

PONENCIA DE D. ENRIQUE MARTIN

CURSO
Aspectos Jurídicos,
Legales y Económicos
de la Propiedad Industrial
y las Nuevas Tecnologías

ELCHE 27/09/2017

LA DEFENSA LEGAL DEL BUEN NOMBRE

1.- DEL DERECHO AL NOMBRE AL DERECHO AL *BUEN NOMBRE*.

1.1.- Orígenes históricos del derecho al nombre.

El derecho al nombre surge con las revoluciones ilustradas, como un derecho de la personalidad inherente a la dignidad del ser humano.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre 1948, declara en su Artículo 6: “Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”.

Más específicamente, la Declaración de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1959 proclama solemnemente en su principio tercero: “El niño tiene derecho desde su nacimiento a un nombre”.

En el ámbito empresarial, este derecho al nombre se manifiesta en el registro de denominaciones sociales y del nombre de los productos y servicios ofertados por las empresas a título de marca.

Desde que existe el nombre existe asimismo la reputación y la necesidad de protegerla frente a ataques ilícitos. Ello se ha hecho especialmente grave desde la aparición de los medios de comunicación de masas, y en particular Internet (particularmente redes sociales), que permiten difundir – viralizar – en todo el mundo una noticia falsa o una opinión denigratoria en apenas un instante.

Ello ha sido respondido desde distintas instituciones legales que configuran un derecho subjetivo de nueva generación: el “derecho al buen nombre”.

1.2. Diversas formas de aludir al buen nombre: prestigio, reputación, honor.

En nuestro idioma, el “buen nombre” se expresa con diversas palabras que funcionan en una práctica sinonimia. Así se demuestra comparando sus definiciones en el Diccionario de la RAE:

-Prestigio:

1.- Pública **estima** de alguien o de algo, fruto de su mérito.

-Reputación:

1.- Opinión o consideración en que se tiene a alguien o algo;

2.- **prestigio o estima** en que son tenidos alguien o algo.

-Honor:

2.- Gloria o **buena reputación** que sigue a la virtud, al mérito o a las acciones heroicas, la cual trasciende a las familias, personas y acciones mismas de quien se la granjeas.

-Fama:

2. f. Opinión que la gente tiene de alguien o de algo.

3. f. Buena opinión que la gente tiene de alguien o de algo. Un escándalo manchó la fama de la institución.

Todos estos términos vienen a significar la buena opinión que evoca un nombre en la mente del público consumidor o los ciudadanos. Sin embargo, se usan de diversa forma en las distintas normas que lo regulan y por supuesto con efectos jurídicos distintos.

La Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas vigente (LM) utiliza exclusivamente el vocablo “prestigio” en su articulado. Sólo en una ocasión, en el Preámbulo, al hablar de la protección reforzada de marcas notorias y renombradas, cita que entre las novedades de la Ley figura “considerar indemnizable el daño infligido al **prestigio o reputación** de la marca”, considerando sinónimo ambos conceptos.

La Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal vigente (LCD) utiliza el término “**reputación**” y otro más exótico el “**crédito**”, que según la RAE significa -entre otras cosas- “Reputación, fama, autoridad”. Así, considera acto de denigración la realización o difusión de manifestaciones sobre la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero que sean aptas para menoscabar su crédito en el mercado, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes.

La Ley más compleja - o más rica, según se mire- es la 1/1982, de 5 de mayo, de Protección civil de derechos al honor, intimidad personal y propia imagen (Ley 1/1982). Esta Ley utiliza abrumadoramente el término honor. No obstante, usa también (una sola vez en cada caso) dos términos distintos:

- “**reputación**” en el art 7.3., que define como intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad personal o familiar: <<La divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su **reputación y buen nombre**, así como la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo.>>

- “**fama**” en el art. 7.1, que define como intromisión ilegítima: <<La imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que

*de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su **fama** o atentando contra su **propia estimación**>>.*

Una observación: sólo se protege el buen nombre. Sin embargo, hay marcas que exigen deliberadamente como posicionamiento la mala fama o mala reputación.

1.2.- La notoriedad y renombre ;conceptos cuantitativos o cualitativos?

Como vemos, pues, a la hora de hablar de la defensa de la reputación no sólo existen términos sinónimos, sino que es preciso acudir a los diccionarios o a su acepción en el lenguaje común y del comercio, dada la ausencia de una definición legal.

