



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

El criterio del consumidor medio en materia de marcas

Presentado por:

Lucía Herrero de Pablos

Tutelado por:

María del Mar Bustillo Sáiz

Valladolid, 12 de Julio de 2021

ÍNDICE:

1. RESUMEN/ ABSTRACT. PALABRAS CLAVE/ KEY WORDS.....	4
2. INTRODUCCIÓN.....	5
3. EL CONSUMIDOR.....	7
3.1 Ámbito nacional.....	6
3.1.1 Normativa	
3.1.2 Doctrina Jurisprudencial	
3.2 Ámbito comunitario	18
3.2.1 Evolución Normativa	
3.2.2 Definición del consumidor según la normativa europea	
4. EL CONSUMIDOR MEDIO.....	26
4.1 Concepto de consumidor medio.....	26
4.1.1 Sentencia Gut Springenheide	
4.1.2 Sentencia Clinique	
4.1.3 Sentencia Mars	
4.1.4 Sentencia Ter Voort	
4.1.5 Sentencia Esteé Lauder y Lancaster	
4.1.6 Sentencia Messi	
4.1.7 Síntesis	
4.2 Elementos del concepto de consumidor medio.....	41
4.2.1 La actitud	
4.2.2 Los conocimientos	
4.3 El consumidor medio en la actualidad.....	48
4.2.1 Normativa	
4.2.2 El consumidor vulnerable	

4.2.3 Directiva 2005/29/CE

4.2.4 Consumidor real

5.	EL CONSUMIDOR Y EL USUARIO INFORMADO	54
5.1	Normativa.....	54
5.2	Jurisprudencia	55
6.	LA MARCA	57
6.1	Ámbito Nacional.....	57
6.1.1	Evolución normativa	
6.1.2	Concepto de marca	
6.1.3	Funciones de la marca	
6.2	Ámbito Comunitario.....	64
6.2.1	Normativa comunitaria	
6.2.2	Funciones de la marca	
7.	CONCLUSIONES.....	67
8.	BIBLIOGRAFÍA.....	73

1. RESUMEN:

El consumo forma parte de nuestra vida cotidiana desde hace muchos años, pero muchas veces nos movemos en el mercado de manera automática sin pensar en las consecuencias de nuestros actos. Es por ello, por lo que la jurisprudencia se encarga de establecer criterios para facilitar la identificación de los sujetos que consumen en el mercado y la normativa que les ampara en función de las características de las partes contractuales y las operaciones comerciales que realicen. De esta manera se pretende fomentar la seguridad jurídica y las relaciones comerciales intracomunitarias. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha jugado un papel muy importante en cuanto a la creación del concepto de “consumidor medio” que se ha extendido de manera generalizada en todos los ámbitos y normativas. Para poder comprender todo esto, se deberá tener en cuenta la principal normativa y jurisprudencia que hay en torno a los consumidores y las marcas, para entender la relación entre ambos y poder concluir con una comprensión óptima y general sobre “los criterios del consumidor medio en materia de marcas”.

PALABRAS CLAVE: Consumidor, consumidor medio, jurisprudencia, marcas, protección, Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

ABSTRACT:

Consumption has been part of our daily life for many years, but we often move around the market automatically without thinking about the consequences of our actions. Furthermore, jurisprudence is responsible for establishing criteria to facilitate the identification of the subjects who consume in the market and the regulations that protect them according to the characteristics of the contractual parties and the commercial transactions they carry out. This is intended to promote legal certainty and intra-Community trade relations. The Court of Justice of the European Union has played a very important role in the creation of the concept of "average consumer" which has become widespread in all areas and regulations. In order to understand all this, we must take into account the main legislation and jurisprudence of consumers and brands, so as to understand the relationship between them and to be able to conclude with an optimal and general understanding of "the average consumer's brand criteria".

KEY WORDS: consumer, brands, protection.

2. INTRODUCCIÓN:

El consumidor es una figura compleja a la par que imprescindible para el funcionamiento de una sociedad como la nuestra. Es por ello, por lo que se ha manifestado su importancia desde hace mucho tiempo atrás, cuando se comenzaron a introducir nociones en torno a esta figura en los primeros textos legales para aportar una mayor seguridad jurídica al mercado.

La Unión Europea ha sido consciente de esta importancia y es por ello por lo que ha intentado homogeneizar lo máximo posible la normativa, características e ideas relativas a los consumidores europeos.

Gracias a la jurisprudencia comunitaria se ha podido elaborar un concepto de consumidor medio homogéneo que ayuda a los Tribunales Nacionales y al Tribunal de Justicia de la Unión Europea a distinguir aquellos casos en los que se puede poner en peligro la libertad de elección de consumo que tiene este sujeto por prácticas desleales del vendedor o múltiple casuística que se puede originar en torno a esta cuestión.

El hecho de que ya exista un concepto de consumidor medio, no significa que no se deba seguir evolucionando y adaptando la mencionada definición a la realidad actual en la que vivimos. Numerosos factores tales como la globalización, hacen que el mundo esté en constante cambio, y con él, el mercado y las personas que intervienen en el mismo, ya que se adaptan a las nuevas necesidades sociales, culturales y económicas del momento.

Por todo ello, debemos comprender que hay una gran diversidad de características y factores que influyen a los consumidores y hacen que estos sujetos no puedan constituir una categoría invariable, fija e inmutable. Sino que los conceptos que definen al consumidor, deberán estar en constante cambio y adaptarse a las circunstancias del momento. A veces el consumidor medio, normalmente informado, razonablemente atento y perspicaz, no será tan cauteloso, sino que será ser un consumidor “más real” e influenciable por una multitud de factores.

Por todo ello, el presente trabajo tiene el objetivo de ayudar al lector a conocer la creación jurisprudencial en torno a la figura del consumidor medio en materia de marcas. Para ello, analizaremos las evoluciones normativas que ha habido sobre los conceptos de consumidor, para tener una visión general de los profundos cambios que ha habido en torno a esta figura. Además, no podremos pasar por alto el importante labor del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y las Directivas comunitarias, puesto que han ayudado a unificar los conceptos y normativas en todos los Estados Miembros en cuanto a la protección y regulación de los consumidores europeos.

Asimismo, el presente trabajo tratará de extrapolar los conceptos existentes en torno al consumidor medio y adaptarlos a la realidad actual en la que vivimos. ¿Somos realmente responsables cuando consumimos?, ¿Prestamos atención a la información que nos facilitan los vendedores?. Todos estos interrogantes serán respondidos a lo largo del presente trabajo.

Por otra parte, se analizará el concepto de “usuario informado” existente en el en el Diseño Industrial, ya que presenta características parecidas a las que posee el consumidor y es interesante analizar a estas dos figuras conjuntamente.

Por último, destacaremos aquellos aspectos más significativos en torno a la normativa, funciones y características de los signos marcarios, siempre en relación con el consumidor. De esta manera, podremos concluir con una visión global en torno a las figuras del consumidor general, el consumidor medio, sus figuras análogas, la normativa que regula todo ello y la relación del consumidor con las Marcas.

3. EL CONSUMIDOR:

3.1 Ámbito nacional:

Las primeras menciones sobre la figura del consumidor medio se encuentran en la sentencia Gut Springenheide en el año 1998, pero la figura del consumidor ya existía desde hace muchos años atrás. Es por ello por lo que debemos comenzar el presente trabajo analizando las principales ideas y textos normativos en los que se desarrolla a este sujeto, como antecedente de la creación jurisprudencial en torno a la condición de “consumidor medio”.

3.1.1 Normativa:

Podemos llegar a comprender las funciones y características del consumidor medio a través de la normativa en la que se encuentra regulado este sujeto, así como analizando la evolución jurisprudencial que ha habido en torno a esta figura.

A continuación comenzaremos mencionando todos aquellos textos legales que nos puedan facilitar la comprensión del concepto que ha habido sobre el consumidor a lo largo del tiempo. La Ley 3/2014, de 17 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre tiene una gran importancia en cuanto a la protección y derechos de los consumidores, tanto es así, que se podría decir que este texto legal constituye la base sobre la que el resto de disposiciones normativas relativas a los derechos de los consumidores, se basan.

En el artículo tercero de la mencionada ley, se recoge un concepto general de consumidor y usuario, entendiendo a los mismos como: “aquellas personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión”.¹ Además, se menciona una idea que debemos tener en cuenta, ya que, también podrán tener

¹ Ley 3/2014, de 17 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, artículo 3..

la condición de consumidores las personas jurídicas y entidades sin personalidad jurídica, siempre y cuando actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.

Por lo tanto, partimos de la idea inicial de que un consumidor puede ser tanto una persona física como jurídica, el denominador común es que el sujeto siempre deberá actuar desde una perspectiva diferente a aquella que emplearía un profesional en el ejercicio de su actividad comercial o empresarial.

El artículo tercero de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios, como en todos los textos legales en los que se menciona a la figura de consumidor, contiene la frase: “a efectos de esta norma”, esto quiere decir que el concepto de consumidor está adaptado al tipo de normativa jurídica al que se vaya a aplicar.

Por lo tanto, cabe hacer una breve mención de los principales textos jurídicos de nuestro país que contienen aspectos relativos a la figura del consumidor para comprender la evolución normativa que ha habido en torno a esta figura:

- 1. Código de comercio:** uno de los textos normativos más antiguos en los que se comienza a hablar del consumidor es el Código de Comercio, pero la particularidad que encontramos en este texto legal es que no se regula la figura del consumidor de una forma explícita, porque en 1885 (fecha en la que se publica el Código de Comercio), no se pensaba que el consumidor fuera una figura tan relevante como para otorgarle de una protección específica.

El Código de comercio se limitaba a regular las instituciones privadas en las que el consumidor intervenía, otorgándole protección contractual frente al comerciante, pero no iba más allá porque se centraba en las relaciones jurídicas entre comerciantes. Además, en su artículo 326.1 establece claramente que: “No se reputarán mercantiles las compras de efectos destinados al consumo del comprador o de la persona por cuyo encargo se adquirieren.”² Con esta mención, hace referencia a la creación de leyes más específicas que regulen todas aquellas relaciones contractuales entre empresarios y consumidores.

² Código de Comercio de 22 de agosto de 1885.

2. **Código civil:** hay que contextualizar el momento en el que nuestro Código Civil fue creado (1889) ya que por aquel entonces, la sociedad española era predominantemente agraria. Por lo tanto, las únicas menciones que hay sobre el consumidor son desde la perspectiva general de la figura del comprador. Podemos citar en esta línea los artículos 1449 CC (habla sobre la igualdad contractual en la fijación de un precio justo), el artículo 1454 CC (igualdad en el contrato de arras), artículos 1461 y 1474 (obligaciones del vendedor de entrega y saneamiento), y por último, el artículo 1484 (que se encarga de otorgar una mayor protección al comprador no profesional frente a los defectos ocultos de la cosa comprada).³

3. **Ley 7/96 de quince de enero de ordenación del comercio minorista:** con esta ley se persigue el objetivo de mejorar el nivel de servicio a los consumidores y el establecimiento de buenas prácticas comerciales para producir un mejor comportamiento de todos los agentes del sector. Sin embargo, esta normativa no elabora un concepto específico sobre el consumidor, por lo que, se deberá atender al concepto recogido en la Ley General.

4. **Ley 7/98 de trece de abril sobre condiciones generales de la contratación:** este texto legal tiene el objetivo de equilibrar las posiciones jurídicas del consumidor con la figura del profesional, así señala en su exposición de motivos que: “ sólo cuando exista un consumidor frente a un profesional es cuando operan plenamente la lista de cláusulas contractuales abusivas recogidas en la Ley, en concreto, en la disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la defensa de consumidores y usuarios”.⁴

5. **Ley de enjuiciamiento civil:** en esta ley del siete de enero del 2000, el legislador se ocupa de regular aspectos más concretos relativos a la protección de los consumidores. En el artículo seis concede capacidad para ser parte a los grupos de consumidores o usuarios afectados por un hecho dañoso, también el artículo once concede legitimidad a las asociaciones de defensa de los consumidores y usuarios para defender los derechos e intereses de los mismos. Por otra parte, el artículo quince facilita la llamada a juicio de los perjudicados por haber sido consumidores. Por último cabe destacar los artículos setenta y ocho, 221 y 256, ya que contemplan

³ Código Civil de 24 de julio de 1889.

⁴ Ley 7/98 de 13 de abril sobre condiciones generales de la contratación.

situaciones en las que los consumidores serán tratados de una forma especial, otorgándoles una mayor protección⁵.

3.1.2 Doctrina Jurisprudencial:

- **Sentencia del TS 230/2019**

Para poder conocer las ideas jurisprudenciales en torno a la figura del consumidor, podemos comenzar analizando la sentencia del once de abril de 2019, número **230/2019** del Tribunal Supremo, puesto que en sus fundamentos de derecho delimita los **conceptos de comerciante y consumidor**.

En el presente caso, el contrato litigioso se firmó cuando estaba todavía vigente la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que entendía al consumidor como un destinatario final de bienes o servicios. Así lo establecía en su artículo primero, apartado segundo:

“A los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden.”

En el año 2007, se aprueba el Texto refundido de la ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Con esta ley se modifica el concepto del consumidor, sustituyendo el criterio del **“destinatario final”** por el de **“actividad profesional”**, tal y como establece el artículo tercero: “son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.”⁶ De esta manera el concepto se armoniza con las disposiciones recogidas en las Directivas Europeas.

Pero, en el presente caso, debemos tener en cuenta que aunque el contrato litigioso fue creado mientras seguía vigente la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa

⁵ Ley de 1/200, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

⁶ Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, artículo número 3 .

de los Consumidores y Usuarios, con el criterio de “destinatario final”. El concepto de consumidor deberá ser interpretado de conformidad con la jurisprudencia comunitaria, tal y como establece el principio de “primacía del Derecho de la Unión”, y la jurisprudencia comunitaria empleaba en todas sus sentencias el criterio de “actividad profesional” tal y como mencionamos a continuación.

El **principio de “primacía del Derecho de la Unión”**, lo podemos encontrar en numerosa jurisprudencia, por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Constitucional 75/2017, de diecinueve de junio de 2017, que menciona muchas situaciones en las que ha habido una vulneración del principio de primacía del Derecho de la Unión.

Este principio también lo encontramos recogido en la sentencia del Tribunal Constitucional **145/2012**, de dos de julio de 2012, en su apartado número cinco, página trece, cuando menciona que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha declarado en numerosas ocasiones lo siguiente:

“Los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros están obligados, con arreglo al art. 234 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea [art. 267 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea], a deducir las consecuencias de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, bien entendido sin embargo que los derechos que corresponden a los particulares no derivan de esta sentencia sino de las disposiciones mismas del Derecho comunitario que tienen efecto directo en el ordenamiento jurídico interno” .

En este sentido podemos citar muchas otras sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, tales como: sentencia del cinco de marzo de 1996, asuntos Brasserie du pêcheur y Factortame, C-46/93 y C-48/93, en su apartado noventa y cinco, o la sentencia del catorce de diciembre de 1982, Waterkeyn, asuntos acumulados 314/81, 315/81, 316/81 y 83/82, apartado dieciséis.

- **Sentencia del TJUE C-269/95**

Aunque el criterio en torno a la condición del consumidor se introdujo años más tarde, lo cierto es que la jurisprudencia comunitaria ya empleaba el criterio de la **“actividad profesional”**. El día tres de julio del año 1997, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictaba sentencia, asunto C-269/95 (**Benincasa**), en la cual se encarga de interpretar

disposiciones normativas del Convenio de 27 de septiembre de 1968 sobre la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

El TJUE establece que, aunque el artículo trece del Convenio defina al consumidor como aquella persona que actúa “para un uso que pudiere considerarse ajeno a su actividad profesional”⁷, esta definición deberá interpretarse de manera restrictiva, puesto que solo se deberá aplicar a aquellos casos en los que estemos hablando de un consumidor final privado, que no participe en actividades comerciales o profesionales⁸, tal y como se establece en la sentencia Shearson Lehman Hutton, entre otras.

Por lo que, para poder decidir si una persona actúa en calidad de consumidor o no, habrá que atender a la **relación contractual** que tenga el sujeto en un contrato determinado, en relación con la naturaleza y la finalidad de éste, y no a la situación subjetiva de dicha persona, de conformidad con el apartado decimosexto de la sentencia C-269/95.

Teniendo esto en cuenta, podemos destacar una primera idea en torno a la figura del consumidor, ya que, tal y como menciona el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la normativa protectora del consumidor por considerarlo como la parte contractual económicamente más débil, sólo entrará en aplicación en contratos celebrados para satisfacer las propias necesidades de consumo privado del individuo.

