleales las prácticas que antes, durante o después de una transacción comercial, limitan la elección de los consumidores, y se consideran inaceptables con respecto al consumidor, de acuerdo con unos criterios específicos que se señalan en la propia normativa.

En cuanto al concepto de publicidad, hay que buscarlo, asimismo, fuera de la de Competencia Desleal, concretamente, en el artículo 2 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, que entiende por tal: «Toda forma de comunicación (6) realizada por una persona física o jurídica, pública o

(4) La modificación se limita a introducir, en el ámbito subjetivo de aplicación de la ley, la mención expresa a «los profesionales», si bien antes de la modificación por la Ley 39/20009, ya podían entenderse incluidos, dada la fórmula abierta, del precepto, al señalar que: «la Ley será de aplicación a los empresarios (a los profesionales se añade la redacción actual) y a cualesquiera otras personas físicas y jurídicas que participen en el mercado».

(5) Artículo 19 LGDCU.

(6) TEJEDOR MUÑOZ, L., Hemos advertido, en otro lugar, que debe «observarse que la Ley emplea para definirla una fórmula amplia, “toda forma de comunicación”, lo que debe considerarse un acierto, si se tiene en cuenta que las nuevas técnicas de comunicación permiten desarrollar cada vez más el fenómeno publicitario, apareciendo constantemente nuevos medios y soportes en los que apoyar la publicidad». «La publicidad engañosa, comparativa y prácticas comerciales desleales», en *Derecho Civil de la Unión Europea*, pág. 282; AA.VV., 4.^a ed., 2010, Madrid.

privada, en el ejercicio de una actividad comercial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones» (art. 2). Si bien, en este caso, la Ley de Competencia Desleal, en su nueva y única Disposición Adicional (7) utiliza la técnica de la remisión, al señalar que a los efectos de esta Ley se entiende por publicidad la así definida en la LGP.

Tras este breve paréntesis, a continuación procede detenerse en una de las novedades más significativas que introduce la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, que no es otra que se dedica un capítulo completo a regular los actos de competencia desleal que, afectando también a los competidores, se considera que sólo son susceptibles de perjudicar a sus destinatarios, cuando estos son consumidores y usuarios. En consecuencia, la Ley de Competencia Desleal se va a articular en torno a dos grandes categorías, los actos de competencia desleal contemplados en el capítulo II de la Ley y las prácticas comerciales con los consumidores y usuarios, que se agrupan en el capítulo III. Lo que va a hacer que en ocasiones la Ley obligue a diferenciar a quién va dirigida la práctica, para saber qué norma aplicar, ya que determinadas conductas, dependiendo de quién sean sus destinatarios, se van a calificar o no como prácticas comerciales desleales (8).

A continuación, de manera somera, cabe señalar que el capítulo II abre la regulación de los actos de competencia desleal, introduciendo un nuevo concepto de cláusula general prohibitiva de las prácticas comerciales desleales (9). En este sentido, debe resaltarse que una práctica es desleal si se dan los dos requisitos siguientes conjuntamente:

1. Comportamiento contrario a las exigencias de la buena fe (10).
2. Y que sea susceptible de distorsionar, o poder distorsionar (11) de manera sustancial el comportamiento económico del «consumidor

(7) Añadida por la Ley 29/2009.

(8) TATO PLAZA, A., Afirma que: «...la Directiva provoca una ruptura de la unidad estructural del Derecho contra la competencia desleal... Esta fragmentación del Derecho contra la competencia desleal ha merecido severos y justificados reproches. En primer término, rompe la unidad sistemática que hasta ahora había venido caracterizando al Derecho contra la competencia desleal. En segundo lugar, porque implica el sometimiento de determinadas prácticas a un doble régimen jurídico». «La Directiva Comunitaria sobre prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores», en la *Revista Autocontrol*, núm. 125, diciembre de 2007, pág. 21.

(9) Resulta de interés el análisis de la misma que hace GÓMEZ SEGADÉ, J. A., «La nueva cláusula general en la LCD», en la *Revista Autocontrol*, núm. 125, diciembre de 2007, págs. 14 a 18.

(10) El párrafo segundo del artículo 4.1 establece que: «En las relaciones con consumidores y usuarios se entenderá contrario a las exigencias de la buena fe: el comportamiento de un empresario o profesional contrario a la diligencia profesional, entendida ésta como el nivel de competencia y cuidados especiales que cabe esperar de un empresario conforme a las prácticas honestas del mercado, que distorsione o pueda distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio o del miembro medio del grupo destinatario de la práctica, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores».

(11) El párrafo segundo del artículo 4.1 señala que: «1. A los efectos de esta ley, se entiende por *comportamiento económico del consumidor* o usuario toda decisión por la que éste opta por actuar o por abstenerse de hacerlo en relación con:

- a) La selección de una oferta u oferente.
- b) La contratación de un bien o servicio, así como, en su caso, de qué manera y en qué condiciones contratarlo.

medio (12)» al que afecta o se dirige, o del «miembro medio del grupo», si se dirige a un grupo concreto de consumidores artículo 4.