Para complicar un poco más las cosas, a menudo se citan como sinónimos los conceptos de notoriedad y renombre que se utilizan – exclusivamente- en la LM y que no coinciden exactamente con el concepto de reputación: hay marcas muy notorias o conocidas entre el público consumidor, que sin embargo no tienen prestigio (aerolíneas low cost, compañías telefónicas...).

En efecto, dos los elementos que determinan la notoriedad o el renombre de un signo, elementos cuantitativos y cualitativos, entendiendo los primeros como referencias al grado de conocimiento en los círculos interesados relevantes, a la duración, magnitud y alcance geográfico de la utilización y promoción de la marca, y los segundos, al valor asociado a la marca, que incluye el prestigio. Los primeros tienen más peso en la valoración de Jueces y Tribunales y son de prueba más sencilla.

1.5. El valor empresarial de la reputación.

Evidente, el sentido último de la protección de las marcas NO puede sólo la identidad o la diferencia, sino proteger la preferencia de los consumidores.

En este sentido, la reputación es una valiosa fuente de preferencia.

La marca es el nombre y la reputación el buen concepto que se tiene del mismo.

La gestión de la reputación tiene una lógica económica pues, en general, los consumidores exigen un buen comportamiento “social” a las empresas. Así, el estudio titulado “La actitud del consumidor hacia la responsabilidad social corporativa en el sector de la alimentación y bebidas”, realizado por PricewaterhouseCoopers, revela que el 39% de los consumidores españoles estarían dispuestos a pagar más por productos de empresas responsables.

Por su parte, los grandes almacenes norteamericanos WALT-MART emprendieron en el año 2007 una gran campaña de publicidad para que la mala reputación no perjudicara su negocio. Según un estudio realizado por McKinsey, entre un 2% y un 8% de los consumidores norteamericanos dejaban de comprar en WALT-MART por su imagen antipática:

De hecho, las empresas mueren en crisis de reputación sólo cuando el nombre queda irremisiblemente afectado, como ocurrió con ANDERSEN.

En suma, las empresas serias utilizan la gestión reputacional para añadir valor de marketing y por ende económico a su nombre. La reputación es el buen concepto que se tiene de la marca: permite capitalizar la preferencia.

La reputación es un activo económicamente valioso susceptible de protección legal.

2.- LOS ATAQUES AL BUEN NOMBRE DE LAS PERSONAS NATURALES.

2.1. El derecho constitucional al buen nombre:

Art. 18.1 de la Constitución de 1978:

“Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”.

Art. 7.7 Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo:

“Tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por el artículo 2 de esta ley: La imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación”.

2.2. Definición Legal del Honor:

STC 180/1999, de 11 de octubre:

<<(…) ese derecho ampara la buena reputación de una persona, protegiéndola frente a expresiones o mensajes que lo hagan desmerecer en la consideración ajena al ir en su descrédito o menosprecio o que sean tenidas en el concepto público por afrentosas (SSTC 107/1988, 185/1989, 171/1990, 172/1990, 223/1992, 170/1994, 139/1995, 3/1997) (...) El derecho al honor personal prohíbe que nadie se refiera a una persona de forma insultante o injuriosa, o atentando injustificadamente contra su reputación haciéndola desmerecer ante la opinión ajena...>>

2.3. Los límites del Derecho al Honor:

Las exigencias propias del pluralismo político y la democracia:

- El derecho a la información: art. 20.1 d) CE:

Se reconocen y protegen los derechos: d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La Ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades...

Se refiere a la comunicación de hechos.

Debe probarse: exigencia de interés general y veracidad (entendida como especial diligencia).

- La libertad de expresión: art 20. A) CE:

Se reconocen y protegen los derechos: a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.

Se refiere a opiniones o juicios de valor que no son susceptibles de prueba.

La crítica hiriente o desabrida es lícita, pero no existe un derecho constitucional al insulto, por lo que se descartan las opiniones humillantes, difamatorias o vejatorias.

2.4 La Protección Legal del Derecho al Honor:

En suma, la protección del derecho al honor de las personas naturales se ejercita principalmente:

- En vía constitucional: art. 18 CE y Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo
- En vía penal: delitos de injurias y calumnias. Principio de mínima intervención o última ratio.