Además, la finalidad protectora de estas disposiciones normativas, no queda justificada en aquellos casos en los que estemos hablando de contratos cuyo objeto es una actividad profesional, “aunque ésta se prevea para un momento posterior, dado que el carácter futuro de una actividad no afecta en nada a su naturaleza profesional.”⁹.

Por otro lado, deberemos adaptar los conceptos de consumidor y vendedor al tipo de contrato del que estemos hablando, puesto que una misma persona podrá ser considerada como consumidor a unos efectos y como empresario a otros, por lo que, se

⁷ Convenio de 27 de septiembre de 1968 sobre la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, artículo trece.

⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de enero de 1993, asunto C-89/91.

⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de julio de 1997, asunto C-269/95, apartado diecisiete.

deberá atender a la **posición** que tenga el sujeto dentro de un contrato determinado, teniendo en cuenta el alcance y la finalidad del mismo.

- **Sentencia del TJUE C-464/01**

En el apartado treinta y seis de la sentencia de veinte de enero de 2005, asunto, C-464/01, **Gruber**, encontramos que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea menciona los mismos criterios que acabamos de ver en la sentencia Benincasa:

“El concepto de consumidor debe interpretarse de forma restrictiva, en relación con la posición de esta persona en un contrato determinado y con la naturaleza y la finalidad de éste, y no con la situación subjetiva de dicha persona, dado que una misma persona puede ser considerada consumidor respecto a ciertas operaciones y operador económico respecto a otras.”

“El Tribunal de Justicia infiere de lo anterior que sólo a los contratos celebrados fuera e independientemente de cualquier actividad o finalidad profesional, con el único objetivo de satisfacer las propias necesidades de consumo privado de un individuo, les es de aplicación el régimen específico establecido por dicho Convenio para la protección del consumidor como parte considerada económicamente más débil, mientras que esta protección no se justifica en el caso de contratos cuyo objeto consiste en una actividad profesional”¹⁰.

Tras analizar estas ideas, se puede llegar a la conclusión de que la normativa protectora, al analizarse de manera **restrictiva**, solo entrará en aplicación en aquellos contratos celebrados fuera e independientemente de actividades o finalidades profesionales, tanto actuales como futuras, porque cuanto una persona celebra un contrato para usos relacionados con su actividad profesional, debe considerarse que aquélla se encuentra en igualdad de condiciones con la otra persona que forma parte del contrato.

En el apartado diecinueve, el Tribunal reitera esta idea estableciendo que: “ el demandante que ha celebrado un contrato para el ejercicio de una actividad profesional no actual, sino futura, no puede considerarse consumidor”.¹¹

¹⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de enero de 2005, asunto, C-464/01, Gruber, apartado 36.

¹¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de julio de 1997, asunto C-269/95, apartado 19.

- **Sentencia del TJUE C-110/14**

Esta sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea del tres de septiembre de 2015, asunto C-110/14, **Costea**, la debemos destacar porque introduce una característica relativa a los **conocimientos del consumidor**. En su apartado veintiuno señala lo siguiente: “ el concepto de consumidor, en el sentido del artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13, tiene un carácter objetivo y es independiente de los conocimientos concretos que pueda tener la persona de que se trata, o de la información de que dicha persona realmente disponga.”

- **Sentencia del TJUE C- 498/16**

Para continuar con el análisis jurisprudencial de la figura del consumidor, hay que hacer una mención a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea del veinticinco de enero de 2018, asunto **C-498/16**, por ser esta la que contiene todos los **requisitos** que hemos estado mencionando y analizando anteriormente sobre el consumidor.

En su apartado veintinueve señala los criterios que hemos visto en la sentencia Benincasa C-269/95 :

“ El concepto de consumidor debe interpretarse de forma restrictiva, en relación con la posición de esta persona en un contrato determinado y con la naturaleza y la finalidad de éste, y no con la situación subjetiva de dicha persona, dado que una misma persona puede ser considerada consumidor respecto de ciertas operaciones y operador económico respecto de otras”¹².

En su apartado treinta, recoge atájelas características señaladas en la sentencia de Gruber C-464/01:

“Sólo a los contratos celebrados fuera e independientemente de cualquier actividad o finalidad profesional, con el único objetivo de satisfacer las propias necesidades de consumo privado de un individuo, les es de aplicación el régimen específico establecido por dicho Reglamento para la protección del consumidor como parte considerada económicamente más débil, mientras que esta protección no se justifica en el caso de contratos cuyo objeto consiste en una actividad profesional”¹³

¹² Sentencia del Tribunal de Justicia del 25 de enero de 2018, asunto C-498/16, apartado 29.

¹³ Ídem. Sentencia del Tribunal de Justicia del 25 de enero de 2018, asunto C-498/16, apartado 30.

También señala la característica relativa a la información que hemos mencionado anteriormente que recoge la sentencia Costea C-110/14:

“Dado que el concepto de consumidor se define por oposición al de operador económico y que es independiente de los conocimientos y de la información de que la persona de que se trate dispone realmente, ni la especialización que esa persona pueda alcanzar en el ámbito del que forman parte dichos servicios ni su implicación activa en la representación de los derechos e intereses de los usuarios de éstos le privan de la condición de consumidor”

Por último, también recoge aquel supuesto que se analiza en la Sentencia Gruber en el que una persona celebra un contrato que está **parcialmente relacionado con su actividad profesional** y, por lo tanto, no es completamente ajeno a ésta. El Tribunal de Justicia dice que en estos casos, el contratante podrá ampararse en las disposiciones especialmente protectoras solamente si “el vínculo de dicho contrato con la actividad profesional del interesado fuera tan tenue que pudiera considerarse marginal y, por tanto, sólo tuviera un papel insignificante en el contexto de la operación, considerada globalmente, respecto de la cual se hubiera celebrado el contrato.”¹⁴

Todos estos criterios que están resumidos en la sentencia asunto C-498/16, **Schrems**, se encuentran repetidos en muchas sentencias más, como por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de catorce de febrero de 2019, asunto C-630/17, *Anica Milivojevic v. Raiffeisenbank St. Stefan-Jagerberg- Wolfsberg eGen*, en sus artículos ochenta y seis y siguientes.

- **Sentencia del Tribunal Supremo 128/2014**

En el ámbito nacional podemos destacar numerosas sentencias que se basan en los requisitos elaborados por la jurisprudencia comunitaria. El criterio por el que se deberá atender a la **naturaleza objetiva** de la operación contractual más que la personalidad del contratante para distinguir si actúa como un consumidor. Lo encontramos recogido en el apartado tercero de la sentencia del Tribunal supremo **149/2014**, de 10 de marzo de 2014, cuando establece en su fundamento de derecho segundo que: “ la demandada no ostenta la condición de consumidor pues el **destino** del servicio contratado queda integrado,

¹⁴ Sentencia de 20 de enero de 2005, Gruber, C-464/01, apartado 39.

plenamente, en el marco de la actividad empresarial o profesional de prestación de servicios”¹⁵.

- **Sentencia del Tribunal Supremo 224/2017**

Esta sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril, explica qué se deberá hacer en aquellos casos en los que los consumidores intervengan en **contratos de doble finalidad**.

El problema que se plantea en estos casos es si se puede considerar consumidor a quien destina el bien o servicio a **fines mixtos**, es decir, a satisfacer necesidades personales, pero también a actividades comerciales o profesionales.

La **Directiva 2011/83/UE**, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, que modificó las Directivas 93/13/CEE y 1999/44/CE, en su considerando número diecisiete, establece lo siguiente:

“ La definición de consumidor debe incluir a las personas físicas que actúan fuera de su actividad comercial, empresa, oficio o profesión. No obstante, en el caso de los contratos con doble finalidad, si el contrato se celebra con un objeto en parte relacionado y en parte no relacionado con la actividad comercial de la persona y el objeto comercial es tan limitado que no predomina en el contexto general del contrato, dicha persona deberá ser considerada como consumidor.”

Por lo tanto, como no hay una norma en nuestro ordenamiento jurídico que resuelva esta cuestión, debemos atender al criterio interpretativo recogido en la mencionada Directiva. Este criterio ha sido desarrollado por la jurisprudencia comunitaria. Por ejemplo, en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 20 de enero de 2005, **asunto C-464/01**, se estableció que el contratante es consumidor si la finalidad comercial tiene un : “papel insignificante”¹⁶ en comparación con la finalidad de consumo privado. Por lo tanto, será necesario que concurren ambas características: que se actúe en un ámbito ajeno a la actividad comercial o empresarial, y que la finalidad comercial sea “insignificante”.

¹⁵ Sentencia del Tribunal supremo 149/2014, de 10 de marzo de 2014, fundamento de derecho segundo.

¹⁶ Palabras textuales de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 20 de enero de 2005, asunto C-464/01.

- **Sentencia del Tribunal Supremo 550/2019**

Para que no quepa duda en torno a esta cuestión, podemos mencionar la sentencia del Tribunal Supremo **550/2019** de dieciocho de octubre de 2019, ya que facilita la comprensión de los criterios que acabamos de mencionar.

En este litigio, un sujeto adquiere un préstamo en un entorno empresarial, como forma de desempeñar su actividad profesional, ya que con ese préstamo logró financiar la adquisición de un local sobre el que desarrollaría su profesión de fisioterapeuta. Por lo tanto, queda claro que el prestatario no deberá beneficiarse de la cualidad de consumidor, puesto que realiza el contrato con la finalidad de adquirir un local para su explotación comercial, en el marco de su actividad empresarial.

Además, hay que destacar la idea que menciona el Tribunal de que la condición de consumidor se deberá tener en el **momento de celebrar el contrato**: “son irrelevantes los avatares posteriores a la suscripción del préstamo, pues lo importante es que se tenga la condición de consumidor cuando se celebra el contrato.”

Por la tanto, la doctrina jurisprudencial establece que se deberá atender a la **finalidad del contrato**, en este caso, de crédito, para determinar si la persona mantiene su condición de consumidor o no. Si el contrato atiende a finalidades de consumo privado mantendrá la condición de consumidor. Sin embargo, si la persona establece el contrato para fines relacionados con su actividad profesional, el sujeto perderá su condición de consumidor.

Esta idea está muy relacionada con la doctrina del Tribunal Supremo en torno al **“ánimo de lucro”** que puede tener el consumidor a la hora de adquirir un bien o servicio, ya que este factor no tiene porque excluir la condición de consumidor de una persona física.

- **Sentencia del Tribunal Supremo 683/2017**

En la sentencia del Tribunal Supremo **683/2017**, de 18 de Diciembre de 2017, se habla sobre la **finalidad lucrativa** del consumidor. Porque el contrato litigioso que se analiza en la mencionada sentencia prevé la posibilidad de reventa, por lo tanto, introduce el interrogante de “ si es posible una actuación, en un ámbito ajeno a una actividad empresarial

o profesional, que se realice con ánimo de lucro.”¹⁷. El Tribunal señala la compatibilidad entre el ánimo de lucro y mantener la condición de consumidor, porque si atendemos a la literalidad del artículo tercero del TRLGCU, el sujeto deberá actuar en un ámbito “ ajeno a una actividad empresarial”, pero no impone ningún requisito o condición en cuanto a la finalidad de la operación que realice el consumidor.

Por otra parte, la jurisprudencia se encarga de distinguir el ánimo de lucro de la persona física de la persona jurídica, puesto que en el segundo caso, el ánimo de lucro sí excluye la condición de consumidor sobre la persona jurídica.

El límite que se ha establecido para determinar si el ánimo de lucro excluye la condición de consumidor en la persona física es la **regularidad**, ya que si “realizar varias de esas operaciones asiduamente en un período corto de tiempo, podría considerarse que, con tales actos, realiza una actividad empresarial o profesional, dado que la habitualidad es una de las características de la cualidad legal de empresario”¹⁸

- **Sentencia del Tribunal Supremo 356/2018.**

La sentencia del Tribunal Supremo del trece de junio de 2018, asunto **356/2018** reitera que no es incompatible tener la cualidad legal de consumidor y actuar con ánimo de lucro sobre las operaciones comerciales, puesto que el Tribunal señala que lo importante no es que el consumidor realice un operación con ánimo de lucro, sino que se deberá atender a si ha realizado la mencionada operación como “operador económico, en un ámbito profesional”¹⁹.

- **Sentencia del TJUE C- 412/06**

La jurisprudencia comunitaria también contempla la posibilidad de que los consumidores tengan una intención lucrativa sobre aquello que consumen. Por ejemplo, en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea del día diez de abril del 2008, asunto C-412/06, **Hamilton**, la demandante celebró “un contrato de crédito para financiar la

¹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo del 18 de Diciembre de 2017, asunto 683/2017,

¹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de Diciembre de 2017, asunto 1312/2016.

¹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 2018, asunto 356/2018.

adquisición de participaciones en un fondo de inversión inmobiliaria” y el Tribunal se encargó de enumerar los requisitos sobre el derecho de desistimiento que tienen los consumidores de conformidad con la normativa comunitaria. Sobre esta cuestión también podemos mencionar a la sentencia de veinticinco de octubre del año 2005, C-350/03, asunto Schulte, sobre un contrato de inversión.

3.2 Ámbito comunitario:

Debemos tener en cuenta la principal normativa y jurisprudencia existente en torno a la figura del consumidor a nivel europeo. De esta manera podremos comprender la orientación jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en cuanto a la creación del concepto de “consumidor medio”. Además, la Unión Europea siempre ha dado una especial importancia a la regulación de manera más o menos homogénea de los derechos y deberes de los consumidores y vendedores europeos, para facilitar la seguridad jurídica en el mercado comunitario.

3.2.1 Evolución normativa :

La Unión Europea ha creado numerosa normativa sobre la protección del consumidor en las dos últimas décadas. El diseño de esta política legislativa se remonta a los años setenta del siglo pasado, donde, a través de Directivas, se pretendía unificar las legislaciones de los Estados Miembros, con el objetivo de poder alcanzar un mercado único europeo.²⁰

Este proceso comienza con la Directiva 84/450/CEE del Consejo, de 10 de septiembre de 1984, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de publicidad engañosa.²¹ A partir de aquí, comienza un proceso de evolución comunitaria, relativa a la protección de los consumidores, que podemos dividir en periodos o fases:

²⁰ REYES LÓPEZ, MJ: “Derecho privado de consumo”, Tirant lo blanch, 2005. (Pág 45).

²¹ Directiva 84/450/CEE del Consejo, de 10 de septiembre de 1984.

Durante la **primera fase**, que podemos contextualizar desde el año 1957 hasta 1972, la Unión Europea no prestó especial importancia a la protección del consumidor, ya que había un sistema caracterizado por la libre competencia y la mejora de políticas sociales en general, no enfocadas de manera exclusiva a los consumidores y su posición de vulnerabilidad con respecto a determinadas marcas.

En **segundo lugar**, hay que tener en cuenta que desde la Cumbre de París que se celebró durante el mes de octubre de 1972, los derechos del consumidor cobraron una gran importancia y se empezaron a recoger por escrito, tal y como podemos destacar en la Resolución del Consejo de 14 de abril de 1975 sobre el programa preliminar de la Comunidad Económica Europea para una política de protección e información de los consumidores.²² Además, a través de otra Resolución del Consejo del día 19 de mayo de 1981, se estableció un segundo programa de la Comunidad Económica Europea para una política de protección e información a los consumidores, con el objetivo de poner en aplicación los objetivos recogidos en el primer programa y facilitar el diálogo entre los consumidores y los productores o distribuidores. Por lo tanto, esta fase comienza en el año 1972 y termina en 1984.

La **tercera fase** está caracterizada por la emisión de Directivas comunitarias que se encargan de consolidar los derechos de los consumidores que se han ido reconociendo poco a poco. Durante este periodo de tiempo se aumenta la política de protección de los consumidores y se originan grandes reformas en el marco de la Unión Europea como consecuencia del Tratado de Maastricht de 1992 y el Tratado de Ámsterdam de 1997.

Por último lugar, podemos hablar de una **última fase** que comienza en el año 2001 y prosigue hasta nuestros días. Esta etapa está caracterizada por la reelaboración y sistematización de las normas relativas al consumo con el objetivo de poder alcanzar un mercado único con un Derecho más homogéneo para todos los países.²³ Durante este periodo de tiempo, destacamos dos textos normativos de gran importancia: la Comunicación de la Comisión europea sobre Derecho contractual europeo, de 11 de julio

²² Resolución del Consejo (UE) de 14 de abril de 1975: “programa preliminar de la Comunidad Económica Europea para una política de protección e información de los consumidores.”

