

Asunto C-657/11, Belgian Electronic Sorting Technology NV

Daniel Hermoso Pérez

Índice

1. Introducción	3
2. Asunto C-657/11, <i>Belgian Electronic Sorting Technology NV</i>	4
<u>2.1. Antecedentes de hecho</u>	4
<u>2.2. Concepto de “publicidad” en las Directivas 84/450/CEE y 2006/114/CE, Registro y utilización de un nombre de dominio y Utilización de indicadores de hipertexto en los metadatos de un sitio de Internet</u>	5
2.2.A. <i>Concepto de publicidad</i>	5
2.2.B. <i>Registro de un nombre de dominio</i>	6
2.2.C. <i>Utilización de un nombre de dominio</i>	8
2.2.D. <i>Uso de indicadores de hipertexto en los metadatos de un sitio de Internet</i>	10
3. Conclusión	12
4. Bibliografía	13

1. Introducción.

El rápido desarrollo tecnológico ha permitido que, en un pequeño lapso de tiempo, se haya producido la irrupción de Internet en el contexto mediático, lo que ha supuesto multitud de cambios en una gran variedad de ámbitos, desde la aparición del correo electrónico, que ha convertido en algo obsoleto la mensajería por correo ordinario, pasando por las descargas ilegales, hasta el ámbito de la publicidad.

Concretamente, en el tema que nos interesa, podemos encontrarnos con el hecho de que Internet ha supuesto una revolución total en el mundo de la publicidad, principalmente por una de sus grandes ventajas frente a otros medios, éste permite el acceso a todo tipo de sociedades a la publicidad, sin importar el tamaño de éstas. Como afirma la profesora Clara Muela Molina la masificación del medio ha producido una *“democratización de la publicidad”* cosa que ha supuesto que *“una pequeña o mediana empresa, cuyo ámbito de actuación esté muy localizado geográficamente, puede competir con una gran empresa nacional o, incluso, con una multinacional en igualdad de condiciones, planificando sus campañas on-line con las mismas herramientas y consiguiendo resultados muy similares”*. Pero no solo por lo mencionado ha supuesto una revolución sino que no debemos olvidar, como manifiesta el profesor González, que Internet *“no es un sólo medio, sino varios”* que se compone de una enorme cantidad de modos de hacer publicidad como los banners, pop-ups, correos electrónicos, etc. Y lo que es más importante, esta gran variedad de modos de hacer publicidad continua en aumento cada día y eso es lo que nos lleva a que actualmente no exista una enumeración exacta y tanto doctrina como jurisprudencia se afanan en intentar determinar de la forma mas concreta posible un concepto que englobe todas estas comunicaciones.

Habiendo hecho hincapié en el gran abanico de posibilidades que ofrece Internet de cara a la aparición de nuevas formulas de publicidad en el presente documento estudiaremos, en base a una novedosa resolución del Tribunal de Justicia Europeo, si el registro de un nombre de dominio y su uso, así como la utilización de indicadores de hipertexto en los metadatos de un sitio de Internet pueden considerarse medios publicitarios idóneos para encajar en el concepto concebido por la Comunidad Europea en las Directivas 84/450 y 2006/114.

Comenzaremos el comentario del Asunto C-657/11, Belgian Electronic Sorting Technology NV observando la interpretación del Tribunal de Justicia del concepto de publicidad que se encuentra en las Directivas 84/450 y 2006/114, siendo al respecto interesante como resuelve las posibles controversias surgidas entre el concepto mencionado y la definición de comunicación comercial que se prevé en la Directiva 2000/31, convirtiéndose sin lugar a dudas en la cuestión que, bajo mi opinión, mayor interés puede tener de la resolución que vamos a comentar y a la que sin lugar a dudas más esfuerzos he dedicado.

Por otro lado, comentaremos la interpretación del Tribunal acerca del registro y uso de nombres de dominio y su posible relación con el concepto de publicidad, así como de la posibilidad de incluir los indicadores de hipertexto que se encuentran en los metadatos de los sitios de Internet en el concepto mencionado.

2. Asunto C-657/11, Belgian Electronic Sorting Technology NV.

2.1. Antecedentes de hecho.

El supuesto que provoca la cuestión prejudicial planteada ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea surge por un conflicto entre la empresa Belgian Electronic Sorting Technology NV (en adelante BEST) y Don Bert Peelaers junto con la compañía Visys NV (en adelante Visys), ambas dedicadas al diseño, la producción y la comercialización de clasificadores y líneas de clasificación de tecnología láser. En este aspecto, la compañía BEST, fundada el 11 de abril de 1996, crea los modelos de clasificador denominados “Helius”, “Genius”, “LS9000” y “Argus”. Por otro lado, Visys es creada el 7 de octubre de 2004 por don Bert Peelaers, anterior trabajador de BEST.

El conflicto entre ambas compañías comienza principalmente el 3 de enero de 2007 cuando don Bert Peelaers, antiguo trabajador de BEST, decide registrar, por cuenta de Visys, el nombre de dominio “www.bestlasersorter.com”, siendo el contenido del sitio de Internet alojado con este nombre de dominio idéntico al de los demás sitios de Internet de Visys, accesibles mediante los nombres de dominio “www.visys.be” y “www.visysglobal.be”.