Además, de la nueva cláusula general, la Ley tipifica también en el capítulo II, otros tipos de prácticas comerciales desleales, como los actos u omisiones engañosas y las prácticas comerciales agresivas. Pues bien, en la regulación de los actos desleales, vamos a ver cómo hay un régimen jurídico unitario, así ocurre en la cláusula general de represión de las prácticas comerciales desleales, con los actos u omisiones de engañosas y con las prácticas agresivas, que se regulan con independencia de que sus destinatarios sean consumidores o competidores. Se trata de unos mismos conceptos que se aplican independientemente de que estemos ante actos de competencia desleal o de prácticas desleales con los consumidores. Pero, bajo el título de actos de competencia desleal, quedan incluidos otros ilícitos desleales como los actos de confusión, que se van a someter a una doble regulación, en este sentido puede señalarse que la Ley de Competencia Desleal, por un lado, en el artículo 6, considera desleal: «...todo comportamiento que resulte idóneo para crear confusión con las actividades, las prestaciones o el establecimiento ajenos. El riesgo de asociación por parte de los consumidores respecto a la procedencia de la prestación es suficiente para fundamentar la deslealtad de una práctica».

Y, por otro lado, contempla los actos de imitación, en el artículo 11, que preceptúa 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 ajeno. 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».

Debe advertirse que el nuevo artículo 6 mantiene intacta su redacción anterior pese a que la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, señala que se modifican los artículos 6 (no llega a tener una nueva redacción) y 11 (no deja de ser llamativo que se modifica exclusivamente para añadir «profesionales», es decir, mantiene la misma redacción pero ahora en vez de referirse antes ex-

c) El pago del precio, total o parcial, o cualquier otra forma de pago.

d) La conservación del bien o servicio.

e) El ejercicio de los derechos contractuales en relación con los bienes y servicios.

Igualmente, a los efectos de esta ley, se entiende por distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio, utilizar una práctica comercial para mermar de manera apreciable su capacidad de adoptar una decisión con pleno conocimiento de causa, haciendo así que tome una decisión sobre su comportamiento económico que de otro modo no hubiera tomado.

2. Para la valoración de las conductas cuyos destinatarios sean consumidores, se tendrá en cuenta al consumidor medio».

(12) Una especial referencia al concepto del consumidor puede verse en TEJEDOR MUÑOZ, L., *op. cit.*, págs. 299 y 300.

clusivamente a «los empresarios», introduce el termino «profesionales»). La razón de esta regulación debemos buscarla en que el Proyecto de Ley 121-000026/2009, de 27 de mayo, suprimía el segundo párrafo del artículo 6, relativo al riesgo de asociación, y se pensó que en coherencia, debía hacerse lo mismo en el artículo 11 donde se eliminan por ello los riesgos de asociación, si bien debe observarse que en la tramitación de la Ley se consideró (enmienda 61), que el riesgo de asociación es distinto al riesgo de confusión, por lo que debía mantenerse. Dándose la siguiente justificación: Que *«si se reforzaba la protección de los consumidores, tal y como manda la Directiva, pero se debilitaba la protección de los titulares de las marcas, es decir, de los fabricantes, se producía un desequilibrio y una descompensación inadecuada para una Ley que regula el mercado. En conclusión, se afirmó que si desaparecía la regulación del riesgo de asociación de los artículos 6 y 11, una empresa titular de marcas y más aún si son notorias o renombradas, no podrán defenderse ante la copia desleal de un competidor, cuando no se haya probado la confusión, o aun siendo ésta probada, si además, se ha producido «asociación» con la marca anterior más conocida, tampoco podría defenderse en este aspecto. Añadir que para que el nuevo artículo 20 tenga sentido, el riesgo de asociación debe existir previamente en los artículos 6 y 11»* o, como señala la enmienda 63: *«...respecto de los actos de imitación, para que se pueda crear una asociación en el consumidor, tal y como establece el artículo 20, es preciso que dicha asociación se haya producido por una práctica desleal entre los operadores del mercado»*.

En consecuencia, se entendió por el legislador durante la tramitación parlamentaria, que no debía suprimirse de ninguno de los dos artículos el riesgo de asociación, por confusión o imitación, entre competidores, al considerarse que los competidores se debían poder defender ante la copia, imitación o la confusión desleal de otros competidores, y de este modo la regulación de estos artículos se hacía coherente con el contenido del nuevo artículo 20, sobre prácticas engañosas por confusión en los consumidores, en el que sí se incluía el riesgo de asociación. Pero parece que se le olvidó al legislador que ya quedaban tutelados o protegidos los consumidores, frente a la publicidad confusionista y el riesgo de asociación y de imitación, por los artículos 6 y 11, donde se hacía referencia expresa a los consumidores cuando se aludía al riesgo de asociación.

Bajo nuestro punto de vista, la técnica legislativa no es acertada. Se podían haber unificado los criterios (tal y como se ha hecho con los actos y omisiones engañosas y las prácticas agresivas que utilizan y aplican el mismo concepto independientemente de los destinatarios, mediante la remisión que a ellos se hace a través del art. 19 de la Ley de Contención Desleal, igualmente debería haberse hecho con los actos de confusión) y considerar desleales los actos de asociación, confusión e imitación, y prácticas comerciales desleales en relación con los consumidores, máxime cuando en ambos artículos, al aludirse al riesgo de asociación se hace referencia expresa a los consumidores cuando no puedan distinguir claramente que se encuentran ante productos y anunciantes diferentes o ante un aprovechamiento indebido de la reputación o el esfuerzo ajenos, sin embargo el legislador ha optado por regular los actos de confusión de forma reiterativa, en el capítulo III, cuando se trate de actos de competencia desleal que afectando a los competidores, se consideran que sólo son susceptibles de perjudicar a sus destinatarios cuando éstos son los consumidores o usuarios. En nuestra opinión, esta regulación hace que sea innecesario que el riesgo de asociación se vuelva a regular en el artículo 20.