²³ REYES LÓPEZ, MJ: “Derecho privado de consumo”, Tirant lo blanch, 2005. (Pág 45) .

de 2001²⁴ y el Libro Verde sobre la protección de los consumidores en la Unión Europea del 2 de octubre de 2001²⁵, con el objetivo de armonizar la protección que se le van a dar a los consumidores a nivel europeo.

Durante esta última fase se persiguen tres objetivos principalmente:

1. Simplificar, actualizar y unificar las Directivas relativas a los consumidores que se han creado y pueden originar inseguridad jurídica como consecuencia de un exceso de legislación sobre esta materia. En este sentido, destacamos las ideas recogidas en la Comunicación de la Comisión “Estrategia en materia de política de los consumidores”.²⁶
2. Crear un régimen general comunitario para poder regular de manera homogénea el Derecho de obligaciones y contratos. Así se podrá establecer un punto de partida común para la regulación de las relaciones contractuales en las que interviene el consumidor.
3. Facilitar la comunicación entre consumidores y empresarios de otros países y así establecer un mercado común en el que se realizan operaciones transfronterizas entre consumidores y empresarios europeos.

3.2.2 Definición del consumidor según la normativa europea:

Una vez desarrollada la evolución normativa relativa a la protección del consumidor, debemos mencionar las principales definiciones recogidas en las Directivas creadas durante este largo proceso. Con el objetivo de extraer las características comunes recogidas en todas ellas y concluir con una definición general sobre la figura del consumidor.

²⁴ Comunicación de la Comisión europea sobre Derecho contractual europeo, de 11 de julio de 2001. COM (2001) 398 final.

²⁵ Libro Verde sobre la protección de los consumidores en la Unión Europea. de 2 de octubre de 2001. COM (2001) 531.

²⁶ Comunicación de la Comisión: “Estrategia en materia de política de los consumidores” de 7 de mayo de 2002. COM (2002), 208 final.

En primer lugar, debemos tener en cuenta el artículo segundo de la Directiva 85/577/CEE, del Consejo de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en los contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales. Este artículo se encarga de diferenciar al consumidor del comerciante, y define al consumidor como : “ toda persona física que, para las transacciones amparadas por la presente Directiva, actúe para un uso que pueda considerarse como ajeno a su actividad profesional”.²⁷

Además, un año más tarde, se recoge otra definición del consumidor en la Directiva 87/102/CEE, del Consejo de 22 de Diciembre de 1986, sobre materia de crédito al consumo. En su artículo 1.2 a) establece una definición del consumidor: “la persona física que, en las operaciones reguladas por la presente Directiva, actúa con fines que puedan considerarse al margen de su oficio o profesión”²⁸

En el artículo 2, apartado b), de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, o podemos encontrar la definición de consumidor que han empleado en este caso: “toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional”.²⁹

Posteriormente, en la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 97/7/CE, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia, se define al consumidor en su artículo 2 como: “ toda persona física que, en los contratos contemplados en la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional”³⁰

Unos meses después, se vuelve a mencionar el concepto de consumidor en la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 98/6/CE, de 16 de febrero de 1998, que habla sobre la protección de los consumidores en materia de indicación de precios de los

²⁷ Directiva 85/577/CEE del Consejo de 20 de diciembre de 1985: “ protección de los consumidores en los contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales”, artículo 2.

²⁸ Directiva 87/102/CEE, del Consejo de 22 de diciembre de 1986, artículo 1.

²⁹ Directiva 93/13/CEE, del Consejo de 5 de abril de 1993, artículo 2.

³⁰ Directiva 97/7/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 1997, artículo 2.2.

productos ofrecidos en el mercado, en su artículo 2, e): “: cualquier persona física que compre un producto con fines ajenos a su actividad comercial o profesional.”³¹

Un año más tarde, en el artículo 1.2 de la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y el Consejo de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, vuelve a hacerse mención sobre la definición de consumidor: “ toda persona física que, en los contratos a que se refiere la presente Directiva, actúa con fines que no entran en el marco de su actividad profesional”.

También, en la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior. Define al consumidor en su artículo 2 e) como “: cualquier persona física que actúa con un propósito ajeno a su actividad económica, negocio o profesión”.

La Directiva 2002/65/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, y por la que se modifica la directiva 90/619/C e del Consejo y las directivas 97/27/CE y 98/27/CE. Establece una definición de consumidor en su artículo 2: “ toda persona física que, en los contratos a distancia, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial o profesional”.

En la Directiva 2005/29/CE, sobre las prácticas comerciales desleales, que se encarga de proteger: “los intereses económicos de los consumidores frente a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores”, tal y como indica en el apartado octavo de las consideraciones previas. Encontramos otra definición de la figura del consumidor en el apartado a) de su artículo segundo: “ es consumidor cualquier persona física que, en las prácticas comerciales contempladas por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad económica, negocio, oficio o profesión.”³²

³¹ Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 98/6/CE, de 16 de febrero de 1998, artículo 2 e).

³² Directiva 2005/29/CE, sobre las prácticas comerciales desleales, artículo 2, a)

Por último, destacar la definición recogida en el artículo 2 de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. Se define al consumidor como: “toda persona física que, en contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión”³³.

Además, cabe mencionar el párrafo relativo a las consideraciones previas que hay que tener a la hora de interpretar la presente Directiva, puesto que en el apartado décimo séptimo, hace unas consideraciones relativas al consumidor:

“La definición de consumidor debe incluir a las personas físicas que actúan fuera de su actividad comercial, empresa, oficio o profesión. No obstante, en el caso de los contratos con doble finalidad, si el contrato se celebra con un objeto en parte relacionado y en parte no relacionado con la actividad comercial de la persona y el objeto comercial es tan limitado que no predomina en el contexto general del contrato, dicha persona deberá ser considerada como consumidor.”

Como se ha podido comprobar, no existe un concepto uniforme de consumidor. Sino que hay un conjunto de definiciones con características comunes que podemos extraer para elaborar una definición común, para Luis González Vaqué el concepto de consumidor comprende a “toda persona física, no profesional, que adquiere bienes o servicios para su consumo final, con objeto de satisfacer necesidades personales o familiares”³⁴.
(GONZALEZ VAQUÉ)

El concepto que contiene el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, procede de las mencionadas Directivas, por eso es

³³ Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. Artículo 2.

³⁴ GONZALEZ VAQUÉ, L: “La noción de consumidor medio según la jurisprudencia del tribunal de justicia de las comunidades europeas”. (Pág 53).

importante que las hayamos analizado brevemente, para comprender el concepto actual de la figura del consumidor: “ personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Y aquellas personas jurídicas y entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.”³⁵

³⁵ Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, artículo tres.

4 EL CONSUMIDOR MEDIO:

4.1 Concepto de consumidor medio:

Ahora que ya hemos elaborado una definición general sobre la idea del consumidor, a continuación, debemos analizar el concepto de “consumidor medio” al que ha llegado la jurisprudencia comunitaria y podremos observar que comparte muchas de las características anteriormente analizadas en torno a la figura del consumidor general.

Podemos tomar de punto de partida la definición de consumidor que se emplea en la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre las alegaciones nutricionales y de propiedades saludables en los alimentos del año 2003. Puesto que se describe la noción y características del consumidor medio en el apartado 17 de su exposición de motivos:

“(…) Se sostiene a menudo que los consumidores no siempre comprenden bien la información presentada en los alimentos. Por tanto, deben examinarse con mucho detenimiento las maneras en que se transmitirá la información. Una alegación que no se comprende es completamente inútil, mientras que una alegación que se comprende erróneamente podría incluso inducir a engaño. Es de capital importancia que los consumidores comprendan las alegaciones, y se han efectuado debates sobre el **consumidor «representativo» o «medio»** para el que estas alegaciones deberían ser comprensibles. (...) La redacción, los logotipos y las imágenes que se utilizan para afirmar o implicar una alegación, al igual que las recomendaciones de un producto, desempeñan papeles importantes en la manera en que el consumidor percibe y comprende las alegaciones”³⁶.

Además, elabora una definición propia del consumidor medio en su artículo 2, apartado 8: “ Se entenderá por «consumidor medio» el consumidor que esté razonablemente bien informado y sea razonablemente observador y prudente.”

Pero el concepto mencionado en el presente texto normativo ha sido fruto de un largo proceso de creación jurisprudencial, que ha elaborado la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, para identificar la publicidad engañosa en los productos o

³⁶ Reglamento (UE). Bruselas, 16/07/2003 COM (2003) 424 final.

servicios ofrecidos en el mercado, así como el carácter distintivo o descriptivo de las marcas.³⁷ (GONZALEZ VAQUÉ)

4.1.1 Sentencia Gut Springenheide:

Para entender la jurisprudencia relativa a la creación del concepto de consumidor medio, debemos de empezar analizando la sentencia del Tribunal de Justicia del 16 de julio de 1998, en el asunto C-210/96, también conocida como “Gut Springenheide GmbH”.

- **Antecedentes:**

Gut Springenheide se encarga de la comercialización de huevos en cuyo embalaje viene la siguiente frase: “10 huevos frescos, 6 cereales” porque, tal y como la empresa indica, el 60% del alimento que reciben sus gallinas está compuesto por “6 tipos de cereales” que mencionan en el embalaje de los mismos.

La inspección alimentaria se encargó de manifestar a la mencionada sociedad que suprimiera las afirmaciones contenidas en el embalaje de los huevos e impuso una multa a su gerente “El Seór Tusky”.

Ante esta infracción administrativa, los dueños de la empresa ejercitaron acciones para mostrar su desacuerdo con estas medidas restrictivas. Pero la sentencia que se dictó como respuesta a las acciones ejercidas fue desestimatoria. El juez alegó que el objeto del litigio infringía el artículo 17.1 del Código alimentario alemán relativo a la prohibición de las “menciones engañosas” como lo eran las contenidas en el embalaje de los huevos de la empresa objeto del litigio.

El tribunal de apelación reiteró el argumento recogido en la sentencia sobre la que los dueños de la empresa opusieron el recurso de apelación. Este argumento viene a decir: “ que la mención contenida en el embalaje de los huevos puede inducir a error a una parte importante de compradores en la medida en que sugieren, sin ser cierto, que la

³⁷ GONZALEZ VAQUÉ, L: “La noción de consumidor medio según la jurisprudencia del tribunal de justicia de las comunidades europeas”

alimentación de las gallinas únicamente contiene los seis cereales indicados y que los huevos ofrecen cualidades especiales”³⁸.

Contra esta sentencia, Gut Springenheide y el Señor Tusky, interpusieron el Recurso que en nuestro ordenamiento jurídico conoceríamos como “Casación”, alegando que la información contenida en los embalajes era necesaria para informar sobre las cualidades del producto ofertado. Por otra parte, también consideraban que faltaba una justificación efectiva que demostrara la relación de causalidad entre las afirmaciones contenidas en sus embalajes y la confusión generada en el comprador que alega el Tribunal que se produce.

- **Cuestiones prejudiciales:**

El órgano jurisdiccional encargado de decidir sobre esta cuestión (el Bundesverwaltungsgericht), piensa que el núcleo del problema está en la interpretación del artículo 10, apartado segundo, letra e), del Reglamento 1907/90 del Consejo, de 26 de junio de 1990, relativo a determinadas normas de comercialización de los huevos:

“Tanto los pequeños como los grandes embalajes podrán llevar, en una o varias de sus caras interiores o exteriores, las siguientes indicaciones suplementarias : indicaciones concebidas para fomentar las ventas, siempre que dichas indicaciones o el modo en que se presenten no induzcan a error al comprador.”

La última frase del presente artículo: “siempre que dichas indicaciones o el modo en que se presenten no induzcan a error al comprador” es objeto de análisis del tribunal jurisdiccional, ya que se puede interpretar desde dos puntos de vista diferentes:

En primer lugar, para determinar si los productos tienen un carácter engañoso o no, habría que analizar la “**expectativa real**” de los consumidores, bien sea a través de un sondeo efectuado entre una muestra representativa de consumidores o mediante un dictamen pericial.

³⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de junio de 1998, Asunto C-210/96. Gut Springenheide y Tusky

En segundo lugar, se puede entender desde la perspectiva objetiva sobre de la definición del comprador desde el punto de vista puramente **jurídico**, independiente de la expectativa concreta o “real” de los consumidores.

Ante esta incertidumbre interpretativa, el Bundesverwaltungsgericht decidió suspender temporalmente el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia **tres cuestiones prejudiciales**::

Para comenzar, plantea qué análisis debe tener prioridad para analizar si las indicaciones concebidas para fomentar las ventas pueden inducir a error al comprador. Si el análisis relativo a las expectativas reales del consumidor destinatario de tales indicaciones. O si por el contrario, hay que interpretar el artículo partiendo de la base del concepto objetivo y puramente jurídico de la figura del comprador.

Si se ha determinado que hay que tener en cuenta la expectativa real del consumidor, se deberá decidir si es decisiva la opinión del consumidor medio perspicaz o la del consumidor poco consciente. Y, por otra parte, habrá que decidir sobre el porcentaje de consumidores válido para establecer una expectativa del consumidor para que sirva de referencia.

Si por el contrario, hay que priorizar el concepto objetivo de comprador desde una perspectiva puramente jurídica. El Bundesverwaltungsgericht plantea el interrogante de como se va a lograr determinar dicho concepto.

El Tribunal de Justicia se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre el carácter engañoso de una disposición, marca o mención publicitaria. En este sentido podemos mencionar: la sentencia del Tribunal de Justicia de 7 marzo de 1990, asunto C-362/88, que menciona las cinco categorías de derechos fundamentales del consumidor, recogidos en el Programa Preliminar de la Comunidad Económica Europea adoptado por el Consejo en 1975 para una política de protección e información de los consumidores. Estos derechos son: derecho a la protección de su salud y de su seguridad, derecho a la protección de sus intereses económicos, derecho a la reparación de los daños, derecho a la información y a la educación y derecho a la representación (derecho a ser escuchado).

Este programa se encarga de regular aquellas situaciones en las que interviene un consumidor, a través de una serie de principios por los que se van a regir este tipo de relaciones contractuales. Se establecen principios sobre numerosa materia, tales como: la protección de la salud y de la seguridad de los consumidores, la protección de sus intereses económicos, así como la información, educación, consulta y representación de los consumidores.

En virtud de uno de estos principios relativos a la protección de los intereses económicos de los consumidores, se establece que: “ Ninguna forma de publicidad deberá inducir a error al cliente potencial del producto o servicio. Sean cuales fueren los soportes utilizados, el autor de cualquier tipo de publicidad deberá poder justificar la veracidad de lo que afirma por medios apropiados.”³⁹

- **Fallo:**

El fallo de la sentencia “Gut Springenheide” viene a decir que para determinar si una mención impuesta por el vendedor para fomentar las ventas de sus huevos, puede inducir a error al comprador, infringiendo en este caso en concreto, la letra e) del apartado segundo del artículo décimo del Reglamento 1907/90, por el que se impide que las indicaciones complementarias contenidas en el embalaje de huevos ocasione confusión al comprador. El juez nacional, será el encargado de analizar si la mención publicitaria origina una situación de indefensión para el consumidor, partiendo de la expectativa que se presume de un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz.

Esto no quiere decir que los jueces nacionales que se encuentran con dificultades añadidas a la hora de examinar el carácter engañoso de una mención publicitaria, no puedan elaborar un sondeo de opinión o un dictamen pericial. Puesto que, de conformidad con la normativa de su Derecho nacional, podrán ayudarse de estos elementos para poder resolver sobre la cuestión controvertida.

³⁹ Resolución del Consejo de 14 de abril de 1975 relativa a un programa preliminar de la Comunidad Económica Europea para una política de protección e información de los consumidores.

Como acabamos de comprobar, esta sentencia se encarga de establecer un concepto de consumidor medio que se toma de referencia para poder resolver más ágilmente el resto de litigios que se originen en los que intervenga este sujeto.

Para seguir con el análisis en torno a la noción de consumidor medio, hay que destacar algunas de las sentencias más famosas relativas a la confusión que los productos o servicios pueden generar sobre la figura del consumidor medio en materia de marcas.

4.1.2 Sentencia Clinique:

Otro ejemplo que muestra la posibilidad de que un producto induzca a error al consumidor, lo encontramos en la sentencia “Clinique” de 2 de febrero de 1994 asunto C-315/92.

- **Antecedentes:**

La presente sentencia trata sobre un litigio acerca de la denominación “Clinique” para la comercialización de productos cosméticos en Alemania. Las partes del litigio son: la asociación profesional: la Verband Sozialer Wettbewerb eV y las sociedades Clinique Laboratories SNC y Estée Lauder Cosmetics GmbH.