3.- LOS ATAQUES AL BUEN NOMBRE DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

3.1. La protección constitucional del buen nombre empresarial

El derecho al honor comprende el prestigio profesional, por lo que las empresas pueden invocar la Ley 1/1982 frente a intromisiones ilegítimas en su derecho al honor.

STS de 13 de abril de 2011:

<<la jurisprudencia constitucional y la ordinaria admiten la procedencia de considerar incluido en la protección del honor el prestigio profesional, tanto respecto de las personas físicas como de las personas jurídicas>>

El prestigio profesional de una persona o empresa tiene repercusión en el ámbito social y económico, formando parte del marco externo de trascendencia en que se desenvuelve el honor.

La STS de 28 de abril de 1989, resuelve un caso de demanda de protección del honor de una sociedad frente a una cadena de televisión y otros demandados, en la que expresamente reconoce el derecho al honor de las personas jurídicas al señalar en su FJ segundo que:

<< no cabe duda del derecho a la protección del honor que ostentan, dentro de las características de su personalidad, las personas jurídicas (Sentencia 53/1983, de 20 de noviembre, del Tribunal Constitucional y 24 de octubre de 1988, de esta Sala) >>

3.2. La protección del buen nombre a través de la Ley 17/2001 de Marcas.

Mi compañero se ocupará de la protección del buen nombre en la LM (diferente de la acepción cuantitativa de la notoriedad y renombre). Yo me limitaré a hacer citar someramente los que estimo fundamentales:

-La prohibición del art. 8 de registrar y usar signos que impliquen un aprovechamiento indebido o un menoscabo del carácter distintivo o de la notoriedad o renombre de dichos signos anteriores.

- La recuperación del derecho de exclusiva del titular de la marca vs el agotamiento del derecho de marca prevista en el art. 36.2 que, sin citar expresamente los vocablos “prestigio” o “reputación”, establece el derecho de determinadas marcas a un proceso de distribución selectiva que tiene por objeto garantizar una presentación que realce los productos en el punto de venta, incluyendo colocación, reputación, presentación de productos y política comercial.

-El art 43.3, incluye en el cálculo de la indemnización de daños y perjuicios el daño infligido al prestigio o reputación de la marca.

3.3. La protección del buen nombre a través de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

-Artículo 9. Actos de denigración:

Se considera desleal la realización o difusión de manifestaciones sobre la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero que sean aptas para menoscabar su crédito en el mercado, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes.

-Artículo 10. Actos de comparación:

La comparación pública, incluida la publicidad comparativa, mediante una alusión explícita o implícita a un competidor estará permitida si cumple los siguientes requisitos:

a) Los bienes o servicios comparados habrán de tener la misma finalidad o satisfacer las mismas necesidades.

b) La comparación se realizará de modo objetivo entre una o más características esenciales, pertinentes, verificables y representativas de los bienes o servicios, entre las cuales podrá incluirse el precio.

e) La comparación no podrá contravenir lo establecido por los arts. 5, 7, 9, 12 y 20 en materia de actos de engaño, denigración y explotación de la reputación ajena.

Artículo 11. Actos de imitación

La imitación de prestaciones de un tercero se reputará desleal cuando resulte idónea para generar la asociación por parte de los consumidores respecto a la prestación o comporte un aprovechamiento indebido de la reputación o el esfuerzo ajeno.

La inevitabilidad de los indicados riesgos de asociación o de aprovechamiento de la reputación ajena excluye la deslealtad de la práctica.

4.- LAS MARCAS EN CUANTO QUE DISTINTIVOS DE LA PERSONALIDAD.

4.1. ¿Cabría una protección del buen nombre de las marcas a través de la Ley 1/1982?

A priori, las marcas no son signos distintivos de la personalidad, pues su misión es distinguir en el mercado los productos o servicios de una empresa de los de otras y es obvio que ni los activos intangibles ni los bienes y servicios son titulares de derechos subjetivos.