Obsérvese, además, que hasta ahora no hay una mayor protección, en cuanto a la publicidad confusionsista, es más, no ha habido ningún cambio en la redacción de los citados preceptos, salvo la referida alusión a los profesionales.

Finalmente debe destacarse, también por su interés, que la publicidad confusionista se halla íntimamente ligada con el Derecho de Marcas (13) (Ley de Marcas 17/2001, de 7 de diciembre de 2001), las marcas y los signos distintivos son una categoría jurídica (14) que configura uno de los grandes campos

(13) Por su interés, debemos destacar la reciente sentencia de 18 de marzo de 2010, del Tribunal Supremo (recurso de casación 2478/2005) sobre la semejanza entre marcas y entre los servicios identificados con ellas y el riesgo de confusión en los consumidores sobre la procedencia empresarial de aquéllos. Recoge los criterios que permiten abordar el riesgo de confusión por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en busca de una interpretación uniforme de la Directiva 89/104/CEE, de 21 de septiembre de 1988, y señala que: «Debe entenderse que el riesgo de confusión consiste en que el público pueda creer que los productos o servicios identificados con los signos que se confrontan proceden de la misma empresa o, en su caso, de empresas vinculadas, dado que el riesgo de asociación no es una alternativa a aquél, sino que sirve para precisar su alcance —sentencia de dicho Tribunal de 22 de junio de 1999 (*TJCE* 1999/138), C-342/97, *Lloyd Schuhfabrik Meyer & Co. GmbH c. Klijsen Andel BV*, 17—. Por otro lado, el riesgo de confusión debe ser investigado a la vista de todos los factores del supuesto concreto que sean pertinentes —sentencias de 11 de noviembre de 1997 (*TJCE* 1997/232), C-251/95, *Sabel BV c. Puma AG, Rudolf Dassler Sport*, 22; de 22 de junio de 1999 (*TJCE* 1999/138), C-342/97, 18; de 22 de junio de 2000 (*TJCE* 2000/140), C-425/98, *Marca Mode CV c. Adidas AG y otra*, 40; de 10 de abril de 2008 (*TJCE* 2008/74), C-102/07, *Adidas AG y otra c. Marca Mode CV y otras*, 29—, tomando en consideración la impresión de conjunto producida por las marcas en el consumidor medio, que las percibe como un todo, sin detenerse a examinar sus diferentes detalles —sentencia de 11 de noviembre de 1997, C-251/95, 23—. Ello, sin embargo, no significa que, tratándose de marcas compuestas o de marcas mixtas, no pueda existir un elemento dominante en el que recaiga la mayor fuerza identificadora —sentencia de 11 de noviembre de 1997, C-251/95, 23—. Además, el riesgo de confusión, que es menor cuando la marca anterior no goza de especial notoriedad y contiene pocos elementos imaginarios, resulta tanto más elevado cuanto mayor sea la fuerza distintiva de aquélla —sentencias de 11 de noviembre de 1997, C-251/95, 23 y 25, y de 22 de junio de 1999, C-342/97, 20—. Por último, para averiguar la similitud entre los productos o servicios identificados con los signos confrontados se han de tener en cuenta todos los factores influyentes, como la naturaleza de los mismos, su destino y utilización... —sentencia de 29 de septiembre de 1998 (*TJCE* 1998/220), 39/97, *Canon Kabushiki Kaisha c. Metro-Goldwyn-Mayer Inc*, 23—. Doctrina que ya había sido recogida por la también reciente sentencia de 4 de marzo de 2010 (*RJ* 2010/1454), que analiza el caso de elaboración y venta de un huevo de chocolate que en el centro permite esconder un pequeño juguete y que incorpora a su envoltorio la palabra sorpresa. Considera que no hay riesgo de confusión entre la marca española e italiana.

(14) No obstante, la sentencia de 15 de diciembre de 2009, del Tribunal Supremo (*RJ* 2009/153), advierte que la Ley de Competencia Desleal, como viene reiterando esta Sala, no duplica la protección jurídica que otorga la normativa de propiedad industrial, y en concreto la que dispensa el sistema de marcas para tales signos distintivos, de modo que tiene carácter complementario [sentencias 13 (*RJ* 2006/4607) y 21 de junio (*RJ* 2006/4543) y 4 de septiembre de 2006 (*RJ* 2006/8547) y 17 de julio de 2007 (*RJ* 2007/5140)], pero no puede suplantarla y menos sustituirla [sentencia de 1 de abril de 2004 (*RJ* 2004/1964)] funcionando ante la inexistencia de unos derechos de exclusión («en lugar de») o bien más allá de los lindes objetivos y del contenido del correspondiente derecho de exclusión [sentencia de 20 de mayo de 2008 (*RJ* 2008/3158)].

Son muy numerosos los conflictos de marcas en el Derecho español, a modo de ejemplo, podemos citar la sentencia de 11 de julio de 2005, del Tribunal Supremo (*RJ*

de la propiedad industrial. Se podía haber aprovechado para regular este tema en la Ley de Marcas (15).