Desde hace muchos años, las mencionadas sociedades comercializan productos cosméticos creados por la empresa Estée Lauder, estos productos contienen la denominación “Clinique” a excepción del Estado alemán, donde se comercializaban con el nombre “Linique”. Pero la empresa quiso introducir la marca “Clinique” en Alemania también para reducir los gastos productivos y publicitarios que le suponía tener un nombre diferente solamente en el mencionado país.

La empresa demandante, interpone una acción judicial alegando que la denominación de la marca “Clinique” puede “hacer creer erróneamente a los consumidores que los productos de que se trata tienen efectos terapéuticos”⁴⁰

⁴⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de febrero de 1994, asunto C-315/92, Clinique.

- **Cuestiones Prejudiciales:**

El órgano jurisdiccional alemán competente para decidir sobre el presente litigio, plantea una serie de cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, relativas a la interpretación de unos artículos de la legislación comunitaria en consonancia con los artículos de la jurisdicción alemana que entran en aplicación en el presente caso.

- **Fallo:**

El Tribunal de la UE, señala que la normativa alemana que establece que aquellos productos que se comercializan en su país, deberán tener una denominación diferente a la que emplea la marca sobre el resto de Estados, supone un incremento de gastos desmesurado para el empresario, además da la dificultad que crea sobre el funcionamiento del comercio intracomunitario.

Por otra parte, en cuanto a la confusión que puede generar en los consumidores alemanes la denominación “Clinique”, el Tribunal destaca el hecho de que los mencionados productos solo se distribuyen en perfumerías o secciones de cosmética de los establecimientos, nunca en farmacias. Además, en el resto de países que se comercializan con el nombre de “Clinique” no ha generado aparentemente una confusión en los consumidores. Por lo que no se puede considerar que genere una confusión en los consumidores alemanes.

Por todo ello, el Tribunal declara que las disposiciones normativas sobre las que el órgano jurisdiccional alemán plantea las cuestiones prejudiciales, deberán interpretarse de conformidad con la idea de que “se oponen a que una disposición nacional prohíba importar y comercializar un producto clasificado y presentado como cosmético basando dicha prohibición en el motivo de que dicho producto lleva la denominación Clinique”⁴¹.

⁴¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de febrero de 1994, asunto C-315/92, Clinique, apartado número 24.

4.1.4 Sentencia Ter Voort:

- **Antecedentes:**

En esta sentencia, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, da respuesta a las cuestiones prejudiciales que el órgano jurisdiccional neerlandés le plantea sobre la definición y características que deben tener los medicamentos para su comercialización.

El Tribunal europeo aporta dos definiciones en torno al concepto de medicamento: una “por presentación” y otra “por función”. En el presente caso deberemos analizar si unas infusiones pueden ser consideradas como medicamentos “por presentación”. Las partes del conflicto mencionan lo siguiente:

Para el Sr. Ter Voort, parte demandada, un producto alimenticio que no tiene efectos terapéuticos, no podrá ostentar la calificación de medicamento. A menos que el producto posea características “que puedan hacer que sea considerado, por un consumidor medianamente informado, como poseedor de propiedades curativas o preventivas”⁴².

Para la parte demandante, un producto que se anuncia como poseedor de propiedades curativas o preventivas deberá ser calificado como medicamento “por presentación”.

- **Cuestiones Prejudiciales y Fallo:**

Desde el punto de vista de la jurisprudencia comunitaria, tal y como podemos observar en el apartado dieciséis de la sentencia de 26 de abril de 1991, asunto C-112/89, Upjohn. El criterio de la “presentación” comprende a los medicamentos con efectos médicos y también a “los productos que no son suficientemente eficaces o que no producen el efecto que su presentación permitiría esperar”.⁴³

Teniendo todos estos argumentos en cuenta, el Tribunal señala que un producto podrá tener la calificación de medicamento “por presentación” si se recomienda como

⁴² Sentencia del Tribunal de Justicia, de 28 de Octubre de 1992. Asunto C-219/91, Ter Voort, apartado catorce.

⁴³ Ídem. Apartado dieciséis.

poseedor de propiedades curativas o preventivas aunque no tenga ningún efecto terapéutico.

Por otro lado, para poder utilizar la calificación de medicamento “por presentación” sobre las mencionadas infusiones, se deberá atender a la intención que tenga el fabricante o vendedor de hacer creer al **consumidor medianamente informado**, que está adquiriendo un producto que puede ser considerado como medicamento.

La intención del vendedor de comercializar el producto como medicamento queda reflejada con el envío de folletos informativos en los que se recomienda la adquisición de sus productos poseedores de propiedades terapéuticas.

El Tribunal concluye afirmando que la distribución de estos folletos publicitarios supone que el producto sea calificado como medicamento, de conformidad con las disposiciones del artículo primero, apartado segundo de la Directiva 65/65, siempre y cuando la persona que distribuye los folletos no actúe de forma totalmente independiente del fabricante o del vendedor.

La sentencia que acabamos de analizar es muy importante porque introduce la noción del consumidor “medianamente informado” que se emplea para elaborar el concepto de consumidor medio en en el fallo de la sentencia Gut Springenheide. Esta idea sobre los conocimientos que puede tener el consumidor a la hora de adquirir un bien o servicio se repite en la sentencia Mars.

4.1.3 Sentencia Mars:

- **Antecedentes:**

En el presente caso, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea decide sobre una cuestión prejudicial planteada por un órgano alemán, acerca de la interpretación de un artículo de la normativa comunitaria. Las partes del litigio son Mars GmbH por un lado, y una asociación de lucha contra la competencia desleal, por otro.

Este litigio comienza cuando la empresa Mars, con motivo de una campaña publicitaria en la que anunciaba a los consumidores que la cantidad de los productos había aumentado en un 10%, introducen en los envoltorios de los mismos la presente indicación: +10%.

La empresa demandante interpuso una acción judicial para que se retirara la mención que acabamos de señalar, alegando que el vendedor deberá mantener el precio que tenían los productos antes de aumentar en un 10% la cantidad de los mismos, puesto que, el consumidor podrá pensar que el 10% adicional que se promociona, no ha supuesto una variación del precio final que tenía el producto. Además, la asociación de lucha contra la competencia desleal señala que no se corresponde la parte coloreada del envoltorio que indica la cantidad que ha aumentado el producto ofertado, con el 10% que se publicita que ha incrementado.

- **Cuestiones Prejudiciales :**

En este contexto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se encarga de poner luz sobre el asunto:

En primer lugar, señala que la prohibición de la circulación de productos en un determinado país, cuando se comercializan legalmente con las mismas características, condiciones y menciones publicitarias en el resto de Estados Miembros, obstaculiza el comercio entre los Estados Miembros. Hay que recordar que la jurisprudencia comunitaria ha señalado en numerosas ocasiones que cuando se originan obstáculos a este comercio común como consecuencia de una normativa nacional, solo quedarán justificados aquellos casos en los que se haga para proteger a los consumidores o a la lealtad de las transacciones comerciales, siempre atendiendo al principio de proporcionalidad con respecto a los objetivos que se persiguen con esas disposiciones normativas y el principio de comercio intracomunitario.

En segundo lugar, el Tribunal señala que, atendiendo a la posible expectativa del consumidor respecto al precio final del producto que está consumiendo. Lo cierto es que la empresa Mars no aumentó el precio del producto final cuando introdujo la mención publicitaria del +10%, y la mera posibilidad de que los comerciantes minoristas puedan

aumentar el precio como consecuencia de la introducción de esta mención, no es un argumento suficiente que justifique la obstaculización del comercio intracomunitario.

En tercer lugar, el argumento que sostiene la parte demandante acerca de que el dibujo que representa el aumento de tamaño del producto que contiene el envoltorio no se corresponde al 10% anunciado. No es un argumento admisible, debido a que, cito textualmente: “ los consumidores razonablemente informados deben saber que no existe necesariamente un nexo entre el tamaño de las menciones publicitarias relativas a un aumento de la cantidad del producto y la importancia de dicho aumento.”⁴⁴

- **Fallo:**

Teniendo todo esto en cuenta, la respuesta que da el Tribunal sobre la cuestión prejudicial planteada indica que la normativa se deberá interpretar desde la perspectiva de que “se opone a que una medida nacional prohíba la importación y comercialización de un producto comercializado legalmente en otro Estado Miembro”.⁴⁵

4.1.5 Sentencia Estée Lauder y Lancaster:

- **Antecedentes:**

En esta sentencia de 13 de enero de 2000, asunto C-220/98, Estée Lauder Cosmetics. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se encarga de resolver la petición sobre la interpretación de numerosos artículos de la normativa europea.

El presente litigio está formado por: Lancaster, empresa que vende cremas faciales antiarrugas “Montiel Firming Action Lifting Extreme Creme” y Estée Lauder, que alega que el término “lifting” podría ser engañoso, ya que los compradores consumirán el producto pensando que los efectos del mismo serán parecidos a los de una operación quirúrgica de lifting de la piel, mientras que la crema que oferta Lancaster no cumple con dichos efectos.

⁴⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia, de 6 de julio de 1995, asunto C-470/93, Mars, apartado número 24.

⁴⁵ Ídem.. Apartado número 25.

Es por ello, por lo que Estée Lauder solicita que se prohiba la comercialización, la distribución y la publicidad de los productos cosméticos que contengan la denominación “lifting”. De conformidad con el artículo veintisiete de la Ley sobre productos alimenticios y productos de consumo corriente de 15 de agosto de 1974, que prohíbe la comercialización de productos cosméticos con denominaciones engañosas, así como atribuir a los productos efectos que no tienen, induciendo a los consumidores a error.

Como consecuencia, el órgano jurisdiccional alemán pide al Tribunal de Justicia que indique si del concepto de consumidor elaborado por la jurisprudencia comunitaria y las Directivas europeas, que establece que el consumidor : “ debe tener un determinado grado de atención y discernimiento”⁴⁶, debe tomarse en consideración un porcentaje de personas inducidas a error superior al del 10 al 15 % establecido por la jurisprudencia alemana.

- **Cuestiones Prejudiciales y Fallo:**

Hay que tener en cuenta que, para la correcta interpretación de las disposiciones normativas que le pide el órgano jurisdiccional alemán al Tribunal de Justicia, se evalúa el riesgo de engaño de los consumidores y las exigencias de la libre circulación de mercancías. En este sentido, el Tribunal de Justicia declara que:

“ para determinar si la denominación, marca o mención publicitaria consideradas son o no engañosas, hay que tomar en consideración la expectativa que se presumía en un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz”⁴⁷

El órgano jurisdiccional nacional será el encargado de decidir si todos los elementos que hemos mencionado anteriormente, además de factores sociales, culturales o hasta lingüísticos, pueden hacer que los consumidores alemanes comprendan el término “lifting” de manera diferente que el resto de consumidores de los demás Estados Miembros. Por lo tanto, en el presente caso se deberá analizar si el término “lifting” pueden inducir a error a “un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz”⁴⁸.

⁴⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de enero de 2000, asunto C-220/98. Apartado 17.

⁴⁷ Ídem, apartado 30.

⁴⁸ Ídem, apartado 31.

El órgano jurisdiccional alemán deberá, además, utilizar todos aquellos elementos que considere necesarios para decidir sobre la cuestión anteriormente planteada. Para ello, podrá mandar la elaboración de un informe pericial o un sondeo de opinión sobre la sociedad alemana para poder llegar a una conclusión fiable y definitiva, en cuanto al carácter engañoso de la mención publicitaria que introduce el término “lifting” en el envase de sus productos. Además, con el desarrollo del informe pericial o los sondeos de opinión, el órgano jurisdiccional nacional, podrá determinar el porcentaje de consumidores que podrían haber sido engañados por dicha indicación que, en el caso de que no sea un número insignificante, podrán justificar la prohibición de la comercialización del producto en cuestión.

El Tribunal de justicia concluye indicando que las disposiciones normativas objeto de las cuestiones prejudiciales,

“no se oponen a la aplicación de una normativa nacional que prohíbe la importación y la comercialización de un producto cosmético que lleve el término « lifting » en su denominación, cuando, en las circunstancias del caso, un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, sea inducido a error por dicha denominación por estimar que ésta atribuye al producto características de las que carece”⁴⁹.

4.1.6 Sentencia Messi

- **Antecedentes:**

El día ocho de agosto de 2011, Lionel Andrés Messi Cuccittini, presentó una solicitud de registro de marca que incluía su nombre “Messi” y un logotipo de la letra “M”, en la Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea. Los productos para los que se solicitó el registro son: aparatos e instrumentos de salvamento, prendas de vestir, calzado, artículos de sombrerería y artículos de gimnasia y deporte.

Unos meses después, Jaime Masferrer Coma formuló **oposición** al registro de la marca “MESSI”, alegando la existencia de un riesgo de confusión con las marcas “MASSI”, registradas para la venta de prendas de vestir, calzado, cascos para ciclistas, trajes de protección y guantes, entre otros productos.

⁴⁹ Ídem, apartado 32.

En el año 2013, la División de Oposición estimó las pretensiones formuladas en la oposición en su totalidad. Ante este acontecimiento, Messi Cuccittini interpuso un **recurso** ante la EUIPO (Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea) contra la resolución dictada, pero obtuvo respuesta desfavorable.

EUIPO desestimó sus pretensiones por apreciar que los productos con los que comercializaban ambas Marcas coinciden en el caso de “casco para la ciclistas” y “guantes para bicicleta”. Además, teniendo en cuenta el concepto existente de consumidor europeo como **consumidor medio, normalmente informado, razonablemente atento y perspicaz**, la EUIPO considera que existe un riesgo de confusión entre las marcas “MASSI” y “MESSI”, de conformidad con el artículo ocho, apartado primero, letra b, del Reglamento 297/2009, debido a la similitud de los productos con los que ambas marcas estaban comercializando, asimismo, por la identidad visual y fonética entre los nombres “MASSI” y “MESSI”, que pueden ocasionar confusión sobre la figura del consumidor, dado que, la diferencia conceptual entre ambas marcas solo sería percibido por una parte del público para el que están destinadas.

Como consecuencia, Messi Cuccittini interpuso otro **recurso** ante el Tribunal General, solicitando la anulación de la resolución dictada por la EUIPO. El mencionado Tribunal estimó su pretensión y anuló la resolución controvertida por considerar que el renombre del jugador de fútbol neutralizaba las similitudes entre los dos signos marcarios y descartaba todo riesgo de confusión sobre los consumidores.

Contra esta sentencia, la EUIPO y otra sociedad española que adquirió los derechos sobre las marcas de la Unión MASSI, interpusieron **recurso de casación**, que el Tribunal de Justicia desestimó por los siguientes motivos:

- **Fundamentos de Derecho y Fallo:**

Como el Tribunal General señaló anteriormente, aunque es posible que algunos consumidores no conozcan a Messi, no estaríamos hablando del **consumidor medio normalmente atento, informado y perspicaz** que consume artículos deportivos. Por lo

que, solo será una parte desdeñable del público general, la que no asociaría el término “Messi” al apellido del célebre jugador de fútbol⁵⁰.

Además, las diferencias de fondo o conceptuales entre los signos marcarios “MESSI” y “MASSI” neutralizan las similitudes visuales y fonéticas de los mismos. Ya que, la fama mundial del jugador de fútbol Messi, está tan extendida que no resulta plausible pensar que, en ausencia de indicios concretos que indiquen lo contrario, el consumidor medio, ante el signo “MESSI” como marca, se abstraiga del significado del signo como apellido del célebre jugador de fútbol y lo perciba únicamente como una marca más⁵¹.

Por otra parte, también hay que tener en cuenta que la jurisprudencia comunitaria ha establecido en numerosas ocasiones que, los riesgos de confusión sobre una parte del público, deberán apreciarse con carácter global y general, de la misma manera que las similitudes existentes entre los elementos gráficos y fonéticos de los nombres marcarios. Desde esta perspectiva se puede llegar a la conclusión de que la notoriedad del futbolista influirá en la percepción que tenga el público sobre la marca litigiosa, facilitando su diferenciación con otras marcas similares.

En cuanto a los demás motivos de Casación, el Tribunal señala que el recurso de Casación se limita a cuestiones de Derecho que le impiden volver a examinar aquellos aspectos ya analizados anteriormente por el Tribunal General. Además, la notoriedad del término “Messi” como apellido del jugador de fútbol más conocido del mundo, es un **hecho notorio**, esto quiere decir que se puede saber o averiguar por cualquier persona a través de fuentes generalmente accesibles. Estas fuentes se deberían de haber tenido en cuenta por la Sala de Recurso que adoptó la resolución controvertida, para diferenciar las marcas “MESSI” y “MASSI” desde un punto de vista conceptual.