Sin embargo, un primer indicio de que las marcas podrían eventualmente funcionar como signos distintivos de la personalidad es la posibilidad de conflicto prevista en el artículo 9 LM, por cuya virtud:

<<1. Sin la debida autorización, no podrán registrarse como marcas:

a) El nombre civil o la imagen que identifique a una persona distinta del solicitante de la marca.

b) El nombre, apellido, seudónimo o cualquier otro signo que para la generalidad del público identifique a una persona distinta del solicitante.

d) El nombre comercial, denominación o razón social de una persona jurídica que antes de la fecha de presentación o prioridad de la marca solicitada identifique en el tráfico económico a una persona distinta del solicitante, si, por ser idéntica o semejante a estos signos y por ser idéntico o similar su ámbito de aplicación, existe un riesgo de confusión en el público.>>

Un segundo indicio de la posibilidad de conflicto es la definición legal de nombre comercial del art. 87.1 LM, que abona la ya reconocida incompatibilidad entre nombres comerciales y denominaciones sociales:

<<Se entiende por nombre comercial todo signo susceptible de representación gráfica que **identifica a una empresa en el tráfico mercantil** y que sirve para distinguirla de las demás empresas que desarrollan actividades idénticas o similares.>>

Hay un tercer indicio: la Ley 1/1982 no contiene un *numerus clausus* de signos distintivos de la personalidad: El art 7 sólo cita el nombre, la voz o la imagen.

La LM incluye el apellido, seudónimo o cualquier otro signo que para la generalidad del público identifique a una persona física, así como el nombre comercial, la denominación o razón social de una persona jurídica.

4.2. Supuestos de solapamiento entre los signos distintivos y los signos distintivos de la personalidad:

- Una intromisión ilegítima en el derecho al honor de una persona jurídica, cuya denominación social coincida con la marca: BAYER.

- Cuando la denominación social no coincide con la marca, pero es la marca la que identifica a la empresa para la generalidad del público: COLA CAO, etc.

- Cuando la marca identifica inequívocamente a la persona jurídica (ADIDAS, NIKE) o incluso a la persona natural (caso PRINCE).

En estos casos, la marca pasa de ser un mero identificador de p/s para convertirse en un verdadero signo distintivo de la personalidad.

5.- DISTRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDADES EN INTERNET

Las principales fuentes de Riesgo Reputacional para marcas y empresas son

- Los medios de comunicación, incluyendo medios digitales y redes sociales en Internet
- Los competidores
- Organizaciones de Consumidores, ONGs, etc.
- Los clientes

Frente a los medios de comunicación se utilizarán principalmente las acciones previstas en la Ley 1/1982, así como la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación.

Contra los competidores se podrán utilizar todas y cada una de las instituciones citadas: LM, LCD, Ley 1/1982.

Contra las asociaciones y ONGs que fiscalizan el comportamiento en el mercado – por ejemplo, un reportaje negativo en una revista de una organización de consumidores, se utilizará preferentemente la Ley 1/1982.

¿Pero qué ocurre con los clientes?

La libertad de expresión constituye un límite casi absoluto a su favor y obtendrá una protección reforzada. Pero si los insultos de los clientes o los hechos falsos por ellos divulgados incumplen gravemente el estándar de la Ley 1/1982, podrán ser demandados.

No podrán utilizarse sin embargo la LM y la LCD, porque se aplican respectivamente a “competidores” (que ofrecen los mismos o similares p/s) y “concurrentes” (aquellos cuyos actos se revelen objetivamente idóneos para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero, aunque no tengan una relación de competencia directa).

La LCD contempla comportamientos desleales entre concurrentes y de las empresas frente a los consumidores, pero no de los consumidores hacia las empresas.

Sin embargo, cabría eventualmente la interposición por actos de competencia desleal contra:

- Insultos a la marca o la persona jurídica de bloggers o clientes que obtengan remuneración, beneficio o ventaja por sus comentarios;
- Cuando dichas opiniones o comentarios denigratorios estén promovidas por un tercero competidor o concurrente (caso TripAdvisor);

Asimismo, cabrá acción:

- Contra los titulares de redes sociales de conformidad con la LSSI que no tuvieran conocimiento efectivo y que actúen con la debida diligencia en la eliminación de contenidos o links a contenidos ilícitos;

- El propio usuario de redes sociales que actúa en su propio nombre, incluso cuando retuitea o comparte mensajes, enlaces o wasaps (servicios de mensajería instantáneos).
- Existe potencial responsabilidad del Community manager.