2005/109), en la que se consideró que no existía confusión y asociación entre las marcas en conflicto. En el recurso se planteó si existía un supuesto de publicidad confusionista entre las marcas Frigo (prioritaria) y Frigotel (aspirante), y si eran compatibles entre sí, al integrarse un elemento denominativo de la marca prioritaria en la formación de la marca aspirante, lo que podría producir un riesgo de asociación entre los consumidores sobre la procedencia empresarial común de los productos ofrecidos. Se desestimó el recurso, ya que como advierte la sentencia de 27 de noviembre de 2003 (*RJ* 2004/32): «el criterio prevalente que permite valorar la licitud de las marcas enfrentadas se expresa en el axioma de que no toda semejanza entre marcas es suficiente para declarar su incompatibilidad, sino sólo aquélla que suponga un riesgo de confusión en el mercado sobre los servicios de ambas, desde un examen de conjunto de todos los elementos integrantes de cada denominación confrontada sin descomponer su unidad fonética y gráfica... Debe recordarse la doctrina de esta Sala Contencioso-Administrativa del Tribunal Supremo, advertida en la sentencia de 12 de abril de 2002 [*RC* 553/1996 (*RJ* 2002/3225)], sobre los criterios jurídicos que presiden la valoración de la similitud o coincidencias entre marcas y los límites impuestos a esta Sala para modificar o alterar los hechos declarados probados por el Juzgador de instancia, por la naturaleza extraordinaria del recurso de casación. b) Que el análisis del riesgo de confusión ha de hacerse desde una perspectiva racional y lógica en la que se atienda, desde luego, al nivel medio de conocimientos culturales del público en general, razón por la que no cabe elevar a la categoría de decisivo el que pudiera resultar del examen rigurosamente gramatical y semántico de cada una de las sílabas o letras que compongan la denominación elegida. c) Que la existencia de semejanzas, coincidencias o similitudes, gráficas o fonéticas, así como la presencia del riesgo de confusión para el consumidor entre los diferentes distintivos constituyen otras tantas cuestiones de hecho que, en cada caso, deberán los tribunales de instancia apreciar a los efectos de aplicar el citado artículo 12 de la citada ley de marcas. La resolución administrativa no infringe el artículo 12.1.a) de la Ley de Marcas por no disociar el juicio de riesgo de confusión del juicio del riesgo de asociación. El riesgo de asociación, a que se refiere el artículo 12.1.a) de la Ley 32/1988, de 10 de noviembre, de Marcas, conforme es doctrina de esta Sala, no constituye un concepto jurídico autónomo desligado del examen valorativo de la identidad o semejanza fonética, gráfica o conceptual entre las marcas confrontadas, sino que se integra en el juicio de confundibilidad de las marcas, como variante o modalidad del riesgo de confusión indirecto, que impide que el consumidor pueda confundir el origen de las marcas atribuyéndolas a una misma empresa o a empresas vinculadas entre sí, al no poder caracterizarse de forma independiente en sentido no relativo al origen de la procedencia empresarial de la marca, que constituiría una reducción injustificada de la libre competencia».

(15) Tal y como indican LEMA DEvesa, C. y FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P., refiriéndose a la confusión a la que alude la Directiva: «la amplitud de los casos recogidos en la Directiva late en la utilización de la expresión “otras marcas distintivas”. En este sentido y pese a la defectuosa traducción al castellano, como pone de relieve MASSAGUER, queda clara la intención del legislador europeo de proteger —asimismo— del riesgo de confusión los signos distintivos no registrados como, por ejemplo, marcas y nombres comerciales, creaciones publicitarias, etc. Sin embargo, el lugar más adecuado tal vez hubiese sido una Directiva de marcas», opinión que compartimos. «Prácticas publicitarias engañosas», en la *Revista Autocontrol*, núm. 120, junio de 2007, pág. 14. Por su parte, TATO PLAZA, A., precisa que: «La Ley no define lo que ha de entenderse por riesgo de confusión, por lo que parece necesario acudir al Derecho de Marcas y definir el riesgo de confusión como el riesgo de que el público de los consumidores concluya que dos productos proceden de un mismo origen empresarial (riesgo de confusión en sentido estricto), o al menos de empresas vinculadas jurídica o económicamente entre sí (riesgo de asociación). Así definido, al apreciar la existencia de un riesgo de confusión debe prestarse atención singular a dos factores diversos: la proximidad competitiva entre los correspondientes productos o

Veamos ahora cómo están reguladas las prácticas comerciales con los consumidores y usuarios, como hemos adelantado, en el nuevo capítulo III, en concreto, el artículo 19, lleva por rubrica: «Prácticas comerciales desleales con los consumidores», versa sobre cuáles deberán encuadrarse bajo esta denominación, en este sentido establece que: «Sin perjuicio de lo establecido en los artículos 19 y 20 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, únicamente tendrán la consideración de prácticas comerciales desleales con los consumidores y usuarios, las previstas en este capítulo y en los artículos 4, 5, 7 y 8 de esta ley. 2. Las prácticas comerciales reguladas en los artículos 21 a 31, ambos inclusive son, en todo caso, y en cualquier circunstancia, prácticas comerciales desleales con los consumidores». Como ya hemos dejado apuntado, obsérvese que regula los actos de competencia desleal que, afectando también a los competidores, se consideran sólo susceptibles de perjudicar a sus destinatarios cuando éstos son consumidores y usuarios, es decir, su tipificación se hace, depender de los destinatarios.

Pues bien, el artículo 20, bajo el título de prácticas engañosas por confusión para los consumidores, reproduce el apartado 2.a) del artículo 6, de la Directiva 2005/29/CE, de prácticas comerciales de las empresas en sus relaciones con los consumidores (16), que considera engañosa: «toda práctica comercial que, en su contexto fáctico, y teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias, haga o pueda hacer que el consumidor medio tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado, y que suponga cualquier operación de comercialización de un producto, incluida la publicidad comparativa, que cree confusión con cualquier producto, marcas registradas, nombres comerciales u otras marcas distintivas de un competidor».