Por último, el Tribunal señala que las diferencias conceptuales entre dos signos podrán neutralizar las similitudes visuales y fonéticas existentes entre los mismos, siempre y cuando uno de ellos tenga un **significado claro y determinado** de manera que el público

⁵⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en los asuntos acumulados C-449/18 P, EUIPO/Messi Cuccittini y C-474/10 P, J.M.- E.V. e hijos/Messi Cuccittini.

⁵¹ Ídem.

para el que está destinado, pueda entenderlo inmediatamente y sin riesgo de confusión. Com ocurre en el presente caso con el apellido del futbolista mundialmente conocido. Además, no es competencia del Recurso de Casación analizar el alcance del apellido “Messi”, porque esta cuestión ya ha sido estudiada por los Tribunales anteriormente.

Por todo ello, el Tribunal desestima en su totalidad el recurso de casación interpuesto y condena en costas a las partes cuyas pretensiones han sido desestimadas.

4.1.7 Síntesis:

Como síntesis final del análisis de las disposiciones recogidas en las sentencias que hemos visto en este apartado, se puede llegar a la conclusión de que para determinar si la denominación, marca o mención publicitaria puede o no inducir a error al consumidor, el Tribunal de Justicia tiene como punto de referencia la expectativa que se presume en un **consumidor medio, normalmente informado, razonablemente atento y perspicaz**.⁵²

Delimitado este concepto, los órganos jurisdiccionales nacionales podrán ayudarse de informes periciales o sondeos de opinión para poder comprobar si una mención publicitaria produce un efecto engañoso en el consumidor o no.

4.2 Elementos del concepto de consumidor medio:

Una vez delimitado el concepto de consumidor medio, debemos analizar los elementos que componen la definición por la que se entiende al sujeto pasivo como una persona “normalmente informada y razonablemente atenta y perspicaz”. Estas dos características se pueden sintetizar en la actitud que adopta el consumidor a la hora de comprar un producto o servicio y los conocimientos que tiene sobre aquello que está consumiendo.

⁵² Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de junio de 1998, Asunto C-210/96. Gut Springenheide y Tusky.

4.2.1 La actitud

En primer lugar, la **actitud** del consumidor, hace referencia a la segunda parte de la definición: “razonablemente atento y perspicaz”. Comenzaremos analizando esta segunda parte porque la actitud que adopte el consumidor sobre el producto que está consumiendo está directamente relacionada con la información que ha adquirido del producto o servicio en cuestión. Por lo tanto, el elemento subjetivo de la “actitud” esta directamente relacionado con los otros elementos que forman la definición.

La actitud que adopte el consumidor está caracterizada por la subjetividad, puesto que no existe la obligación de que el consumidor deba informarse sobre aquello que está dispuesto a consumir⁵³. El TJUE destaca, en este sentido, que: “ gracias a su actitud, el consumidor medio, puede acceder a la información disponible sin tener que realizar una investigación exhaustiva, aunque ello no justifique una completa pasividad o falta de interés”⁵⁴

- **Conclusiones del Abogado General Jacobs**

El Abogado General Jacobs, ya se refirió a esta figura del **consumidor particularmente distraído** que confunde la marca “LUCKY WHIP con la marca “Schöller-Nuck”, teniendo en cuenta la actitud que adopta el consumidor sobre aquello que está consumiendo. Así lo señalada en el apartado treinta de sus conclusiones presentadas el veintisiete de enero del año 2000, relativas al **asunto C-425/98**, de la sentencia “Marca Mode CV ”.

- **Conclusiones del Abogado General Geelhoed**

Por otra parte, en las conclusiones presentadas por el Abogado General Geelhoed el día cuatro de julio del 2002, relativas al asunto **C-221/00**, que tratan de determinar si una normativa nacional que prohíbe las indicaciones relativas a la salud en los productos

⁵³ HOWELLS, G. WILHELMSSON, T. “EC Consumer Law”

⁵⁴ MARTÍNEZ GUTIÉRREZ: “La marca engañosa”, Civitas, Madrid, 2002, 70-74. Y GONZÁLEZ VAQUÉ: “La noción del consumidor medio normalmente informado en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: la sentencia Gut Springenheide”.

alimenticios (salvo que previamente se haya concedido una autorización) es compatible con las disposiciones de la Directiva 79/112/CEE del Consejo, de 18 de diciembre de 1978, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de etiquetado, presentación y publicidad de los productos alimenticios destinados al consumidor final.

En el número ochenta y dos de sus conclusiones finales, el Abogado General establece que la indicación objeto de litigio en el presente caso: “ un buen nombre para un deleite sano”, no constituye una indicación sobre las enfermedades, en el sentido del artículo 2, apartado 1, letra b), de la Directiva 79/112. Esto quiere decir que la mencionada indicación no puede inducir a error al consumidor medio por el mero hecho de que se refiera a la salud.⁵⁵

La palabra “sano” lleva consigo la connotación de que el producto tiene propiedades beneficiosas relacionadas con la salud del cuerpo humano, esta idea deberá de ser examinada para **determinar si puede inducir a error al consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz.** En cada caso, se deberá analizar la relación de las menciones “publicitarias” con el producto en cuestión, teniendo en cuenta todos aquellos factores que pueden influenciar al consumidor para poder determinar si es perjudicial o no. En este sentido, podemos concluir con la idea señalada por Luis Gonzalez Vaqué, cuando establece que: “la tesis según la cual puede inducirse a error al consumidor medio cuando, al leer superficialmente la indicación, recibe la impresión de que el consumo del producto alimenticio influye positivamente en su salud, no es defendible”.⁵⁶

- **Conclusiones del Abogado General Tesauro**

En cuanto a la actitud que el consumidor medio debe adoptar, también se ha pronunciado el Abogado General Tesauro, en sus conclusiones relativas al **asunto C-373/90**. Ya que señala que al consumidor no se le debe considerar “como carente enteramente de discernimiento” ya que, cuando se dispone a comprar un automóvil, en este caso, el consumidor normalmente hace una “comparación seria de los precios que le son

⁵⁵ GEELHOED, L.A. “Conclusiones relativas al asunto C-221/00 presentadas el 4 de julio de 2002”.

⁵⁶ GÓNZALEZ VAQUÉ, L. “ La noción del consumidor medio según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”.

propuestos, informándose, a veces de una forma muy detallada, a través del vendedor, acerca de los accesorios de los que está provisto el vehículo”.⁵⁷

- **Conclusiones del Abogado General Mischo**

Para concluir, cabe destacar la importancia de las conclusiones del Abogado General Mischo relativas al asunto anteriormente analizado **C-210/96, “Asunto Gut Springenheide”**. Ya que señaló la idea de que la actitud y la información del consumidor no son dos elementos totalmente independientes, sino que se interrelacionan e influyen mutuamente.

En el punto cuarenta y seis, los demandantes señalan que la figura del consumidor deberá recibir en todo momento una información adecuada con respecto aquello que está consumiendo o dispuesto a consumir. Por lo que, “ el concepto de consumidor no es estrictamente jurídico, porque se basa también en las expectativas reales de los compradores, bien entendido que se trata de compradores medios informados.”

El Bundesverwaltungsgericht para el presente caso, aporta una definición del consumidor medio muy parecida a la que se ha extraído de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: “normalmente informado, razonablemente atento y perspicaz”. En la página 9 de la resolución de remisión, el Bundesverwaltungsgericht establece que: “ el consumidor medio avisado que percibe con atención la información sobre el producto comercializado y, por consiguiente, la totalidad de las indicaciones de los productos”.⁵⁸

4.2.2 Los conocimientos

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asocia al consumidor medio con una “normalidad” de conocimientos que tiene sobre aquello que consume. Esta “normalidad” se entiende desde el punto de vista de la comprensión que posee el sujeto pasivo a la hora de interpretar la información que existe en el etiquetado y la publicidad de los productos, así como las condiciones en las que estos se comercializan.

⁵⁷ TESAURO, G. “Conclusiones presentadas el veinticuatro de octubre de 1991 relativas al asunto C-373/90”.

⁵⁸ MISHO, J. : “ Conclusiones presentadas el 12 de marzo de 1998, relativas al asunto C-210/96.

Todo ello sumado a la **experiencia** que adquieren los consumidores cada vez que compran algo, hace que estos adquieran un mayor grado de confianza que les facilita operar en el mercado con una mayor soltura.

- **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea 290/90**

En la sentencia de 20 de mayo de 1992 (**asunto 290/90**), se analiza la falta de autorización que tienen unos productos que están siendo comercializados en diferentes países de la Unión Europea, cuya finalidad es el lavado de los ojos. Las autoridades alemanas consideran que dichos productos son medicamentos, y esto supone que necesitan de una autorización de comercialización como medicamentos para la venta legal de los mismos. Se habla, por tanto, de un incumplimiento por parte del Gobierno alemán de las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 30 del Tratado CEE.

En esta sentencia, se introduce la noción de los consumidores “**normalmente informados**” como antecedente de la definición del consumidor medio que estamos analizando. En el punto número once encontramos esta mención: “ dado que las soluciones deben utilizarse cuando el ojo ya se encuentra afectado, el consumidor normalmente informado debe deducir de ello que se trata de un producto con propiedades preventivas o curativas.”⁵⁹

- **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea C-99/01**

Por otra parte, en la sentencia de 24 de octubre de 2002, asunto C-99/01, **Gottfried Linhart**, el Tribunal de Justicia emplea el concepto de consumidor medio para analizar si un producto cosmético le podría inducir a error en función de las características del producto y las expectativas que se tenga sobre la figura del consumidor medio.

En el presente litigio se analiza si la falta de “referencias explícitas al objeto y al resultado del dictamen médico al que se han sometido los productos cosméticos”⁶⁰ puede

⁵⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de mayo de 1992, asunto C-290/90

⁶⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de octubre de 2002, asunto C-99/01, Gottfried Linhart, apartado 29.

provocar confusión en el consumidor medio, porque este puede pensar que los productos que está consumiendo poseen efectos terapéuticos, cuando esto no está demostrado.

Más concretamente, en el presente caso se deberá analizar si la expresión que contiene el envasado del producto cosmético: “controlado mediante análisis dermatológicos” puede ocasionar confusión en los consumidores en cuanto a las propiedades que tiene el producto. En el caso en el que se demuestre que estas afirmaciones confunden al consumidor medio, las autoridades nacionales podrán prohibir su comercialización con arreglo al artículo 6, apartado 3, de la Directiva 76/768.

Para poder saber si estos productos originan desconcierto a los consumidores, el Tribunal señala que el criterio en torno a la expectativa que se presume en un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, se podrá utilizar también en el campo de los productos cosméticos, como se hizo en la sentencia Estée Lauder, anteriormente analizada.

La aplicación de este criterio en torno a la figura del consumidor medio, permite llegar a la conclusión de que la expresión “controlado mediante análisis dermatológicos” sobre el envase de algunos de los productos cosméticos que comercializa la marca:

“no puede sugerir a un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, otra idea que no sea la de que dicho producto ha sido sometido a un análisis destinado a determinar sus efectos en la piel y que, por consiguiente, su comercialización implica que los resultados de este análisis han sido positivos y se ha comprobado su tolerancia por la epidermis o, al menos, su carácter inocuo para la piel.”⁶¹

Además, el Tribunal recuerda que las autoridades nacionales serán las encargadas de ordenar la elaboración de dictámenes periciales, sondeos de opinión, o pedir a los responsables de la marca, los datos existentes en torno a los efectos que provocan los productos que comercializan sobre la salud humana, de conformidad con el artículo 7 bis, apartado 1, letras f) y g), de la Directiva 76/768. De esta manera se podrá comprobar la autenticidad de los resultados que generan los productos cosméticos sobre el consumidor medio.

⁶¹ Ídem, apartado 32.

Con todo ello, el Tribunal concluye afirmando que la expresión que contienen los envases de los productos cosméticos:

“no puede inducir a error a un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, atribuyendo a dichos productos características que no poseen y, en cualquier caso, el eventual error sobre estas características no puede tener incidencia en la salud pública.”⁶²

- **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea C-191/01**

Para concluir con las principales menciones jurisprudenciales que han ayudado a consolidar el concepto de consumidor medio, cabe señalar la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de veintitrés de octubre del 2003, asunto C-191/01 P, Doublemint, que toma de referencia las nociones de un “consumidor medio de lengua inglesa” para analizar el significado que podían tener los diferentes consumidores acerca de la palabra “Doublemint”

Se emplea el concepto de consumidor medio como punto de partida interpretativo acerca del significado de “ Doublemint”, para el Gobierno inglés, el objeto del artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento n° 40/94 consiste en:

“ impedir que signos o indicaciones como el vocablo Doublemint, que describen las características de productos o de servicios o que simplemente pueden ser adecuados para tal descripción en el uso normal por un consumidor medio, sean utilizados como marcas en beneficio de una sola empresa. Como declaró el Tribunal de Justicia en su sentencia de 4 de mayo de 1999, Windsurfing Chiemsee”⁶³

⁶² Ídem, apartado 35

⁶³ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de veintitrés de octubre del 2003, asunto C-191/01P, apartado 25.

4.3 El consumidor medio en la actualidad:

4.3.1 Normativa:

El principal texto legal que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea tuvo en consideración a la hora de crear la doctrina en torno a la figura del consumidor medio, fue la Directiva 84/450⁶⁴ sobre publicidad engañosa, que fue derogada por la Directiva 2006/114/CE del 12 de diciembre sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa⁶⁵.

Esta nueva Directiva no contiene de manera expresa los preceptos jurisprudenciales en torno a la idea del consumidor medio, puesto que ya se ha logrado consolidar el concepto de este sujeto pasivo. Además, a ello hay que añadir la finalidad directa que tenía esta nueva Directiva: la codificación de la Directiva anterior en materia de publicidad engañosa en un único texto legal actualizado, puesto que la normativa anterior había sido objeto de grandes modificaciones..

Por otra parte, hay que destacar el importante labor de la Directiva que fue creada el día 11 de mayo de 2005⁶⁶, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior. Esta Directiva fue la que introdujo en su articulado las ideas jurisprudenciales del consumidor medio. Más concretamente, en el artículo 5.2 se menciona a la figura del **consumidor medio** cuando se narran las características que tendrá una práctica comercial desleal, que son dos:

“ cuando es contraria a los requisitos de la diligencia profesional y distorsiona o puede distorsionar de manera sustancial, con respecto al producto de que se trate, el comportamiento económico del consumidor medio al que afecta o al que se dirige la práctica, o del miembro medio del grupo, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores.”

Este artículo utiliza el concepto legal sobre el consumidor medio como parámetro estándar de medida de la deslealtad en un comportamiento comercial. Además, en muchos

⁶⁴ Directiva 84/450⁶⁴ sobre publicidad engañosa.

⁶⁵ Directiva 2006/114/CE del 12 de diciembre sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa.

⁶⁶ Directiva 2005/29/CE relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior.

otros artículos se incorpora al consumidor medio como un sujeto pasivo al que se debe proteger de manera expresa.

4.3.2 El consumidor vulnerable

Cabe mencionar la novedosa mención que ha hecho la Directiva de 11 de mayo del 2005, antes mencionada, del **consumidor vulnerable** sobre las prácticas comerciales desleales, “por padecer una dolencia física o un trastorno mental o por su edad o su credulidad”⁶⁷ siendo la primera vez que queda expresado en un texto jurídico el concepto de vulnerabilidad del consumidor⁶⁸.

Además, se ha regulado esta noción de la vulnerabilidad en el Real Decreto-Ley 1/2021, de 19 de enero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica. Esta ley define al consumidor y usuario como persona física “que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.”⁶⁹. También contempla la definición del consumidor persona jurídica y las entidades sin personalidad jurídica que “actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial”

Por último, **define** a la figura del consumidor vulnerable respecto a relaciones de consumo como:

“Aquellas personas físicas que, de forma individual o colectiva, por sus características, necesidades o circunstancias personales, económicas, educativas o sociales, se encuentran, aunque sea territorial, sectorial o temporalmente, en una especial situación de subordinación, indefensión o desprotección que les impide el ejercicio de sus derechos como personas consumidoras en condiciones de igualdad.”⁷⁰

⁶⁷ Directiva 2005/29/CE relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, artículo cinco apartado tercero.

⁶⁸ HUALDE MANSO, T. “Del consumidor informado al consumidor real. El futuro del Derecho de Consumo Europeo. Madrid, 2016.