El cuatro de abril de 2008, BEST, presenta la solicitud de la marca Benelux gráfica “BEST” para los productos y los servicios comprendidos en las clases 7, 9, 40 y 42, según lo previsto en el Arreglo de Niza relativo a la Clasificación Internacional de Productos y Servicios para el Registro de Marcas, de 15 de junio de 1957, en su versión revisada y modificada.

Más adelante, el 23 de abril del mismo año un agente judicial comprueba que al introducir las palabras “Best Laser Sorter” en el motor de búsqueda “www.google.be”, este muestra como segundo resultado de la busca, después del sitio de BEST, el sitio de Internet de Visys. Asimismo, el mencionado agente también se percató de que Visys estaba utilizando en sus páginas web los indicadores de hipertexto “Helius sorter”, “LS9000”, “Genius sorter”, “Best+Helius” y “Best nv”.

Una vez puesto en conocimiento de la compañía BEST tanto el registro y uso del nombre de dominio “www.bestlasersorter.com” así como la utilización de indicadores de hipertexto en los metadatos de los sitios de Internet de Visys, considerando que esta situación perjudicaba a su marca y a su nombre comercial, además de infringir la normativa en materia de publicidad engañosa y comparativa y la relativa al registro ilícito de nombres de dominio, el 30 de abril de 2008 BEST decide demandar a Visys y don Bert Peelaers con el fin de conseguir que cese tal situación de menoscabo de su marca. En respuesta a tal hecho, don Peelaers y Visys formulan una demanda reconvenzional solicitando la anulación de la marca Benelux Gráfica “BEST”.

El 16 de septiembre de 2008, el voorzitter van de rechtbank van koophandel te Antwerpen (el Tribunal de Comercio de Amberes) dicta sentencia declarando infundadas las pretensiones de BEST a excepción de la relativa a la infracción, debido a la utilización de los indicadores de hipertexto, de la normativa en materia de publicidad comparativa y engañosa y desestimando la demanda reconvenzional formulada por don Bert Peelaers y Visys.

BEST, ante la decisión del Tribunal, decide interponer un recurso de apelación, al que se adhieren don Bert Peelaers y Visys, ante el hof van beroep te Antwerpen (el Tribunal de apelación de Amberes), quien desestima la totalidad de las pretensiones de BEST, incluso la relativa a la infracción de las normas en materia de publicidad comparativa y engañosa y asimismo decide

anular la marca Benelux gráfica “BEST” por considerar que esta carece de carácter distintivo.

BEST, que tampoco se encuentra en acuerdo con la última resolución judicial, decide interponer un recurso de casación ante el órgano jurisdiccional remitente quien, mediante sentencia de 8 de diciembre de 2011, desestima los motivos invocados por BEST a excepción del relativo a la infracción de la normativa en materia de publicidad comparativa y engañosa. En estas circunstancias el Hof van cassatie (el Tribunal de Casación) decide suspender el curso de las actuaciones y plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea la siguiente cuestión prejudicial:

“¿Debe interpretarse el concepto de “publicidad” que figura en el artículo 2 de la Directiva [84/450] y en el artículo 2 de la Directiva [2006/114] en el sentido de que engloba, por una parte, el registro y la utilización de un nombre de dominio y, por otra, la utilización de [indicadores de hipertexto] en los metadatos de un sitio de Internet?”

2.2. Concepto de publicidad en las Directivas 84/450/CEE y 2006/114/CE, Registro y uso de un nombre de dominio y utilización de indicadores de hipertexto en los metadatos de un sitio de Internet.

2.2.A. Concepto de publicidad en las Directivas 84/450 y 2006/114.

Mediante la cuestión prejudicial planteada se solicita al Tribunal Europeo que se pronuncie sobre si el supuesto de hecho que se encuentra a debate, el registro de un nombre de dominio y su uso así como el uso de indicadores de hipertexto en los metadatos de un sitio de Internet, encaja en la definición de publicidad que se desprende de los artículos 2, punto 1, de la Directiva 84/450 y 2, letra a) de la Directiva 2006/114, donde se define el concepto de publicidad como *“toda forma de comunicación realizada en el marco de una actividad comercial, industrial, artesanal o liberal con el fin de promover el suministro de bienes o la prestación de servicios, incluidos los bienes inmuebles, los derechos y las obligaciones”*.

De la definición expuesta podemos deducir lo extremadamente amplio que resulta el concepto de publicidad, cosa que favorece que se pueda presentar de formas muy variadas, lo que supone que la pertinente legislación no solo tiene que ser aplicable a las formas clásicas de publicidad sino que también debe adaptarse a los nuevos métodos¹, entre los que se incluye lógicamente Internet. En este aspecto concuerda tanto la opinión del Tribunal como la de gran parte de la doctrina al considerar que la evolución de Internet, con palabras de la profesora doña María del Rosario Fernando Magarzo, supone un nuevo canal de comercio que ha dado lugar a una *“nueva modalidad publicitaria conocida como publicidad on-line o publicidad en Internet. Figura que abarca, a su vez, todo un conjunto de formas o herramientas publicitarias diversas”*.