Pero insistimos que los consumidores se encontraban ya protegidos frente al riesgo de asociación, en el Derecho español en la normativa anterior (arts. 6 de la LCD y 6 LGP). Y que hubiera bastado con el oportuno ajuste para entenderlas incluidas bajo el ámbito del capítulo III.

Por otro lado, debe indicarse que aunque la Directiva no incluye expresamente el riesgo de asociación, el apartado 2.a) del artículo 6, en opinión de algunos autores, no debe llevar a excluirlo de su ámbito de aplicación, en este sentido, LEMA DEvesa y FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO (17) afirman que: «Conviene recordar que la figura del riesgo de asociación se incluyó en su momento para evitar una interpretación excesivamente estricta del riesgo de confusión, y en él se incluirían los supuestos de riesgo de confusión en sentido estricto y el riesgo de confusión en sentido amplio, manejados en la jurisprudencia de algunos ordenamientos europeos. Por tanto, el riesgo de asociación debe ser entendido como la posibilidad de que el público crea que los productos procedan de una misma empresa por tratarse del resultado de una ramificación en la producción o de que, aun procediendo de empresas distintas, existen círculos económicos, orgánicos o de otra índole entre ellas. De hecho, el Fundamento de la sentencia de 29 de septiembre de 1988, caso Canon. El TJCE sostuvo que «el riesgo de confusión comprende el riesgo de que el público

servicios, y la similitud entre éstos, su presentación comercial, sus signos distintivos, o su publicidad», en «Líneas generales...», pág. 12.

(16) Que centra su protección exclusivamente en la protección del interés de los consumidores, dejando fuera el interés de los competidores.

(17) LEMA DEvesa, C. y FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P., *op. cit.*, pág. 14.

pueda creer que los correspondientes productos o servicios preceden de la misma empresa o, en su caso, de empresas vinculadas económicamente».

En concreto, el artículo 20, bajo el título de *Prácticas engañosas por confusión para los consumidores*, establece que:

«En las relaciones con consumidores y usuarios, se reputan desleales aquellas 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. La confusión y el riesgo de asociación deben afectar al comportamiento económico del consumidor».

Realmente, lo que hace es duplicar la regulación de forma innecesaria, por lo que entendemos que es criticable; hubiera sido preferible considerar también prácticas comerciales desleales, en relación con los consumidores, las contempladas en los artículos 6 y 11 (publicidad confusionista e imitación) en el artículo 19. Por otro lado, añade cierta confusión, en la regulación, ya que al seguir a la Directiva 2005/29/CE, mezcla o enturbia los actos de engaño con los actos de confusión, cuando no son necesariamente lo mismo.

Por último, el artículo 25 reproduce una de las prácticas comerciales que la Directiva considera desleal en todo caso y en cualquier circunstancia, por estar incluida en la lista negra de prácticas comerciales prohibidas, en concreto en el Anexo I, número 13. En consecuencia, el artículo 25, sobre *Prácticas engañosas por confusión*, establece que: «Se reputa desleal por engaño promocionar un bien o servicio similar al comercializado por un determinado empresario o profesional para inducir de manera deliberada al consumidor o usuario a creer que el bien o servicio procede de este empresario o profesional, no siendo cierto». Entendemos que, en este caso, tanto la Directiva como la Ley de Competencia Desleal incluyen el riesgo de asociación.

Creemos que la nueva regulación sobre las prácticas engañosas por confusión, no protege más al consumidor, puede observarse que el artículo 25 exige que de manera deliberada el empresario induzca al consumidor al riesgo de confusión. Nos preguntamos para que tener que demostrar que el empresario induce deliberadamente al consumidor o usuario a creer que el bien o servicio procede de este empresario o profesional, no siendo cierto, cuando sin necesidad de hacerlo puede acudir a la regulación del artículo 20 y alegar que la publicidad es confusionista. Como señalaran LEMA DEVESA y FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO (18), en relación con el Anexo I de la Directiva: «la confección del listado provoca, *prima facie*, una impresión no muy favorable... Si bien, el objetivo inicial era, en el caso de las prácticas mencionadas en la lista, que no fuese necesario comprobar la concurrencia de los requisitos en que se funda el engaño, lo cierto es que la formulación de las prácticas mencionadas en el Anexo impide la efectividad del juicio de deslealtad automático. La utilización de expresiones, tales como «sin revelar la existencia de motivos razonables»... nos conducen preferentemente al ámbito del juicio de valor y no tanto al de los axiomas irrefutables».

(18) *Ibidem*, op. cit., págs. 14 y 15.

III. SUPUESTOS JURISPRUDENCIALES

Destacamos por su importancia la sentencia de 15 de diciembre de 2008 del Tribunal Supremo (*RJ* 2009/153), ya que recoge una nutrida doctrina dictada sobre el tema. En el caso objeto del recurso se plantea si la edición de un coleccionable de recetas naturales —remedios y consejos de otras generaciones por una Revista con el título «La Botica de Pronto»—, provocaba riesgo de asociación y aun de imitación, por haber realizado antes otro coleccionable también en virtud de un contrato, ya terminado, con la entidad que tenía un programa de televisión sobre el mismo tema, amparados por la marca «La Botica de la Abuela».

En cuanto al riesgo de asociación, a efectos de poder apreciar el ilícito competencial del artículo 6 LCD se rechaza, ya que tal y como afirma el Auto de la propia Sala de 14 de abril de 2000, en el riesgo de confusión queda comprendido el de asociación para, a continuación, referirse a la tutela del consumidor ante el riesgo de error sobre el origen empresarial, si bien en este supuesto quedó demostrado que no existió tal riesgo.