⁷⁰ Real Decreto-ley 1/2021, de 19 de enero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica, artículo tres.

4.3.3 Directiva 2005/29/CE

Las dos Directivas antes mencionadas, tienen una gran importancia en la actualidad para la protección de la figura del consumidor. Ambas cuentan con un ámbito de aplicación más o menos diferenciado, puesto que, mientras que la Directiva 2005/29 está orientada a aquellas prácticas empresariales o comerciales que afecten a los consumidores alternando su comportamiento económico, la Directiva 2006/114 se limita al tipo de publicidad engañosa y comparativa que puede afectar a los consumidores.⁷¹

La Directiva 2005/29/CE trató de incorporar por remisión la definición jurisprudencial del consumidor medio que ya conocemos: “ **normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz**”. Es por ello, por lo que, en la exposición de motivos, en su punto dieciocho, la Directiva establece lo siguiente:

“Es importante que todos los consumidores estén protegidos de las prácticas comerciales desleales; sin embargo, el Tribunal de Justicia ha considerado necesario (...) estudiar los efectos de dichas prácticas en la figura teórica del consumidor típico. Atendiendo al principio de proporcionalidad, la presente Directiva, (...), toma como referencia al consumidor medio, que, según la interpretación que ha hecho de este concepto el Tribunal de Justicia, está normalmente informado y es razonablemente atento y perspicaz, teniendo en cuenta los factores sociales, culturales y lingüísticos, pero incluye además disposiciones encaminadas a impedir la explotación de consumidores cuyas características los hacen especialmente vulnerables a las prácticas comerciales desleales. (...). Los tribunales y autoridades nacionales deben aplicar su propio criterio, teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, para determinar la reacción típica del consumidor medio en un caso concreto.”⁷²

Debemos resaltar la última frase del párrafo citado. Puesto que, no queda claro si deja **libertad interpretativa a cada Estado** acerca de la definición del consumidor medio. O si, por el contrario, los **Estados se deberán ceñir** a la definición creada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En la propuesta de la Directiva, se estableció una definición sobre el consumidor medio en el articulado del texto legal: “ Razonablemente bien informado

⁷¹ FERNANDO MARGAZO, M.R. “ Algunos comentarios a la Directiva 2006/114 CE sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa”

⁷² Directiva 2005/29/CE relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, apartado dieciocho de la exposición de motivos.

y razonablemente observador y circunspecto”. Pero cuando se redacta la Directiva 2005/29/CE no se incluye ninguna definición expresa sobre la figura del consumidor medio. Este hecho puede ser interpretado desde dos puntos de vista:

En primer lugar, puede que no se haya incorporado un concepto de consumidor medio en la norma jurídica para **fomentar el análisis y evolución jurisprudencial** que dicho concepto puede sufrir.

En segundo lugar, tal y como establece Teresa Hualde Manso, el hecho de que no haya una definición recogida en un texto legal, puede significar que hay que dar una **mayor importancia a la interpretación de los tribunales nacionales** en torno a la valoración del consumidor medio en el contexto de la deslealtad de las prácticas comerciales.

Además, hay que tener en cuenta que las características propias del consumidor medio deben **extrapolarse al contexto social, cultural o lingüístico** propio del país en el que esté operando el sujeto, tal y como establece el apartado dieciocho de la Directiva 2005/29 anteriormente citado. Por lo tanto, los Tribunales nacionales tendrán libertad a la hora de analizar todos aquellos elementos que afecten el comportamiento del consumidor medio.

Esto es algo lógico porque en cada Estado hay una normativa diferente sobre las condiciones comerciales en las que los consumidores de ese país operan, por lo que esto hace que el prototipo de consumidor bien informado, atento y perspicaz sea diferente en cada Estado puesto que las expectativas que se generan a los consumidores sobre el producto o el servicio ofertado están predispuestas por los condicionantes nacionales.

El comportamiento de los consumidores está **influenciado** por múltiples factores, entre ellos, la conducta persuasiva del comerciante, y esto no supone un problema siempre y cuando el consentimiento libre y consciente del consumidor no resulte afectado. El artículo cinco de la Directiva 2005/29 contempla esta especie de “persuasión permitida”⁷³

⁷³ STUYCK, J.: “The Notion of the Empowered And Informed Consumer in Consumer Policy and How to Protect the Vulnerable Under Such a Regime”, The Yearbook of Consumer Law, 2007, (Pages 168-169).

4.3.4 Consumidor real

El concepto que se ha ido elaborando a lo largo del tiempo por la jurisprudencia comunitaria, se ha hecho en torno a la idea de un consumidor “sensible, atento, precavido, lo suficientemente hábil para analizar, criticar y discernir los mensajes que están detrás de la publicidad y de las prácticas comerciales”⁷⁴. Pero lo cierto es que ni la jurisprudencia comunitaria ni la Directiva 2005/29 han optado por una **solución realista** en cuanto a las características que tiene un consumidor en la actualidad, ya que se han creado un un concepto de “consumidor ideal” debidamente informado que es consciente de lo que consume y actúa en consecuencia.⁷⁵ que dista mucho de la realidad.

Al consumidor medio podríamos caracterizarlo como aquel sujeto que no analiza la publicidad y características concretas de aquello que consume, sino que focaliza su atención sobre aquella información que esté buscando y no hacia la que le proporcione el comerciante, ciñendo su atención a las cabeceras y a las fotos.

El **consumidor real** muchas veces actúa como un observador relajado y distraído y este comportamiento el comerciante lo conoce y lo utiliza a su favor empleando publicidad más visual y llamativa sobre aquellos aspectos que el consumidor puede considerar más atractivos.⁷⁶

La Comisión Europea fue consciente de esta situación y trató de establecer una estrategia política de consumidores (de igual manera que se ha creado una “nueva agenda del consumidor” para adaptar las circunstancias de los consumidores a la época del COVID-19.) cuyo principal objetivo era proteger al consumidor europeo de manera efectiva.

Con estas iniciativas se buscó elaborar una idea de consumidor más real, que tenga en cuenta todos los elementos que influyen a la hora de tomar su decisión de consumir un determinado producto o servicio. En este contexto se elaboró un informe específico sobre

⁷⁴ HUALDE MANSO, T: “Del consumidor informado al consumidor real”. DYKINSON, Madrid, 2016.

⁷⁵ WILHELMSSON, T: “The Informed Consumer v the Vulnerable Consumer in European Unfair Commercial Practices law- A Comment”.

⁷⁶ WASSINGTON: “Vulnerable and Confused: The protection of Vulnerable Consumer under EU law”.

esta cuestión cuyo título fue: “Consumer Empowerment” que se publicó en abril de 2011 con el objetivo de contar con una información armonizada sobre la capacitación real de los consumidores europeos, huyendo de los estereotipos de modelos teóricos o hipotéticos de consumidores, aspirando a conocer sus reales capacidades y conocimientos sobre aquello que consumen.

En este sentido de comprender al consumidor real, hay que mencionar que el nivel de **atención** del consumidor a menudo depende de muchos factores como su conocimiento acumulado, la previa familiaridad con ese producto en particular o la experiencia anterior en este tipo de transacciones.⁷⁷

Además, a esta idea se le incorpora el factor de que el nivel de atención del consumidor será diferente en función de la expectativa del mismo respecto a la protección legal que le proporciona el ordenamiento al que está sujeto su relación contractual o comercial.

⁷⁷ INCARDONA, R y PORIBO, C. : “The average consumer, the unfair commercial practices Directive and the cognitive revolution” Journal of Consumer Policy Issue, 2007, vol 30. Page 22.

5 EL CONSUMIDOR Y EL USUARIO INFORMADO:

5.1 Normativa

La noción de **usuario informado** la extraemos de la Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial cuando delimita el tipo de diseños que podrán ser registrados de conformidad con las disposiciones allí mencionadas.

Se deberá atender a los artículos cinco y siguientes en este sentido, ya que en ellos se especifica que únicamente podrán acceder al registro del diseño industrial, aquellos diseños que tengan las siguientes características:

En primer lugar, los diseños tienen que ser **nuevos**. Esto quiere decir que, en el momento en el que se presenta la solicitud del registro, o la fecha de prioridad, no debe haber ningún otro diseño idéntico que se haya hecho accesible al público, entendiendo por idéntico, aquellos diseños que se diferencian de otros en detalles irrelevantes. De conformidad con el artículo sexto de la mencionada Ley de Diseño Industrial.

En segundo lugar, deberán tener un **carácter singular**, que genere al **usuario informado** una impresión diferente de aquella que le ha podido producir otros tipos de diseños que han sido accesibles al público con anterioridad. Además, se deberá de tener en cuenta la capacidad de libertad que tiene el autor para elaborar su diseño, tal y como establece el artículo séptimo.

Como acabamos de señalar, el usuario informado en el diseño industrial, viene a ser el equivalente de la figura del consumidor medio en materia de marcas que hemos estado analizando durante el presente trabajo.

5.2 Jurisprudencia

Para tratar de aportar una definición más específica sobre el sujeto pasivo del diseño industrial, podemos destacar **dos sentencias** que han aportado claridad acerca de las características y elementos que posee esta persona.

En primer lugar, en el **ámbito comunitario**, cabe mencionar la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea del veinte de Octubre de 2011, **asunto C-281/10 P**. Más concretamente, los puntos cuarenta y dos y siguientes de las conclusiones del abogado general: Paolo Mengozzi, que presentó el día doce de mayo de 2011.

El Abogado General destacó el problema que suponía la **falta de definición** sobre el usuario informado en la normativa correspondiente. Por lo que, se encarga de hacer un análisis comparativo entre figuras similares para tratar de alcanzar una definición que corresponda a la figura del usuario informado en el diseño industrial.

En el punto cuarenta y tres de sus conclusiones, el Abogado General redacta de manera muy acertada la posición intermedia que debemos adoptar a la hora de elaborar una definición sobre el usuario informado. Puesto que es una figura intermedia entre el consumidor medio al que no se le exige un conocimiento previo y concreto sobre aquello que está consumiendo, y el experto en el sector que posee amplias competencias técnicas.

“Es evidente que el usuario informado al que se refiere el Reglamento no es ni el consumidor medio al que se hace referencia para aplicar las normas sobre marcas, al que no se le exige ningún conocimiento concreto, y que por lo general no realiza una comparación directa entre las marcas en pugna, ni tampoco la persona experta del sector a la que se hace referencia para evaluar la naturaleza inventiva de una patente. Cabe sostener que el usuario informado constituye un tipo de **figura intermedia** entre las dos anteriores. No se trata, pues, de un consumidor genérico, que podría entrar en contacto, por pura casualidad, y sin tener ningún conocimiento específico, con el producto que responde a un cierto dibujo o modelo. Tampoco se trata de un experto con competencias técnicas profundas.”⁷⁸

Además, cabe destacar la puntualización que se hace en el apartado cincuenta y nueve de la sentencia que dicta el TJUE sobre el asunto anteriormente citado (C-281/10P) sobre la definición de “usuario informado”, más concretamente sobre el adjetivo que acompaña a la figura del usuario. Se emplea la palabra “**informado**” para hacer referencia a que el usuario

⁷⁸ Conclusiones del Abogado General sobre el asunto C-281/10 P, apartado cuarenta y tres

conoce los diferentes modelos existentes en el sector concreto sin ser un experto técnico o diseñador. Además, se presupone que el usuario cuenta con un determinado grado de conocimiento sobre aquellos elementos existentes en los modelos de manera general, porque, cuando utiliza los productos, presta un grado de atención relativamente elevado debido al interés que tiene el usuario sobre los mismos.⁷⁹

El **Tribunal Supremo** se ha pronunciado en este sentido en la **sentencia 2195/2016** del 11 de Octubre de 2016, en su fundamento de derecho sexto. Puesto que, a través de la aplicación de las características de la figura del usuario informado que hemos mencionado anteriormente en jurisprudencia comunitaria, el Tribunal Supremo, consigue delimitar el ámbito de aplicación de dicho concepto sobre las personas que forman parte del objeto del litigio.

“Los "encargados de la tienda de artículos de regalo" (que venden las figuritas decorativas de cuyo diseño se trata) son usuarios cualificados por su **experiencia** en el sector y sus **conocimientos** sobre este tipo de figuritas, así como de su procedencia. Como acertadamente subraya aquella Sala, los conocimientos especializados de dichas personas les permiten distinguir, más allá de lo que haría un consumidor medio, la diferente "impresión general" que provocan unos diseños u otros. Conclusión que, por lo demás, queda reforzada por la que el mismo tribunal añade, esto es, que incluso un consumidor medio (esto es, aquel que no pone un especial cuidado) podría distinguirlos por sí mismo. (...)”

De la mencionada jurisprudencia y las menciones señaladas en la sección cuarta de la exposición de motivos de la Ley de Protección Jurídica del Diseño Industrial: “La ley no define el concepto de usuario informado, porque éste habrá de concretarse caso por caso en función del segmento del mercado a que vaya específicamente dirigida la oferta del producto”.⁸⁰ Nos hace llegar a la conclusión de que la **definición de “usuario informado” deberá adaptarse al caso concreto**, para poder determinar el sujeto pasivo de cada litigio, aunque, siempre se podrá acudir a la jurisprudencia que se ha pronunciado sobre las características que puede tener este sujeto para facilitar la identificación del mismo.

⁷⁹ Sentencia del TJUE de 20 de Octubre de 2011, asunto C-281/10 P, apartado cincuenta y nueve.

⁸⁰ Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial, exposición de motivos.

6 LA MARCA :

6.1 Ámbito nacional

6.1.1 Evolución normativa:

Con la revolución industrial, los fabricantes empezaron a crear signos distintivos para tratar de diferenciar los productos que ofrecían en el mercado, por lo tanto, se vio la necesidad de otorgar una protección a estos signos específicos que estaba creando cada empresario para tratar de diferenciarse del resto. No fue hasta que se aprobó el Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio, cuando se empezó a regular esta materia. Posteriormente, la Ley de 1902 sobre Propiedad Industrial pudo desarrollar más este campo, unos años más tarde se creó el Estatuto de la Propiedad Industrial de 1929. No fue hasta el año 1988 cuando se creó una ley específica que regulara las Marcas de forma detallada. Actualmente esta materia se encuentra regulada en la Ley 17/2001 de 7 de diciembre, de Marcas y en el Real Decreto 678/2002, de 12 de julio.

A nivel **internacional**, cabe destacar la recomendación sobre la protección de las marcas, y otros derechos de propiedad industrial sobre signos, en Internet. Adoptada por la Asamblea de la Unión de París y la Asamblea General de la OMPI durante la trigésima sexta serie de reuniones de las Asambleas de los Estados miembros de la OMPI celebrada del día 24 de septiembre al 3 de octubre de 2001. Así como la Directiva 2008/95/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2008, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas, que tiene el objetivo de facilitar la libre circulación de productos y prestación de servicios en la Unión Europea, así como garantizar que las marcas registradas gocen de la misma protección en los ordenamientos jurídicos de todos los Estados miembros.⁸¹

⁸¹ Directiva 2008/95/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2008, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas

6.1. 2 Concepto de marca:

Vamos a tener como referencia en todo momento a la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas, ya que nos va a dar toda la información que necesitamos para conocer y analizar esta materia. En su artículo primero, se describe el ámbito de aplicación de esta ley:

“ 1. Para la protección de los signos distintivos se concederán, de acuerdo con la presente Ley, los siguientes derechos de propiedad industrial: a) Las marcas. b) Los nombres comerciales.

2. La solicitud, la concesión y los demás actos o negocios jurídicos que afecten a los derechos señalados en el apartado anterior se inscribirán en el Registro de Marcas, según lo previsto en esta Ley y en su Reglamento.

3. El Registro de Marcas tendrá carácter único en todo el territorio nacional y su llevanza corresponderá a la Oficina Española de Patentes y Marcas, sin perjuicio de las competencias que en materia de ejecución de la legislación de propiedad industrial corresponden a las Comunidades Autónomas, según se desarrolla en esta Ley.”⁸²

Podemos entender entonces, que tanto la marca como el nombre comercial, son signos distintivos que los empresarios emplean para tratar de diferenciar su producto en el mercado. Esta diferenciación tiene una doble finalidad:

Desde el punto de vista del **empresario**, la marca es una herramienta que ayuda a que su producto sea diferenciado y reconocido en el mercado, protegiéndole frente al plagio de productos idénticos.

Sin embargo, gracias a las marcas, el **consumidor** puede distinguir cada tipo de servicio y producto que se le ofrece, pudiéndolo comparar con otros y conociendo las características que engloban dicho producto que va a consumir.