Llegados a este punto, habiendo concluido que Internet es un medio idóneo para llevar a cabo comunicaciones que se pueden encontrar dentro del concepto de publicidad de las Directivas 84/450 y 2006/114, el Tribunal pasa a dilucidar si los actos realizados por don Bert Peelaers y la compañía Visys pueden constituir una forma de publicidad en el sentido de las normas mencionadas.

¹ Véase: Sentencia de 23 de Octubre de 2001, del Tribunal de Justicia Europeo. Asunto C-112/99 “Toshiba Europe”. Sentencia de 23 de febrero de 1999, del Tribunal de Justicia Europeo. Asunto C-63/97 BMW.

Así, el Tribunal afirma que para constatar si cierta práctica se encuentra dentro del ámbito de aplicación de las Directivas 84/450 y 2006/114, es decir, si puede considerarse una forma de publicidad, se debe conocer la finalidad fundamental de estas y para ello se debe acudir principalmente al artículo primero de ambas, donde se dispone la necesidad de proteger a los consumidores y, principalmente, a los comerciantes de las desventajas y los efectos que pueden acarrear un uso abusivo o ilícito de la publicidad. En este punto me resulta interesante resaltar la evolución de la redacción del artículo primero de las Directivas mencionadas, ya que en la 84/450 se expone como primer afectado por los efectos del mal uso de la publicidad al consumidor sin dejar, claro esta, de lado al comerciante, mientras que en la directiva más moderna, la 2006/114, se identifica como objetivo principal de la protección de la publicidad engañosa y sus consecuencias al comerciante. Cabe mencionar que en esta última Directiva el legislador no se olvida de los consumidores ya que, como afirma en el considerando cuarto, la publicidad afecta tanto a consumidores como a comerciantes.

En referencia a lo expuesto en los epígrafes anteriores, el Tribunal de Justicia concluye interpretando que el legislador europeo pretende crear un régimen que comprenda cualquier tipo de manifestación publicitaria, independientemente de si esta finaliza o no en la celebración de un contrato, es decir, se pretende evitar a toda costa que mediante la publicidad se pueda perjudicar tanto a consumidores como a comerciantes. En efecto, esta consideración converge en la aplicación de la normativa a cualquier acto que cumpla los siguientes requisitos: que se pueda considerar una forma de comunicación, que se realice por un comerciante o en el ejercicio de una actividad comercial, que se lleve a cabo con el objeto de promover productos o servicios, y que pueda influir en el comportamiento económico de los consumidores y que, por lo tanto, pueda afectar a sus competidores.

2.2.B. Registro de un nombre de dominio.

El siguiente punto que pasa a estudiar el Tribunal de Justicia Europeo consiste en determinar si el registro de un nombre de dominio², en este supuesto “www.bestlasersorter.com”, se puede considerar una forma de publicidad. En este aspecto, el Tribunal comienza por recalcar que el registro de un nombre de dominio es un mero acto formal mediante el que se hace constar en una base de datos la relación entre una dirección IP y un nombre determinado, cosa que no significa ni más ni menos que cuando un usuario teclea tal denominación es dirigido a la dirección IP enlazada.

En efecto, el Tribunal resuelve la cuestión partiendo de una idea muy simple, registrar un nombre de dominio no significa que este se vaya a utilizar posteriormente para crear un sitio de Internet, cosa que implica que los consumidores pueden no llegar a tener conocimiento de tal nombre de dominio y, por tanto, el resultado sería un acto que no constituye en ningún caso una comunicación, principalmente porque no tiene influencia en el comportamiento de los consumidores. Esto implica a simple vista que tal acto no puede encajar en el concepto de publicidad que se desprende de las directivas 84/450 y 2006/114.

Esta sección de la sentencia me resulta realmente curiosa principalmente por dos motivos.

En primer lugar, encontrándome de acuerdo con el Tribunal Europeo de Justicia en el planteamiento respecto a que el registro de un nombre de dominio puede no llegar a ser una

² Un nombre de dominio se define como un conjunto de caracteres alfanuméricos que conforman un nombre único el cual está ligado y define a un sitio web.

comunicación y, por tanto, no puede encajar en el concepto de publicidad. Remitiéndome a lo dispuesto por este mismo tribunal en el párrafo 39 de la misma sentencia que estamos tratando, donde afirma que el concepto de publicidad en el sentido de las Directivas 84/450 y 2006/114 no puede dejar fuera de su cobertura ninguna actividad realizada por un comerciante para promover la venta de sus productos o de sus servicios que pueda influir en el comportamiento económico de los consumidores y que, por lo tanto, afecte a sus competidores, me lleva a plantearme que el Tribunal se equivoca completamente en cuanto a la redacción del epígrafe en cuestión, principalmente al utilizar la expresión “ninguna actividad”, puesto que tras haber pretendido dejar claro que es estrictamente necesario que se de un acto de comunicación para que estemos ante un hecho publicitario y que por tanto se puedan aplicar las Directivas que hemos mencionado, bajo mi punto de vista deja abierta la puerta a que se pueda introducir en la terminología utilizada actos que sin llegar a ser verdaderas comunicaciones puedan alterar la voluntad de los consumidores, como por ejemplo el registro de un nombre de dominio, ya que estamos ante una actividad realizada por un comerciante, don Bert Peelaers en nombre de Visys, con la finalidad de promover la venta de sus bienes y servicios que puede influir en el comportamiento de los consumidores, aunque sea de forma indirecta, por ejemplo, buscando dificultar el acceso a la información relativa a los bienes y servicios ofrecidos por BEST y que, por lo tanto, puede afectar a la competencia.