En cuanto a la posible infracción del artículo 11 de la Ley de Competencia Desleal, el motivo se desestima, al señalar: «a) Que la apreciación de la deslealtad sancionada en la norma debe ser objeto de interpretación restrictiva [sentencias de 13 de mayo de 2002 (*RJ* 2002/5594) y 30 de mayo de 2007 (*RJ* 2007/3607)] porque si bien las creaciones empresariales deben ser protegidas por el interés de sus creadores o titulares, de los consumidores y el interés en general, sin embargo nuestro ordenamiento jurídico establece como principio general el de libre imitabilidad (art. 11.1 LCD), que se halla integrado en el de libre competencia [sentencia de 17 de julio de 2007 (*RJ* 2007/5140)]; b) Para la apreciación del ilícito competencial del artículo 11.2 LCD, aparte de los requisitos generales de actuación en el mercado y finalidad concurrencial exigibles para todo acto desleal, se requiere que confluayan tres requisitos positivos, y la ausencia de dos circunstancias de índole negativa; c) El primer requisito positivo es la existencia de una «imitación», la cual consiste en la copia de un elemento o aspecto esencial, no accidental o accesorio, incidiendo sobre lo que se denomina «singularidad competitiva» o «peculiaridad concurrencial», que puede identificarse por un componente o por varios elementos (sentencia de 17 de julio de 2007); d) El segundo requisito hace referencia al objeto de protección, que suscita la diferencia de la figura típica del artículo 6 LCD. La doctrina de esta Sala viene entendiendo que el artículo 6 LCD se refiere a los signos, a las creaciones formales, a la presentación de los productos, mientras que el artículo 11 LCD lo hace a las creaciones materiales (técnicas, artísticas, estéticas y ornamentales), los productos, características propias de estos.

En tal sentido, sentencias de 9 de junio de 2003; 11 de mayo de 2004 (*RJ* 2004/2731), 7 de julio (*RJ* 2006/5383) y 22 de noviembre de 2006 (*RJ* 2007/37); 30 de mayo (*RJ* 2007/3607), 12 de junio (*RJ* 2007/3721), 10 y 17 de julio de 2007 (*RJ* 2007/5140); 5 de febrero de 2008 (*JUR* 2008/194770); aunque por la doctrina se ha apuntado la posibilidad de que en algún supuesto excepcional se solapen los preceptos; e) El tercer requisito de índole positiva consiste en la exigencia de «idoneidad para generar la asociación por parte de los consumidores respecto a la prestación». El riesgo de asociación debe entenderse (sentencia de 17 de julio de 2007) en un sentido amplio, comprensivo no sólo del riesgo de confusión indirecta en sus dos posibilidades de confusión de

procedencia empresarial o de existencia de relaciones económicas u orgánicas entre los empresarios, sino también de la confusión inmediata o directa que incide sobre la confundibilidad de productos, que no se identifican como distintos. Dice la reciente sentencia de 12 de junio de 2007 (*RJ* 2007/3721) que «es suficiente que se cree el riesgo y la probabilidad fundada del error en el consumidor acerca de que los productos proceden del empresario genuino (regla *a minori ad maius*), y, para apreciar el riesgo se habrá de tomar en cuenta, en el aspecto subjetivo, el tipo de consumidor medio, el que normalmente no se detiene en una minuciosa comparación o comprobación, o no se para en los pequeños detalles, y en el aspecto objetivo, la impresión visual del conjunto que revele la identidad o semejanza, en cuyo aspecto debe prevalecer el juicio de la instancia, siempre que la base fáctica no resulte desvirtuada mediante la apreciación de error en la valoración probatoria y el juicio jurídico, sobre la aplicación del concepto jurídico indeterminado a los hechos fijados, resulte “razonable y coherente”. Y señala la sentencia de 30 de marzo de 2007 que el conflicto debe resolverse desde la perspectiva del consumidor medio y con una visión de conjunto sintética [sentencias de 17 de octubre de 2000, 21 de junio (*RJ* 2006/4543) y 22 de noviembre de 2006 (*RJ* 2007/37)], lo que armoniza con la normativa de la Directiva 2005/29/CE, sobre prácticas comerciales desleales que, en su artículo 5.2.b) toma como referencia el consumidor medio al que afecta o al que se dirige la práctica, o al miembro medio del grupo, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo de consumidores [sentencia de 17 de julio de 2007 (*RJ* 2007/5140)]; f) El primer requisito de índole negativa —de exclusión del ilícito— es que la prestación o iniciativa empresarial ajena no esté amparada por un derecho de exclusiva reconocido por la Ley, y el segundo requisito negativo que no concurre la circunstancia de inevitabilidad del riesgo de asociación a que se refiere el párrafo segundo del artículo 11.2 LCD (*RCL* 1991/71)».