⁸² Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas, artículo 1.

Además, de la **definición de Marca** proporcionada por la Ley de Marcas en su artículo cuarto: “Podrán constituir marcas todos los signos, especialmente las palabras, incluidos los nombres de personas, los dibujos, las letras, las cifras, los colores, la forma del producto o de su embalaje, o los sonidos (...)”⁸³ podemos extraer la idea de que la marca **es su signo**, y por lo tanto, una realidad intangible que para su percepción debe dotársela de forma sensible⁸⁴ (RIVIERO GONZÁLEZ, 2000), para materializarla en un producto, envase o en objetos utilizados en la prestación de servicios. Acorde a la moderna tendencia instaurada en el Derecho comparado, en el concepto de signo ha de incluirse cualquier representación que evoque una cosa⁸⁵ (AREÁN LALÍN).

El **signo** es el elemento fundamental de la marca, pero, aislado, no es marca; sino que para que la marca deberá estar compuesta por dos elementos: signo y producto (o servicio) designados⁸⁶ (BERCOVITZ, 2002). Los signos tendrán que tener un carácter autónomo y funcionalmente independiente porque solo podrán ser considerados como marcas, aquellos signos que se desplieguen en el espacio y que puedan percibirse con independencia del objeto que caracterizan.⁸⁷ (CHIJANE DAPKEVICIUS, 2007).

Cuando un empresario quiere obtener el **derecho exclusivo** a utilizar una marca, podrá hacerlo a través de la vía comunitaria o la vía nacional: en primer lugar, podrá solicitar una marca española, en virtud de las disposiciones normativas recogidas en la Ley de Marcas y su Reglamento de ejecución aprobado por el RD 687/2002 de 12 de julio. En este caso, la marca la concederá la Oficina Española de Patentes y Marcas de Madrid. Si el empresario lo que quiere es solicitar una marca europea, el proceso se guiará por el Reglamento CE 40/94 de 20 de diciembre de 1993. Y cuando ha realizado las formalidades legales necesarias, la marca comunitaria se la concederá la Oficina de Armonización del

⁸³ Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas, artículo 4.

⁸⁴ RIVIERO GONZÁLEZ, M. D, “Los problemas que representan en el mercado las nuevas marcas cromáticas y olfativas”, en RDM, nº 238, 2000. (Pág 1651).

⁸⁵ AREÁN LALÍN, M. “Signos que pueden constituir una marca comunitaria, en AA.VV. (Pág 53).

⁸⁶ BERCOVITZ, A., Introducción a las marcas y otros signos distintivos en el tráfico económico, Aranzadi-Thomson Company, Navarra, 2002. (Pág 59).

⁸⁷ CHIJANE DAPKEVICIUS, D. “Derecho de Marca”, IB DE F”, 2007. (Pág 28) .

Mercado Interior, un organismo comunitario con sede en Alicante que otorga una protección a nivel comunitario de la marca objeto del registro.

6.1.3 Funciones de la marca:

La función primordial de los signos marcarios es la **distinción de los productos y servicios que se ofrecen en el mercado**. Cualquier signo que pretenda acceder al Registro de Marcas, deberá cumplir esta cualidad.

Cuando los consumidores ven una marca, la asocian con un producto o servicio concreto, este es el objetivo de los empresarios: identificar y diferenciar su oferta con la del resto de competidores. Consecuentemente, cada Marca se va a encargar de proporcionar un identificador único e inequívoco para ayudar a los consumidores a buscar el servicio o producto que tienen en mente de forma rápida y sencilla. De esta forma se ordena el mercado y los consumidores pueden identificar, comparar y adquirir aquello que desean en todo momento.

Desde el **punto de vista económico** las marcas cumplen diferentes funciones: en primer lugar, se encargan de distinguir los productos y servicios ofertados en el mercado, señalando el origen empresarial y la calidad de cada producto. Además, cumplen una función publicitaria y otra relativa a la reputación de las ofertas existentes en el mercado (goodwill). Por último, podríamos hablar de una función que se desarrolla en todas las anteriormente mencionadas: la comunicativa o informativa⁸⁸, ya que los signos son un medio de comunicación por el transmiten al consumidor todas las características existentes en cada categoría de funciones que tienen las marcas.

Pero hay que tener en cuenta que no todas estas funciones económicas están protegidas de la misma manera en el ordenamiento jurídico⁸⁹. Por ello, debemos distinguir las funciones de las marcas desde una perspectiva meramente económica de aquellas funciones jurídicas de los signos marcarios.

⁸⁸ LEHAN, M. : “Il nuovo marchio europeo e tedesco”. Riv. Dir. Ind. N°6, I, 1995. (Pág 276).

⁸⁹ CIONTI, F.: “La funzione propria del marchio, Guifrè, Milano, 2004 (Pág 1).

- **Función Distintiva:**

La mayor parte de la doctrina está de acuerdo y entiende que la función principal y directamente tutelada por el ordenamiento jurídico, es la distintiva. Puesto que el resto de funciones no se podrían originar si la marca no es apta para identificar los productos o servicios que ofrece en el mercado en primer lugar.⁹⁰

Esta función está mencionada en numerosa normativa reguladora de este ámbito. Por ejemplo, en el artículo primero de la Ley de Marcas, se señala la labor distintiva de las marcas: “ Para la protección de los signos distintivos se concederán, de acuerdo con la presente Ley, los siguientes derechos de propiedad industrial (...)”.

La función distintiva se puede comprender desde una doble perspectiva: entendiendo que esta función sirve para la indicación de la procedencia empresarial de los productos y servicios ofertados, y, por otra parte, la distinción del producto o el servicio en concreto.

Todas las legislaciones coinciden en que la concebir a la marca como un signo que deberá tener una función distintiva en el mercado. Cabe destacar que solo gozarán de protección jurídica, aquellos signos que tengan las aptitudes necesarias para identificar y distinguir las diversas prestaciones empresariales ofertadas en el mercado.⁹¹ (CHIJANE DAPKEVICIUS, 2007).

- **Indicación de la procedencia empresarial:**

Ha habido parte de la doctrina que ha considerado que la principal función de las marcas es la indicación de la procedencia empresarial⁹². Puesto que la marca va a indicar al consumidor que todos los productos que la porten han sido producidos o distribuidos por una misma empresa⁹³. De esta manera, se le garantiza al consumidor o al usuario final la identidad de origen del producto o del servicio, diferenciándolo de otros que tienen otra procedencia.

⁹⁰ CHIJANE DAPKEVICIUS, D.:” El Derecho de Marcas”. Reus. 2007. (Pág 2).

⁹¹ CHIJANE DAPKEVICIUS, D. “Derecho de Marcas” cit. (Pág 29) .

⁹² FERNÁNDEZ-NÓVOA, C.:” Tratado sobre Derecho de Marcas”. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2001. (Pág 60).

⁹³ FERNÁNDEZ-NOVOA,C.. “Las funciones de la marca”. ADIV, 1978. (Pág 35).

Antiguamente, los consumidores daban mucha importancia a la procedencia empresarial de aquello que iban a consumir. Pero la revolución industrial, los avances tecnológicos en el área de la publicidad, así como los cambios que se han producido a lo largo del tiempo en la forma de consumir y el proceso de globalización. Han ocasionado el **distanciamiento del productor con los consumidores**, tanto es así que, actualmente, en la mayoría de los casos, el consumidor ignora la procedencia cierta de aquello que está consumiendo.

Teniendo esto en cuenta, aquellos que siguen reconociendo la existencia de esta función marcaria, precisan que aunque el consumidor pueda desconocer la identidad del empresario, confiará en que el producto presentará **siempre el mismo origen empresarial**⁹⁴, aunque esta procedencia puede comprender a varias empresas, relacionadas entre sí, en la medida en que dispongan de medios análogos para proporcionar a los objetos identificados, las mismas características⁹⁵

Cabe destacar la postura que defiende **Bercovitz** sobre este tema, ya que para él la marca no garantiza que los productos por ella individualizados procedan de un mismo núcleo productivo, sino solamente de empresas autorizadas por el titular de la marca, bien por la empresa de éste o bien por otras empresas distintas⁹⁶

Por otra parte, **Vanzetti** indicó que el si el signo marcario identificara al producto de manera independiente, es decir, sin nexo alguno con un específico núcleo productivo, significaría que la marca identifica a sus productos por la calidad de los mismos y no por su procedencia. Desde esta perspectiva, se otorgará una denominación “genérica” al producto dotado de esa calidad, libremente utilizable por todo aquel que ingrese al mercado un producto de tales características.⁹⁷

⁹⁴ BAYLOS CORROZA, H: “Tratado de Derecho Industrial”. Civitas, 2009, 3ª ed. (Pág 819).

⁹⁵ BRAUN, A.: “Précis des marques”. Larcier. (Pág 14)

⁹⁶ BERCOVITZ, A: “Introducción a las marcas y otros signos distintivos en el tráfico económico”. Aranzadi-Thomson Company, Navarra, 2001 (Pág 61).

⁹⁷ VANZETTI, A.: “Funzione e natura giuridica del marchio”. (Pág 40). H

Este autor concluye con la idea de que la marca no individualiza a un producto en concreto sino a toda una categoría o serie de artículos, que por provenir de una fuente productiva constante, no necesariamente reconocida por el consumidor, resultan diferenciados de los análogos ofertados en el mercado.⁹⁸

- **Distinción del producto o servicio:**

La regulación del nombre comercial, aproximando este signo distintivo a las marcas, instauro el principio de su libre cesión y la aplicación de la Clasificación Internacional de Productos o Servicios al registro de estos signos.

Autores como **Fernández-Novoa** han afirmado que en la mayoría de casos de licencia de marca, desaparece la función indicadora de la procedencia. También **Pellisè Prats** sigue esta idea, diciendo: “ las marcas no ofrecen al consumidor garantía alguna en concreto sobre el origen real del producto, que puede ser múltiple, con posibilidad real de características o calidades distintas según sea este origen en concreto”⁹⁹.

En líneas generales, podemos concluir con la afirmación de que los consumidores escogen los artículos que satisfacen su preferencia, sin prestar especial atención en la persona que los produce, sino que dan más importancia a los caracteres psicológicamente atribuibles a dichos productos, estos caracteres pueden resumirse en la imagen pública de la marca. Esta imagen puede haberse configurado en atención a las experiencias particulares del consumo o la publicidad que tiene la marca en concreto, tal y como indica Robles Morchon¹⁰⁰

- **Indicar la calidad de cada uno.**

Los consumidores presumirán que todos los productos o servicios que se ofertan bajo un mismo signo marcario, salvo que se indique lo contrario, **tendrán idénticas características y calidad**. En condiciones normales, el consumidor podrá confiar en que se mantenga un nivel de calidad concreto en torno al producto o servicio ofertado de una misma marca, porque los empresarios serán inducidos por la reglas del mercado a mantener la

⁹⁸ Ídem. (Pág 50).

⁹⁹ PELLISÉ PRATS, B.: “El problema de las marcas idénticas”. (Pág 379).

¹⁰⁰ ROBLES MORCHÓN, G: “Las marcas en el Derecho español (adaptación al Derecho comunitario”. Civitas, Madrid, 1995. (Pág 34).

calidad ofertada de todo aquello que producen, pues así conservarán la lealtad del consumidor.¹⁰¹

Desde esta perspectiva, el empresario será el primer interesado en mantener o mejorar la calidad de sus productos y servicios ofertados¹⁰², puesto que, de esta manera, construirá un prestigio en torno a su marca y conquistará una clientela que procurará conservar.¹⁰³

Las dos últimas funciones de los signos marcarios, las podemos resumir muy brevemente destacando lo siguiente:

- **Publicitar los productos o servicios ofertados.**

El hecho de asignar un signo marcario a un determinado producto o servicio, implica que existe una función publicitaria, puesto que, además de desarrollar su función distintiva, el signo reclamará la atención e interés del público consumidor.¹⁰⁴

- **Función informativa:**

Se encuentra implícita en el resto de las funciones anteriormente mencionadas porque todos los signos constituyen un medio de comunicación, transmitiendo concretamente información respecto al origen empresarial, calidad y reputación de los productos y servicios ofertados.

6.2 Ámbito comunitario:

En cuanto a la Marca en el marco comunitario, simplemente destacar brevemente la evolución normativa que ha habido y las funciones que cumplen que se asemejan a las funciones de la marca en el ámbito nacional. Es por ello por lo que he desarrollado más el concepto, las funciones y la normativa sobre “Las Marcas” en el ámbito nacional.

¹⁰¹ OTAMENDI, J. “*Derecho de Marcas*”, Lexisnexis Abeledo-Perrot, 2004. (Pág 10).

¹⁰² LOBATO, M. “Comentario a la Ley 17/2001, de Marcas”, Civitas, Madrid, 2007.

¹⁰³ JOHNSTON, L. “Drifting Toward Trademark Rights in Gross”. TMR 85, 1995. (Pág 19)

¹⁰⁴ GUGLIELMETTI, G (1978). : “Il marchio celebre de “haute renommée””. (Pág 190)

6.2.1 Normativa comunitaria:

El origen de la marca comunitaria se remonta al año 1993, con la creación del Reglamento (CE) 40/1994, de 20 de diciembre de 1993. Este Reglamento tenía como principal objetivo establecer un régimen de marcas común para que puedan establecer todas ellas tengan una protección uniforme en todos los países miembros de la Unión Europea. Ha sido modificado en numerosas ocasiones, en el año 2009 se publicó una versión codificada: el Reglamento (CE) 207/2009, de 26 de febrero de 2009, sobre la marca comunitaria. Posteriormente, volverá a ser modificado en el año 2015, por medio del Reglamento UE 2015/2424 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2015. Con estos cambios normativos, se hicieron numerosas modificaciones en la normativa reguladora de las marcas.

Posteriormente, en el año 2017 se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea, una versión codificada del reglamento: Reglamento (UE) 2017/1001 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de junio de 2017 sobre la marca de la Unión Europea.

6.2.2 Funciones de la marca en la Unión Europea:

Las funciones de la marca en el ámbito de la Unión Europea **coinciden con las recogidas en nuestra Ley de Marcas**. El tribunal de la UE considera que la función principal de las marcas es garantizar al consumidor o al usuario final, la identidad del origen del producto o del servicio que con ella se designa, permitiéndole distinguir sin confusión posible dicho producto o servicio de los que tienen otra procedencia.¹⁰⁵

En este sentido, podemos citar una gran variedad de jurisprudencia que reitera las funciones principales de la marca que acabamos de señalar, por ejemplo, la sentencia de 17 de octubre de 1990, SA CNL-SUCAL NV/HAG GF AG, C-10/89:

“14. Por consiguiente, como ha declarado este Tribunal de Justicia en múltiples ocasiones, el objeto específico del derecho de marca consiste particularmente en conferir al titular el derecho a usar la marca para introducir por primera vez un producto en el tráfico económico y, de este modo,

¹⁰⁵ GARCÍA PÉREZ, R. “El Derecho de Marcas de la UE en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia, WOLTERS KLUWER. (Pág 65).

protegerlo contra los competidores que pretendan abusar de la posición y del renombre de la marca vendiendo productos designados indebidamente con la misma. Con el fin de determinar el alcance preciso de este derecho exclusivo que se reconoce a favor del titular de la marca, es preciso tener en cuenta la función esencial de ésta, que consiste en garantizar al consumidor o al usuario final la identidad de origen del producto que con ella se designa, permitiéndole distinguir sin confusión posible dicho producto de los que tienen otra procedencia.”¹⁰⁶

¹⁰⁶ Sentencia de 17 de octubre de 1990, SA CNL-SUCAL NV/HAG GF AG, C-10/89.

6 CONCLUSIONES:

El consumidor medio en materia de marcas, ha sido una figura jurídica creada, principalmente, por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que, con ayuda de las Directivas comunitarias reguladoras de los derechos y características de los consumidores, han podido delimitar un concepto en torno al consumidor medio que permite a los tribunales resolver los litigios originados que se originen en relación con marcas comerciales y estos sujetos pasivos de manera más efectiva, habiendo delimitado las ideas principales en torno a esta figura.

Pero no es hasta el año 1998 cuando en la **sentencia Gut Springenheide**, se habla por primera vez de manera explícita de la figura del consumidor medio. Por lo tanto, debemos comenzar analizando el concepto que existía previamente en el ordenamiento jurídico sobre el consumidor, porque muchas de las características que se desarrollan jurisprudencialmente en torno a la figura del consumidor general, se van a repetir a la hora de delimitar el concepto de consumidor medio.