Por otro lado, por lo que respecta a la intervención de la representación que actúa en defensa de los intereses de BEST, me parece realmente curioso que, partiendo del hecho de que en el párrafo 44 de la sentencia el Tribunal recuerda a BEST que tiene otras disposiciones legales para luchar contra esta situación, es decir, el registro del nombre de dominio, no haya formulado una reclamación contra don Bert Peelaers por piratería de dominio, más comúnmente denominada ciberocupación o cybersquatting³. En vista de la cantidad de doctrina existente, sin entrar a citar el artículo 2 f) de la Directiva 2000/31, en lo concerniente al registro de dominios hasta la fecha en la que se inicia el proceso que estamos tratando, bajo mi punto de vista, resulta a todas luces evidente que no se iba a dar la razón en este punto a BEST, en tal caso, la defensa de dicha compañía tendría que haber optado desde un principio por acudir a la OMPI⁴ e interponer una reclamación para que se procediera a la devolución del nombre de dominio puesto que, en mi opinión, se cumplen de sobra los criterios de aplicación de la Política Uniforme (UDRP)⁵ creados por la ICANN⁶.

3 Por ciberocupación se entiende el registro anticipado y de mala fe de marcas como nombres de dominio por personas que no tienen derecho alguno sobre dichos nombres. Los ciberocupas se aprovechan del hecho de que el sistema de registro de nombres de dominio funciona por orden de solicitud, procediendo al registro de nombres de marcas, personalidades o empresas, así como de variaciones de dichos nombres con el fin último, como norma general, de vender el nombre de dominio al titular de la marca o atraer un gran número de visitas a un sitio Web en el que se publiquen ofertas comerciales que no guardan relación con el nombre o que, guardando relación con el nombre, puedan inducir a confusión.

4 OMPI: Organización Mundial de la propiedad intelectual. Organismo especializado del Sistema de las Naciones Unidas, creado en 1967, dedicado a fomentar el uso y la protección de las obras del intelecto humano. Tiene a su cargo la administración de 26 tratados internacionales que abordan diversos aspectos de la regulación de la propiedad intelectual.

5 UDRP: Uniform Domain-Name Dispute-Resolution Policy (Política de Resolución de Disputas de Nombres de Dominio Uniformes). Proceso establecido por ICANN para la resolución de aquellas disputas relacionadas con el registro de nombres de dominio en Internet. Tres son los criterios de aplicación de la Política Uniforme: 1) el nombre de dominio registrado por el titular debe ser idéntico o similar, hasta el punto de crear confusión, con respecto a una marca de productos o de servicios sobre la que el demandante tiene derechos; 2) el titular del nombre de dominio no tiene derechos o intereses legítimos respecto del nombre de dominio en cuestión; 3) el nombre de dominio ha sido registrado y se utiliza de mala fe.

6 ICANN: Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (Corporación de Internet para la Asignación de Nombres y Números). Entidad sin fines de lucro que opera a nivel internacional, responsable de asignar las direcciones del protocolo IP, de los identificadores de protocolo, de las funciones de gestión del sistema de dominio y de la administración del sistema de servidores raíz.

2.2.C. Utilización de un nombre de dominio.

En lo que al uso de un nombre de dominio se refiere el Tribunal de Justicia Europeo considera que, al contrario que con el registro, si puede constituir un acto de publicidad. En efecto, fundamenta su resolución en dos cuestiones que permiten que los hechos se ajusten a lo que podemos concebir como concepto de publicidad. En primer lugar, el Tribunal recuerda que don Bert Peelaers y Visys llevan a cabo el uso del nombre de dominio en el ejercicio de una actividad comercial con la obvia finalidad de promover el suministro de sus bienes o la prestación de sus servicios. Por otro lado manifiesta que los demandados en el litigio principal eligen cuidadosamente y de forma totalmente consciente el nombre de dominio “www.bestlasersorter.com”, denominación que hace referencia a determinados productos de una precisa sociedad, con el fin de conseguir que el mayor número posible de usuarios de Internet y por tanto de potenciales consumidores visiten el sitio y puedan interesarse por su oferta, cosa que significa a todas luces que los demandados mediante el uso del nombre de dominio llevan a cabo un acto que puede considerarse una comunicación y por lo tanto encajar en el concepto de publicidad que se desprende de las Directivas 84/450 y 2006/114.