Por otro lado, considera que existe riesgo de confusión entre los consumidores respecto del origen empresarial o asociado de unos huevos de chocolate, al existir una presentación exterior con elementos gráficos y denominativos que pueden inducir a error sobre su procedencia empresarial, la sentencia de 4 de marzo de 2010 (*RJ* 2010/1454), cuando afirma que: «La Ley 3/1991, de competencia desleal, no tiene por misión proteger al titular del signo, aunque esté registrado, ni pretende exclusivamente resolver conflictos entre los competidores, como señala en su preámbulo, sino ser un instrumento de ordenación de conductas en el mercado. Por ello, los destinatarios de su protección son todos los que participan en él y el mercado mismo —art. 1. Dos— han sido los tipos de deslealtad concurrencial afirmados en la segunda instancia, dando por buenos los argumentos empleados por el órgano judicial de la primera: los descritos en los artículos 6 y 11, apartado 2, de aquélla. El artículo 6 de la Ley 3/1991, al mencionar como objeto de la confusión del consumidor «*la actividad, las prestaciones o el establecimiento ajenos*», se refiere a los medios de identificación o presentación de las prestaciones o establecimientos de un agente económico en el mercado. Mientras que el artículo 11 lo hace a la imitación de las iniciativas empresariales y de las prestaciones ajenas, entendidas éstas en el sentido de creaciones materiales [sentencias de 11 de mayo de 2004 (*RJ* 2004/2731) y 7 de julio de 2006 (*RJ* 2006/5383)]. Ello sentado, no tuvo en cuenta el Tribunal de apelación la distinción entre los productos elaborados por las sociedades litigantes —simples objetos de chocolate con una capa de crema de leche, con forma de huevo de gallina, hueco para contener

un juguete, y la presentación de los mismos, con la que se ofertan a los consumidores envueltos en un papel de cierta clase o dentro de una caja de determinado tamaño, uno y otra con letras y dibujos de colores—. De haber efectuado esa distinción, debería haber partido de la regla general contenida en el artículo 11, apartado 1, según la que la imitación de las prestaciones e iniciativas empresariales ajenas es libre, salvo que estén amparadas por un derecho de exclusiva, inexistente en el caso —en las sentencias italianas se menciona una patente caducada—. Así como de que la imitación de un huevo de gallina de chocolate ofrece pocas alternativas de diferenciación. Lo que no es intrascendente —a la vista de lo que dispone el párrafo segundo del apartado 2 del mismo artículo—. En resumen, atribuir la fuerza identificadora del origen empresarial del producto litigioso a su forma, a la capa interna de crema de leche que contiene o a la existencia de un juguete en el interior y no a la presentación exterior del huevo de chocolate y afirmar que son aquellos, no ésta, los factores que impiden el correcto funcionamiento del mercado por inducir a error a los consumidores sobre las respectivas procedencias empresariales, es algo que no resulta de los hechos considerados probados en la sentencia de segunda instancia ni en la de la primera, a la que aquella expresamente se remite No debió, por lo tanto, haber declarado el Tribunal de apelación, cometido el tipo de deslealtad que describe el artículo 11, apartado 2, de la Ley 3/1991. Por el contrario, la aplicación del artículo 6 de dicha Ley se apoya en un correcto entendimiento del objeto de la confusión —la presentación de los dos productos, tanto la individual como la referida a los grupos de seis y de la causa del mismo— la incorporación de elementos gráficos y denominativos aptos para hacer creer al consumidor, árbitro en la lucha en el mercado, erróneamente, que los repetidos huevos de chocolate tienen un origen empresarial idéntico o asociado».

Y el Auto de 9 de diciembre de 2008 del Tribunal Supremo (*RJ* 2009/2143), cuyo eje central gira en torno a si podía surgir confusión entre los personajes de dos conocidos anuncios publicitarios, el caso del capitán Pescanova y el capitán Frudesa (19). El Tribunal Supremo considera que no se da riesgo

(19) El Jurado de Autocontrol, en la Resolución de 14 de octubre de 1996, se pronunció y consideró que la similitud del producto anunciado, el carácter parecido del personaje portavoz y la semejanza cierta entre el Capitán y el Capitán Pescanova, tiende al confusiónismo por duplicidad conceptual. Posteriormente en recurso de alzada de 4 de noviembre de 1996, el jurado mantuvo el fallo y ratificó todos los extremos de la resolución, en la que afirma: «la idea de que un capitán de barco anuncie y recomiende el consumo de merluza, no puede, como tal, apropiársela nadie; pero el que el mensaje se polarice alrededor de su figura, que el lenguaje incida en expresiones coincidentes de dos capitanes, que el auditorio sean niños, que haya gestos casi idénticos en uno y otro capitán, en el ambiente de madre, mar, y barco, etc., supone, ciertamente, una imitación del esquema general del mensaje». Dicha resolución contaba con el voto disidente de dos de los miembros del Jurado, quienes afirman que: «la resolución recurrida... atribuye un monopolio sobre el empleo de una idea: la utilización de la figura de un capitán de pesca en una campaña de publicidad. A nuestro modo de ver, este concepto general no puede ser atribuido en exclusiva a una empresa... existen diferencias entre la expresión concreta del capitán de pesca que utilizaba publicidad Frudesa y el capitán de pesca que utiliza la publicidad Pescanova. En efecto, mientras que el capitán Frudesa es capitán, con aspecto de viejo lobo de mar (barba, uniforme de yate, aspecto tradicional) y el capitán Pescanova un hombre joven, moderno, ataviado con un chubasquero amarillo. En definitiva, la forma concreta de expresión de uno y otro capitán es distinta. Por otro lado, el esquema general del spot de Frudesa presenta