- **El consumidor general**

En primer lugar, podemos partir de la idea de que un **consumidor** será aquella persona (física o jurídica) que desarrolle una actividad en un ámbito ajeno a su actividad comercial o empresarial.

En segundo lugar, para diferenciar a los consumidores del resto de sujetos que forman parte de las relaciones contractuales, la **jurisprudencia comunitaria** elaboró un criterio que distinguía a los consumidores de los comerciantes en función de la **finalidad del contrato** para determinar si la persona mantiene su condición de consumidor o no.

En el caso de que se actúe como ejercicio de una **actividad profesional o** comercial, la persona ostentará la condición de vendedor. Pero, sin embargo, si se actúa con la finalidad de satisfacer las propias necesidades de **consumo privado** del individuo, se tendrá la condición de consumidor.

En tercer lugar, la jurisprudencia comunitaria establece que la normativa protectora de los consumidores deberá analizarse de manera **restrictiva**, ya que solo entrará en aplicación en aquellos contratos celebrados fuera e independientemente de actividades o finalidades profesionales, tanto actuales como futuras.

En cuarto lugar, sobre los **conocimientos** que debe tener el consumidor, debemos citar a la sentencia del TJUE de tres de septiembre de 2015, asunto C-110/14, ya que señala que el concepto de consumidor tiene un carácter objetivo y es independiente de los conocimientos concretos que pueda tener la persona de que se trata, o de la información de que dicha persona realmente disponga. Por lo que, no se le exige un nivel de conocimientos específico sobre aquello que está consumiendo.

En quinto lugar, hay que destacar que la condición de consumidor se deberá tener en el **momento de celebración del contrato**, ya que, el TJUE ha señalado en numerosas ocasiones que son irrelevantes los avatares posteriores a la celebración del contrato que tengan las partes contractuales, porque lo relevante es que se tenga la condición de consumidor cuando se celebra el contrato.

En sexto lugar, sobre el **ánimo de lucro**, el Tribunal Supremo ha establecido que será la regularidad aquello que determine si el ánimo de lucro excluye la condición de consumidor en la persona física. Puesto que realizar varias operaciones comerciales en un período corto de tiempo, se podría considerar que, con tales actos, se está realizando una actividad empresarial o profesional, dado que la habitualidad es una de las características de la cualidad legal de empresario.

- **El consumidor medio**

Una vez señaladas las principales características del consumidor en general, podemos analizar ahora aquellas que caracterizan al consumidor medio. De esta manera podremos tener en cuenta todas aquellas ideas que se han ido elaborando a lo largo del tiempo sobre el consumidor y sus figuras análogas.

En primer lugar, debemos mencionar la definición aportada por el TJUE en la sentencia Gut Springenheide sobre el **consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz**.

En segundo lugar, serán los **tribunales nacionales** los encargados de extrapolar este concepto a la realidad social, cultural y lingüística de su país. Para poder decidir si una denominación, marca o mención publicitaria puede o no inducir a error al consumidor medio. Para ello, también podrán mandar la elaboración de un informe pericial o un sondeo de opinión sobre la sociedad.

En tercer lugar, la **actitud** que adopte el consumidor está caracterizada por la subjetividad, puesto que no existe la obligación de que el consumidor deba informarse sobre aquello que está dispuesto a consumir.

La actitud y la información no son dos elementos totalmente independientes, sino que se interrelacionan e influyen mutuamente, tal y como señala el Abogado General Mischo en sus conclusiones relativas al asunto Gut Springenheide.

En cuarto lugar, el concepto de consumidor medio **no es estrictamente jurídico**, porque se basa también en las expectativas reales de los compradores, entendiéndoles como sujetos que están medianamente informados.

En quinto lugar, en cuanto a los **conocimientos** del consumidor medio, se presupone una “normalidad de conocimientos” que tiene sobre aquello que está consumiendo.

En algunos casos se informará con más detenimiento y en otros con menos, en función de **múltiples factores** tales como la confianza que deposite en la marca, experiencias pasadas o el país en el que realice la operación comercial.

En sexto lugar, los conocimientos del consumidor medio están acompañados por la **comprensión** que posee el mismo sobre la interpretación de la información existente en el etiquetado y la publicidad de los productos o servicios ofertados, así como las condiciones en las que estos se comercializan.

En séptimo lugar, la **Directiva del 11 de mayo de 2005**, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, emplea el concepto legal sobre el consumidor medio como parámetro estándar de medida de la deslealtad en un comportamiento comercial. Además, señala la importancia de los Tribunales nacionales de adaptar este concepto al entorno en el que se vaya a utilizar.

- **El consumidor real**

Hay que en cuenta que ni la jurisprudencia comunitaria ni la Directiva 2005/29 han optado por una **solución más o menos realista** sobre las características que presenta un consumidor en la actualidad, ya que se han creado un un concepto de “consumidor ideal” que siempre se informa y es consciente de aquello que consume, que dista mucho de la realidad.

Al **consumidor medio** podríamos caracterizarlo como aquel sujeto que no analiza la publicidad y características concretas de aquello que consume, sino que **focaliza** su atención sobre aquella información que esté buscando y no hacia la que le proporcione el comerciante, ciñendo su atención a las cabeceras y a las fotos.

El **consumidor real** muchas veces actúa como un observador relajado y distraído. Este comportamiento el comerciante lo conoce y lo utiliza a su favor empleando publicidad más visual y llamativa sobre aquellos aspectos que le interese destacar.

La **Unión Europea** ha sido consciente de la falta de desarrollo legislativo sobre la figura del consumidor más real, y ha intentado, a través de iniciativas legislativas y estratégicas adaptar las características existentes en torno a la figura del consumidor, a la realidad actual.

- **El Usuario Informado**

En el **Diseño Industrial** se crea una figura equivalente a la del consumidor medio en materia de marcas, para distinguir a aquellos diseños que puedan ser susceptibles de registro.

Solamente podrán acceder al registro, aquellos diseños que sean **nuevos** y tengan un **carácter singular**, que genere al usuario informado una impresión diferente de aquella que le ha podido producir otros tipos de diseños que han sido accesibles al público con anterioridad.

Ante la falta de definición expresa de sujeto, debemos atender a la jurisprudencia comunitaria que señala que el usuario informado es una **figura intermedia** entre el consumidor medio al que no se le exige un conocimiento previo y concreto sobre aquello que está consumiendo, y el experto en el sector que posee amplias competencias técnicas sobre lo que adquiere.

- **La Marca**

La marca y el nombre comercial, permiten diferenciar y controlar los productos y servicios existentes en el mercado, protege a los **empresarios** frente al plagio de productos idénticos, y ayuda a los **consumidores** a comparar los productos y servicios ofertados y poder informarse sobre aquello que están dispuestos a consumir.

Podrán tener la consideración de marca todos aquellos **signos**, que diferencien los productos o servicios que ofrecen de los del resto de sus competidores, siempre y cuando puedan representarse en el Registro de Marcas.

La **función** principal de las Marcas es la **distintiva**: esta indicará a los consumidores la procedencia empresarial de los productos y servicios ofertados, y distinguirá al producto o servicio con el resto que haya en el mercado.

Desde el punto de vista **comunitario**, el TJUE considera que la función principal de las marcas es garantizar al consumidor o al usuario final, la identidad del origen del producto o del servicio que con ella se designa, permitiéndole distinguir sin confusión posible dicho producto o servicio de los que tienen otra procedencia.

7 BIBLIOGRAFÍA:

- Bercovitz, A. *Reglamentos y Directivas de la Unión Europea referentes a la protección de los consumidores*. Ministerio de Sanidad y Consumo, 2002.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, R. Hernández Salas, J. Bercovitz Rodríguez-Cano. *Comentarios a La Ley General Para La Defensa de Los Consumidores y Usuarios*. Madrid :Civitas, Print. 1992
- Blanco Saralegui, J.M. *Análisis Práctico de l jurisprudencia del TS y del TJUE en Derecho del Consumidor y Ejecución Hipotecaria*. Thomson Reuters Aranzadi. 2018.
- Chijane Dapkevicius, D. *Derecho de Marcas*. Reus. 2007
- Cionti, F. *La funzione propria del marchio*, Guifrè, Milano. 2004.
- Fernández-Nóvoa, C. García Vidal, Á. *Derecho de marcas: Legislación, Jurisprudencia comunitaria (actualización)*. Marcial Pons. 2002
- Fernández -Nóvoa, C. *Tratado sobre Derecho de Marcas*. Marcial Pons, Madrid-Barcelona. 2001
- Fernández-Novoa, C. *Las funciones de la marca*. ADIV.1978
- Fernando Magarzo, M.R. *Algunos comentarios a la Directiva 2006/114 CE sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa*. 2018
- García Pérez, R. *El Derecho de Marcas de la UE en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Adaptado al Reglamento sobre la Marca de la UE, a la Directiva de Marcas y a la reforma de la Ley de Marcas (en vigor desde el 14 de enero de 2019)*. Wolters Kluwer. 2019.
- García-Valdecasas Dorrego, M.J. *Diálogo entre los Tribunales españoles y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la tutela judicial del consumidor al amparo de la directiva 93/13/CEE*. Colegio de Registradores de la propiedad y mercantiles de España. 2018
- Gonzalez Vaqué, L: “*La noción de consumidor medio según la jurisprudencia del tribunal de justicia de las comunidades europeas*”. Revista de Derecho Comunitario Europeo. 2004.
- Guglielmetti, G. *Il marchio celebre de haute renommée*. 1978
- Hernández Díaz-Ambroña, M.D. *Consumidor vulnerable*. Madrid. 2015.
- Howells, G. Wilhelmsson, T. *EC Consumer Law*. 1997
- Hualde Manso, T. *Del consumidor informado al consumidor real. El futuro del Derecho de Consumo Europeo*”, Dykinson, Madrid. 2016

- Incardona, R y Poribo, C. 2007, “*The average consumer, the unfair commercial practices Directive and the cognitive revolution*” *Journal of Consumer Policy* Issue, 2007, vol 30. Pág 22.
- Johnston, L.1995, “*Drifting Toward Trademark Rights in Gross*”. TMR 85. Pág 19
- Kur, A. 1994, “*Trips und das Markenrecht*”. GRUR. Pág 996
- Lehan, M. “*Il nuovo marchio europeo e tedesco*”. Riv. Dir. Ind. N°6, I, 1995. Pág 276.
- Lobato, M. 2007, “*Comentario a la Ley 17/2001, de Marcas*”, Civitas, Madrid.
- Martínez Gutiérrez. 2002, “*La marca engañosa*”, Civitas, Madrid, Pág 70-74.
- Otamendi, J. 2004, “*Derecho de Marcas*”, Lexisnexis Abeledo-Perrot,. Pág 10.
- Palau Ramirez, F .*El consumidor medio y los sondeos de opinión en las vengas año en derecho español y europeo*. 1998
- Pellisé Prats, B. 2000, “El problema de las marcas idénticas”. (Pág 379)
- Reyes López, M.J (Coord.). *Derecho Privado de Consumo*. Tirant lo Blanch, 2005.
- Robles Morchón, G. 1995, “*Las marcas en el Derecho español (adaptación al Derecho comunitario)*”. Civitas, Madrid, (Pág 34).
- Sena, G. 2001, “*Il nuovo diritto dei marchi: marchio nazionale e marchio comunitario*”, 3ª ed. Milano, Giuffrè. (Pág 20).
- Stuyck, J.2007, “*The Notion of the Empowered And Informed Consumer in Consumer Policy and How to Protect the Vulnerable Under Such a Regime*”, *The Yearbook of Consumer Law*. (Pages 168-169).
- Vanzetti, A. *Funcione e natura giuridica del marchio*. Milano : F. Vallardi. 1961
- Waddington, L. 2013, “*Vulnerable and Confused: The protection of vulnerable consumer under UE Law*”. *European Law Reivew*, , n°6.
- Wilhelmsson, T. *The informed consumer vs the vulnerable consumer in European Unfair Commercial Practices law-A Comment*, the yearbook of consumer law. 2007

Jurisprudencia:

Tribunal Constitucional:

Sentencia del Tribunal Constitucional 75/2017, de 19 de junio de 2017.

Sentencia del Tribunal Constitucional 145/2012, de 2 de julio de 2012.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea:

Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 14 de febrero de 2019, asunto C-630/17, Anica Milivojevic v. Raiffeisenbank St. Stefan-Jagerberg- Wolfsberg eGen.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE del 25 de enero de 2018, asunto C-498/16.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE del veinticinco de enero de 2018, asunto C-498/16.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE del tres de septiembre de 2015, asunto C-110/14, Costea.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 20 de Octubre de 2011, asunto C-281/10 P.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE, de 20 de enero de 2005, asunto C-464/01, Gruber.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 25 de octubre del año 2005, C-350/03, asunto Schulte.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 16 de junio de 1998, Asunto C-210/96. Gut Springenheide y Tusky.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 5 de marzo de 1996, asuntos Brasserie du pêcheur y Factortame, C-46/93 y C-48/93.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 3 de julio de 1997, asunto C-269/95.

Sentencia “Mars” del Tribunal de Justicia de la UE de 6 de julio de 1995, asunto C-470/93.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 19 de enero de 1993, asunto C-89/91.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 28 de octubre de 1992, asunto C-219/91, Ter Voort.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 20 de mayo de 1992, asunto C-290/90.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE 26 de abril de 1991, asunto C-112/89, Upjohn.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 7 marzo de 1990, asunto C-362/88.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE 14 de diciembre de 1982, Waterkeyn, asuntos acumulados 314/81, 315/81, 316/81 y 83/82.

Tribunal Supremo:

Sentencia del Tribunal Supremo 8/2018 del Tribunal Supremo, del día 10 de enero de 2018.

Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 2018, asunto 356/2018.

Sentencia del Tribunal Supremo 683/2017, de 18 de Diciembre de 2017.

Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de Diciembre de 2017, asunto 1312/2016

Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Octubre de 2016 2195/2016

Sentencia del Tribunal supremo 149/2014, de 10 se marzo de 2014.

Sentencia del Tribunal Supremo 16/2017, de 16 de enero; 224/2017, de 5 de abril.

Conclusiones Abogados Generales:

Conclusiones presentadas por el Abogado General Jean Mischo, J. El 12 de marzo de 1998, relativas al asunto C-210/96.

Conclusiones presentadas por el Abogado General Tesauro, G. El veinticuatro de octubre de 1991 relativas al asunto C-373/90.

Conclusiones del Abogado General sobre el asunto C-281/10 P.

Conclusiones del Abogado General Sr. Nial Fennelly, presentadas el 16 de septiembre de 1999, asunto Estée Lauder.

Conclusiones del Abogado General Geelhoed, relativas al asunto C-221/00 presentadas el 4 de julio de 2002.

Conclusiones del Abogado General Sr. Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer del 20 de febrero de 1997.

Normativa:

Real Decreto-Ley 1/2021, de 19 de enero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo el día 13 de Noviembre de 2020: Nueva Agenda del Consumidor.

Ley 3/2014 de 17 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

Informe de la Comisión al Parlamento y al Consejo sobre la conveniencia de establecer un sistema de Quique todo para la agricultura local y las ventas directas.

Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

Directiva 2008/95/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2008, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas.

Directiva 2006/114/CE del 12 de diciembre sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa.

Directiva 2005/29/CE relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior.

Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial, exposición de motivos.

Comunicación de la Comisión: “Estrategia en materia de política de los consumidores” de 7 de mayo de 2002. COM (2002), 208 final.

Comunicación de la Comisión europea sobre Derecho contractual europeo, de 11 de julio de 2001. COM (2001) 398 final.

Libro Verde sobre la protección de los consumidores en la Unión Europea. de 2 de octubre de 2001. COM (2001) 531.

Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 98/6/CE, de 16 de febrero de 1998.

Directiva 97/7/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 1997.

Directiva 93/13/CEE, del Consejo de 5 de abril de 1993.

Directiva 87/102/CEE, del Consejo de 22 de diciembre de 1986.

Directiva 85/577/CEE del Consejo de 20 de diciembre de 1985: “protección de los consumidores en los contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales”,

Directiva 2005/29/CE, sobre las prácticas comerciales desleales, artículo 2, a)

Reglamento (UE). Bruselas, 16/07/2003 COM (2003) 424 final.

Convenio de 27 de septiembre de 1968 sobre la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, artículo trece.

Directiva 84/450/CEE del Consejo, sobre publicidad engañosa, de 10 de septiembre de 1984.

Resolución del Consejo (UE) de 14 de abril de 1975: “programa preliminar de la Comunidad Económica Europea para una política de protección e información de los consumidores.”