Como podemos observar en el epígrafe anterior, se dan todos los requisitos que se exigen para que se cumpla la definición de publicidad de los artículos 2, punto 1, de la Directiva 84/450 y 2, letra a), de la Directiva 2006/114. Pero, en contraposición a la opinión del Tribunal, me resulta importante reseñar el parecer que expresan don Bert Peelaers y Visys, quienes recuerdan la existencia de la Directiva 2000/31 sobre comercio electrónico, más concretamente su artículo 2 f) donde se expone de forma clara que “*no se consideran comunicaciones comerciales (...) los datos que permiten acceder directamente a la actividad de dicha empresa, organización o persona y, concretamente el nombre de dominio o la dirección de correo electrónico*”. Es interesante esta manifestación por la parte demandada en el litigio por cuanto ayuda a que el Tribunal se pronuncie sobre un hecho que, bajo mi punto de vista, es realmente importante, ya que crea un precedente que resultará realmente significativo en posteriores procesos de carácter similar. Así pues, encontramos el hecho interesante en la respuesta que da el Tribunal a las alegaciones de la parte demandada, recalcando éste que la exclusión de los nombres de dominio prevista en el mencionado artículo “*no significa en modo alguno que tales datos y tales comunicaciones estén igualmente excluidos del concepto de «publicidad», a efectos del artículo 2, punto 1, de la Directiva 84/450, y del artículo 2, letra a), de la Directiva 2006/114, ya que este último concepto se define con inclusión expresa de toda forma de comunicación*”.

Con el fin de apoyar su decisión el Tribunal se refiere además a dos cuestiones. En primer lugar, afirma que, en base al artículo 1 de las Directivas 84/450 y 2006/114 se persiguen objetivos distintos a los que se buscan proteger con la Directiva 2000/31. Y en segundo lugar, alude al considerando 11 y al artículo 1, apartado 3, de la Directiva 2000/31 donde se expresa que “*ésta se aplica sin perjuicio del nivel de protección de los intereses de los consumidores y que la Directiva 84/450 y, por lo tanto, la Directiva 2006/114 sigan siendo igualmente plenamente aplicables a los servicios prestados en relación con la sociedad de la información*”.

Habiendo visto la opinión del Tribunal en este asunto, varios son los motivos que me llevan a oponerme a la decisión por éste tomada y a coincidir con Don Bert Peelaers y Visys. En primer lugar, mediante su resolución crea una clara separación entre el concepto de publicidad previsto en las Directivas 84/450 y 2006/114 y el de comunicación comercial previsto en la Directiva 2000/31, cuando en mi opinión se hace evidente que el concepto de publicidad y el de comunicación comercial comparten identidad en cuanto a su fin y a sus notas características, siendo estas últimas:

la existencia de cualquier forma de comunicación; la intención de promocionar o promover⁷ el suministro de bienes o la prestación de servicios; y que se lleve a cabo por un sujeto en el ejercicio de una actividad empresarial o profesional. En base a esto, no puedo estar más en desacuerdo con el Tribunal, ya que bajo mi punto de vista, la exclusión que prevé la Directiva 2000/31 debe aplicarse al concepto de publicidad en lo referente a los usos de dominio, puesto que aunque sea con diferentes términos se busca identificar la misma acción o actividad siendo la única diferencia real el ámbito al que se aplica la norma. Como afirma la profesora María del Rosario Fernando Magarzo *“la Directiva [2000/31] no recoge el término publicidad como tal, sino que recurre al término alternativo “comunicaciones comerciales”. Ahora bien, el citado término “comunicaciones comerciales” se utiliza como sinónimo de “publicidad”. En todo caso no parece muy justificado que la Directiva sobre comercio electrónico haya dejado a un lado el término “publicidad”, que hasta la fecha se ha manejado en la legislación comunitaria, para otorgar carta naturaleza a un término distinto, cuyo contenido no parece diferir en lo esencial del anterior”*, o como enuncia la autora Vilma Sánchez del Castillo, la Directiva 2000/31 se crea con el fin de establecer unos límites para las comunicaciones o comunicaciones comerciales en Internet. Como podemos observar en los incisos citados se relaciona el concepto de publicidad y comunicación comercial. Incluso ante esta relación entre ambos conceptos la profesora Vilma Sánchez del Castillo afirma que en la Directiva 2000/31 el legislador huye del empleo de la palabra publicidad puesto que en ella resulta imposible la inclusión de todas aquellas nuevas formas promocionales electrónicas, encontrando en esta misma dirección a la profesora Beatriz Patiño Alves quien alega que, en beneficio del nuevo termino, *“las comunicaciones comerciales son más extensas que la publicidad”*.

Por otro lado, encontrándome en desacuerdo de nuevo, considero que el Tribunal se equivoca al afirmar que las Directivas 84/450 y 2006/114 persiguen una finalidad distinta a la de la Directiva 2000/31. Si bien es cierto que las Directivas 84/450 y 2006/114 persiguen una protección general para los consumidores y comerciantes frente a la distorsión en la competencia que puede generar la publicidad en multitud de ámbitos, como se desprende de los considerando 2, 3, 4 y 6 de la primera y 3, 4, y 7 de la segunda Directiva, debemos tener en cuenta que, en base a los considerando 3, 7, 9 y 18 de la Directiva 2000/31, se percibe una finalidad idéntica, eso si, dirigida única y exclusivamente al comercio y a las practicas publicitarias que se den en Internet, lo que supone, bajo mi punto de vista, que, si bien es cierto que es una protección a diferente escala o espacio, se busca la defensa de igual forma para los consumidores y, en especial, los comerciantes ante las posibles practicas abusivas que se pueden dar en el uso ilícito de la publicidad.