de confusión y afirma que: «basta examinar el escrito de interposición del recurso para comprobar cómo la sentencia impugnada no se opone a la jurisprudencia que se dice contradicha, pues el Tribunal de Apelación, una vez valorada la prueba practicada ha considerado que existen notables diferencias entre los spots publicitarios controvertidos, cuales son, esencialmente en cuanto al personaje, que el capitán Frudesa lo representa un marinero con gorra, uniforme y barba cana, mientras que al capitán Pescanova es un hombre joven ataviado con chubasquero o impermeable amarillo, y en cuanto a la historia narrada o su entorno, que mientras Frudesa la sitúa en unas compras en paraje polar, con presencia de un oso y donde aparece un capitán que dirige a los niños a descubrir un tesoro consistente en las varitas de merluza, en el anuncio de Pescanova, el capitán irrumpe en una cena doméstica y traslada a los niños a un barco pesquero faenando en la mar, considerando por todo ello que las diferencias identifican y distinguen los orígenes del producto común ofrecido (pescado congelado), y disipan suficientemente la posible y ulterior asociación y confusión al respecto por los consumidores adquirentes, quienes, en cambio, podrán advertir perfectamente en el mercado que diferentes empresas elaboran y venden pescado congelado y más concretamente varitas de merluza rebozadas y preparadas para su fritura, eligiendo el de una u otra (Frudesa o Pescanova) según sus particulares apetencias y la calidad que confieran al producto en función del prestigio que atribuyen a sus diferentes».

IV. CONCLUSIÓN

A la vista de lo expuesto, creemos que en algunos extremos, con la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, el legislador, al intentar adecuar nuestro ordenamiento jurídico a las normas comunitarias, ha introducido algunas incoherencias. Así establece aparentemente diferentes criterios de deslealtad en función de los intereses lesionados. Precisamente, una de las novedades más significativas que introduce la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, no es otra que dedicar un capítulo completo a regular los actos de competencia desleal que, afectando también a los competidores, se considera que sólo son susceptibles de perjudicar a sus destinatarios, cuando estos son consumidores y usuarios. En consecuencia, la Ley de Competencia Desleal se va a articular en torno a dos grandes categorías, los actos de competencia desleal contemplados en el capítulo II de la Ley y las prácticas comerciales con los consumidores y usuarios, que se agrupan en el capítulo III. Lo que va hacer que en ocasiones la Ley obligue a diferenciar a quién va dirigida la práctica, para saber qué norma aplicar, y que determinadas conductas, dependiendo de quién sean sus destinatarios, se van a calificar o no como prácticas comerciales desleales, así ocurre con los actos de confusión, que se van a someter a una doble regulación

diferencias singulares con respecto al de Pescanova. El primero se inicia con la escena habitual de compra de un ama de casa, acompañada de un grupo de niños a un paisaje polar, donde un oso es el protagonista. El capitán ayuda con su poder mágico a descubrir un tesoro que se encuentra en una goleta irreal: las barritas de merluza.

Por el contrario, el esquema del anuncio de Pescanova se inicia con una escena habitual del consumo del producto: la cena y la aparición del capitán, que introduce al niño en una historia real de pesca, que se desarrolla en el mar, a bordo de un auténtico barco de pesca y que permite mostrar los beneficios de las varitas de merluza anunciadas. En fin, entendemos que tampoco existe imitación de los textos de los spots publicitarios».

de forma innecesaria. En este punto, la nueva regulación no ha supuesto una mejora en la protección de los consumidores y usuarios, tal y como preconiza el título de la Ley.

V. BIBLIOGRAFÍA

- GÓMEZ SEGADÉ, J. A.: «La nueva cláusula general en la LCD», en la *Revista Autocontrol*, núm. 125, diciembre de 2007, págs. 14 a 18.
- LEMA DEvesa, C. y FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P.: «Prácticas publicitarias engañosas», en la *Revista Autocontrol*, núm. 120, junio de 2007, págs. 12 a 18.
- TATO PLAZA, A.: «Líneas generales de la reforma del Derecho español contra la competencia desleal, Partes I y II», en la *Revista Autocontrol*, núm. 149, febrero, págs. 7 a 14, y núm. 150, marzo, págs. 9 a 14, 2010.
- «La Directiva Comunitaria sobre prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores», en la *Revista Autocontrol*, núm. 125, diciembre de 2007, págs. 21 a 30.
- TEJEDOR MUÑOZ, L.: «La publicidad engañosa, comparativa y prácticas comerciales desleales», en *Derecho Civil de la Unión Europea*, pág. 282, AA.VV., 4.ª ed., 2010, Madrid.

RESUMEN

PUBLICIDAD CONFUSIONISTA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS

La publicidad confusionista es una práctica comercial que se utiliza por los competidores para crear en los consumidores confusión o riesgo de asociación con los bienes o servicios, marcas registradas, nombres comerciales u otras marcas distintivas de un competidor, siempre que sea susceptible de afectar al comportamiento de los consumidores y usuarios, llevándoles a realizar una compra que sin ella no hubieran realizado. Es decir, afectando a su comportamiento económico. Es una publicidad no permitida, pero que se da frecuentemente en la práctica. Existen diferentes cauces para luchar contra ella, uno de ellos es la responsabilidad extracontractual. En el presente comentario analizamos cuándo estamos ante un supuesto de práctica confusionista, y cuáles son los mecanismos que tiene el consumidor para combatirla cuando ha sido víctima de la misma.

ABSTRACT

CONFUSING ADVERTISING CONSUMER AND USER PROTECTION

Confusing advertising is a commercial practice that is used by competitors to sow in consumers a sense of confusion or risk of association with the goods or services, registered trademarks, trade names or other distinctive marks of a competitor. The practice is liable to affect consumers' and users' behaviour, leading them to make a purchase that they would not have made otherwise. In other words, it affects their economic behaviour. It is a type of advertising that is not allowed and yet frequently appears in practice. There are different channels for fighting it; one is extra-contractual liability. This commentary looks at how to identify confusing practices and what mechanisms a consumer has for fighting such practices when he has fallen victim to them.