Por último, el Tribunal se refiere al considerando 11 y el artículo 1, apartado 3, de la Directiva 2000/31 de donde se puede extraer que ésta se aplicará sin perjuicio del nivel de protección de los intereses de los consumidores y que la Directiva 84/450 y, por lo tanto, la Directiva 2006/114 siguen siendo igualmente aplicables a los servicios prestados en relación con la sociedad de la información. El Tribunal interpreta que la Directiva 2000/31 se crea con la intención de completar el resto de normas existentes en el Ordenamiento Comunitario pero, bajo mi punto de vista, ante una normativa de carácter más amplio y extenso, como son en el ámbito de la publicidad las Directivas 84/450 y 2006/114, se debería tener prevalencia la Directiva 2000/31 por el simple hecho de que está especialmente dirigida al ámbito de Internet. A esto debemos sumar el considerando 9 de la directiva, donde se expresa que ésta es un reflejo de la normativa de carácter más general. Ante esta perspectiva, sin duda opino que aplicar la Directiva 2000/31 debe primar por delante de la posible aplicación del resto de normativas dado su carácter más concreto.

⁷ Es cierto que en la traducción al Castellano, el legislador, en el artículo 2 f) de la directiva 2000/31, cuando define el concepto de comunicación comercial alude a un acto destinado a “proporcionar” bienes. Debemos tener en cuenta que este termino es una errata en la traducción, siendo la transcripción de la legislación comunitaria fiel, la de promover bienes.

2.2.D. Uso de indicadores de hipertexto en los metadatos de un sitio de Internet.

Por último, en lo que se refiere al uso de indicadores de hipertexto, los cuales para el supuesto que nos ocupa radican en los nombres de determinados productos y el acrónimo del nombre comercial de BEST, “Helius sorter”, “LS9000”, “Genius Sorter”, “Best+Helius”, “Best+Genius” y “Best nv”, en los metadatos⁸ de los sitios de Internet de Visys por parte de la empresa mencionada y don Bert Peelaers, ha quedado demostrado de forma más que fehaciente ya que, como comentamos en los antecedentes de hecho, un agente judicial comprobó que al introducir las palabras “Best Laser Sorter” en el motor de búsqueda www.google.be aparecía como segundo resultado el sitio de Visys.

En vista de lo mencionado en el epígrafe anterior, el Tribunal de Justicia Europeo pasa a dar su opinión sobre el asunto recordando que tales indicadores de hipertexto están compuestos por palabras clave (“keyword metatags”)⁹ que leen los motores de búsqueda cuando se explora Internet con el fin de localizar los sitios concretos, constituyendo así uno de los factores que permiten a dichos motores efectuar una clasificación de los sitios en función de su relación con el término de la búsqueda introducido por el usuario de Internet. Esta información, como continua exponiendo el Tribunal, es realmente relevante puesto que el uso de tales indicadores, para el caso que nos ocupa, correspondientes a las denominaciones de los productos de un competidor o al nombre comercial de éste, provocará que en el momento que un usuario de Internet realice una búsqueda que contenga los mencionados indicadores los resultados que aparezcan sean modificados en beneficio de la empresa que introdujo los indicadores de hipertexto relacionados con la empresa competidora en los metadatos de su sitio de Internet, consiguiendo así que no solo aparezca su página web en la lista de resultados sino que, además, se coloque junto al enlace del sitio del competidor.

Así, habiendo expuesto la situación, el Tribunal de Justicia pasa a dar su opinión sobre el asunto alegando que cuando un usuario de Internet introduce el nombre de un producto o el de una empresa su objetivo es conseguir información de los productos o servicios de la mencionada empresa, esto supone que si realiza una búsqueda y se muestran en la lista de los resultados enlaces de sitios en los que se ofrecen productos de un competidor de esa sociedad el usuario de Internet puede percibir estos enlaces como una alternativa a los artículos de dicha sociedad o pensar que aquéllos llevan a sitios en los que se ofrecen los productos de ésta. Esta situación se intensifica además si los sitios de Internet del competidor aparecen entre los primeros resultados de la búsqueda, es decir, junto con los de la empresa que se estaba deseando encontrar, o cuando el competidor utiliza un nombre de dominio que hace alusión al nombre comercial de aquélla o a la denominación de uno de sus productos.

En base a todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia resuelve que el uso de indicadores de hipertexto que contengan como palabras clave la denominación de productos de un competidor o

8 Metadatos o “meta tags” significa literalmente “sobre datos”, datos que describen otros datos. En el ámbito de la informática y más concretamente de Internet son etiquetas html, invisibles para el usuario normal, que se incorporan al encabezado de las páginas web con información de referencia sobre éstas, como el autor, título, fecha, palabras clave o descripción, con la finalidad de facilitar que los motores de búsqueda puedan ordenar los sitios de Internet en función de su contenido para facilitar que los usuarios encuentren las páginas que desean.

9 Los motores de búsqueda recorren Internet leyendo los distintos sitios publicados y extrayendo la información necesaria. Así pues, los motores utilizan principalmente las “Keywords” para generar los índices de materias y para elaborar el breve resumen que presenta en la página de resultados.

del propio nombre de su marca comercial en los metadatos de un sitio de Internet, puede sugerir a los usuarios de Internet que realizan la búsqueda que el sitio que aparece tiene algún tipo de relación con los productos o servicios o con la pertinente empresa que desean hallar. En este sentido, entiende el Tribunal que puede considerarse que estamos ante una comunicación en vista de lo que se desprende del artículo 2, apartado 1, de la Directiva 84/450, y del artículo 2, letra a), de la Directiva 2006/114, cosa que desemboca en considerar el uso de los indicadores de hipertexto como publicidad.

En efecto, lo alegado por el Tribunal para considerar que el uso de indicadores de hipertexto en los metadatos de un sitio de Internet entra en el concepto de las Directivas que estamos tratando me parece totalmente lógico, pero de la misma forma me resulta interesante la apreciación que llevan a cabo don Bert Peelaers y Visys respecto a que los indicadores de hipertexto son invisibles para el usuario de Internet y que su único destinatario es el motor de búsqueda. A este respecto, la contestación que reciben del Tribunal consiste principalmente en que el concepto de publicidad engloba expresamente toda forma de comunicación, cosa que incluye las formas de comunicación indirectas, principalmente cuando éstas pueden influir en el comportamiento económico de los consumidores y de este modo dañar a los competidores a cuyo nombre o a cuyos productos hacen alusión los indicadores de hipertexto.

De nuevo, al igual que en lo referente al registro de nombres de dominio, considero que el Tribunal hace una interpretación demasiado libre sobre el término comunicación. Si bien es cierto que el uso de indicadores de hipertexto en los metadatos de un sitio de Internet puede considerarse que condiciona la conducta de los usuarios y, por tanto, de los potenciales consumidores, se hace evidente que el registro de un nombre de dominio puede condicionar de igual forma la conducta de los consumidores de forma indirecta, por ejemplo, impidiendo que los usuarios de Internet puedan recabar información sobre los bienes y servicios o incluso sobre determinada marca en concreto, ya que esta se ha visto privada de poder crear un sitio en Internet que los usuarios interesados en ella podrían encontrar fácilmente. Como afirma la profesora María del Rosario Fernando Magarzo sobre los nombres de dominio, éstos se excluyen de la función publicitaria dado que esta no es su función principal e inherente solo una función indirecta, esto sin lugar a dudas, bajo mi punto de vista, se podría extrapolar al uso de indicadores de hipertexto en los metadatos de un sitio de Internet. En vista de lo expuesto, debe constar que no me posiciono por el momento en contra de la interpretación a la que llega el Tribunal, más bien, considero que lo erróneo está en dejar fuera de tal concepto el registro de nombres de dominio, ya que si bien es cierto que mediante estos no se da una comunicación como tal, al igual que ocurre con los indicadores, no cabe duda de que puede suponer una estrategia de promoción que tenga como fin estimular, de forma indirecta, al usuario de Internet para que acabe visitando los lugares donde se encuentran sus bienes o servicios, cosa que representa una clara influencia en el comportamiento de los consumidores.

Por otro lado, me resulta un tanto llamativo que el Tribunal de Justicia estime que se debe pasar a considerar los indicadores de hipertexto como publicidad en el sentido de las Directivas 84/450 y 2006/114, por el simple hecho de que su control es realmente complicado, es decir, ¿hasta que punto se aplicará la normativa a los indicadores? Por ejemplo, ¿se podrá controlar que estos indicadores no sean engañosos? Como indica el profesor Carlos Lema Devesa estaremos ante un caso de publicidad engañosa “*cuando sin deformar los hechos se induzca a error*”, en este caso, un ejemplo que tal vez suene absurdo pero totalmente aplicable en mi opinión, sería considerar que cuando se resuelva el caso y la empresa BEST continúe utilizando los indicadores “BEST” en sus sitios web pueda ser denunciada por publicidad engañosa al transmitir que sus bienes y productos son los mejores.

3. Conclusión.

Como resultado del estudio del asunto C-657/11 en mi opinión podemos extraer varias conclusiones. En primer lugar, sin quitar la razón a la fundamentación expuesta por el Tribunal, considero que a todas luces los comportamientos que se estudian en la sentencia, el registro y uso de un nombre de dominio, así como el uso de indicadores de hipertexto en los metadatos de un sitio de Internet, no deben ser considerados actos de publicidad.

En efecto, los razonamientos que han llevado al Tribunal a tomar las decisiones sobre los asuntos mencionados me parecen un tanto arbitrarios. Un ejemplo de ello lo podemos hallar en la enumeración de las características de la definición de publicidad, ya que tras incidir de forma reiterada, en el punto que fundamenta porque el registro de un nombre de dominio queda fuera del concepto de publicidad, en el hecho de que debe existir una comunicación para que estemos ante un acto publicitario, cuando trata los temas del uso de un nombre de dominio o el de los indicadores de hipertexto deja un tanto de lado la necesidad de que se de tal comunicación y se centra en lo que supone la actividad realizada de cara al público, es decir, en esos dos asuntos, al justificar su resolución, ya no incide tanto en la necesidad de que se de una comunicación sino que se centra en anteponer la alteración en el comportamiento de los consumidores refiriéndose a los actos realizados por la parte demandada como comunicaciones indirectas, término que en mi opinión se podría haber aplicado igualmente al registro del nombre de dominio.

A lo anterior debemos sumar el error que supone por parte del Tribunal el obviar la relación existente entre el concepto de publicidad de las Directivas 84/450 y 2006/114 con el de comunicación comercial de la Directiva 2000/31, cosa que ya hemos confirmado en epígrafes anteriores.

En base a lo expuesto, bajo mi punto de vista, a los hechos se les debería haber aplicado sin ninguna duda lo dispuesto por la normativa relativa a las prácticas comerciales desleales prevista en la Directiva 2005/29, que son directamente perjudiciales para los consumidores e indirectamente perjudiciales para los competidores¹⁰. En efecto, podemos extraer de los artículos 2 d), 3.1 y 5.2 de la Directiva en cuestión el hecho de que se aplicará a las prácticas comerciales consistentes en todo acto, omisión, conducta, manifestación, comunicación comercial o publicidad, que se consideran desleales, en las relaciones entre las empresas y consumidores, en base a que puedan distorsionar de forma sustancial el comportamiento económico de los consumidores a los que se dirigen los bienes.

La diferencia existente entre la normativa en materia de competencia desleal y la publicitaria se hace evidente, puesto que la exigencia para que encaje un acto dirigido a influir en el comportamiento de los consumidores es más laxa en la primera normativa, por cuanto prevé un abanico de conductas más amplio, lo que supone que el Tribunal no tendría que haber hecho malabares para conseguir que el uso de un nombre de dominio y el de los indicadores de hipertexto encajase en el concepto de publicidad.

¹⁰ Si observamos el artículo primero de la Directiva 2005/29 relativa a las prácticas comerciales desleales nos encontramos con que solo se alude a la protección de los consumidores, pero ello no implica que en base a los considerando y el articulado en general no se considere de igual importancia la protección de la legítima competencia entre los distintos comerciantes.

4. Bibliografía.

Normas.

–Directiva 84/450/CE 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.

–Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa.

–Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, *relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica las Directivas 84/450/CEE, 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE, y el Reglamento (CE) nº 2006/2004 (Directiva sobre las prácticas comerciales desleales).*

–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.*

Manuales.

–Organización Mundial de la Propiedad intelectual (OMPI). *Guía de la OMPI sobre la solución de controversias en materia de nombres de dominio.* ISBN: 92-805-1205-3.

–María del Valle Sierra López. *Análisis jurídico-penal de la publicidad engañosa en Internet.* Primera edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003. ISBN: 84-8442-851-6.

–Vilma Sánchez del Castillo. *La Publicidad en Internet: Régimen Jurídico de las comunicaciones electrónicas.* Primera edición. Madrid: Wolters Kluwer España S.A., 2007. ISBN: 978-84-9725-760-2.

–Javier A. Maestre. *El derecho al Nombre de Dominio.* Primera edición. España: Dominiuris.com, 2001. ISBN: 84-607-2175-2.

Capítulos en manuales.

–Antoni Elías Fuster. *Instituciones en Internet: ICANN e ISOC (Capítulo I. Aspectos Generales).* En: Javier Cremades, Miguel Ángel Fernández-Ordóñez y Rafael Illescas. *Régimen Jurídico de Internet.* Primera edición. Madrid: La Ley-Actualidad S.A., p 101-117. ISBN: 84-9725-147-4.

–José Luis Villar Palasí. *Nombres de Dominio y Protocolo de Internet (Capítulo III. Derecho administrativo e Internet).* En Javier Cremades, Miguel Ángel Fernández-Ordóñez y Rafael Illescas. *Régimen Jurídico de Internet.* Primera edición. Madrid: La Ley-Actualidad S.A., p 393-404. ISBN: 84-9725-147-4.

–Gema Botana García. *La Protección de los Consumidores y el Comercio Electrónico*

(Capítulo VI. Derecho Mercantil e Internet). En: Javier Cremades, Miguel Ángel Fernández-Ordoñez y Rafael Illescas. *Régimen Jurídico de Internet*. Primera edición. Madrid: La Ley-Actualidad S.A., p 699-759. ISBN: 84-9725-147-4.

Revistas.

–M^a del Rosario Fernando Magarzo. “Concepto de Publicidad y Publicidad engañosa en Internet”. *Revista de Contratación Electronica*, núm 21 (noviembre 2001), p. 3-66.

–José Massaguer. “Códigos de conducta y competencia desleal: aspectos sustantivos y procesales”. *Revista para el análisis del derecho* (abril 2011), p. 1-39.

Sitios Web.

–Abogado Eric García González. *Recursos contra la ciberocupación ilegal*. España; tres de mayo de 2007. Disponible en: <http://www.derecho.com/articulos/2007/05/03/recursoscontralaciberocupacion-ilegal/>.

–M^a del Rosario Fernando Magarzo. *Algunos comentarios a la Directiva 2006/114/CE sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa*. Disponible en <http://www.autocontrol.es> (<http://www.consum.cat/documentacio/8841.pdf>).

Blogs.

–Pedro A. de Miguel Asensio. *Caracterización como publicidad del uso de metaetiquetas en sitios web* [Blog]. España, Madrid: Martes 16 de julio de 2013. Disponible en: <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es/2013/07/caracterizacion-como-publicidad-deluso.html>.