

UNIVERSIDAD PONTIFICIA DE SALAMANCA
FACULTAD DE COMUNICACIÓN

La publicidad de los servicios profesionales de abogado en Europa

(Un estudio comparado de España y Alemania)

Tesis para la obtención del grado de Doctor

Director: Prof. Dr. Agustín Macías Castillo

Autor: Steffen A. Römheld



Salamanca 2014

Dedico esta tesis...

a mi padre Wolfgang por haber podido contar siempre con su ayuda y sacrificio,

en especial a mi madre Brigitte, que ya no esta presente entre nosotros, por haberme dado la mejor educación posible.

A mi pareja Elsa por haber tenido la máxima paciencia contestando mis inagotables preguntas lingüísticas acerca del castellano (que no es mi lengua materna) y por su constante apoyo en los momentos de desmotivación.

Agradecimientos

En primer lugar quiero agradecer a mi director Agustín Macías Castillo su apoyo y confianza, a pesar de que por la distancia casi no tuvimos la oportunidad de reunirnos en persona. Sin él, este proyecto no podría haberse hecho realidad.

Mi agradecimiento a todas las personas que me escucharon, me aconsejaron y de esa manera me ayudaron a seguir adelante.

En especial quiero agradecerle también a Antonio Perucho Mateos por sus correcciones de texto y a Marisa Prieto Álvarez por su apoyo moral.

Salamanca, 1 de agosto de 2014

Steffen Römheld

Índice

Agradecimientos	3
Abreviaturas	10
A. Introducción	12
1. Planteamiento del problema	15
2. Breve exposición sobre la abogacía en España, Alemania, Inglaterra y Francia	18
<i>a) España</i>	18
<i>b) Alemania</i>	23
<i>c) Inglaterra</i>	27
<i>d) Francia</i>	29
B. Primera Parte: El marco legislativo	32
I. La regulación de las profesiones	32
1. La autorregulación del derecho deontológico	33
2. El derecho profesional nacional	33
<i>a) España</i>	35
<i>b) Alemania</i>	40
<i>c) Inglaterra</i>	41
<i>d) Francia</i>	42
3. Anteproyecto de la Ley de Servicios Profesionales	43
<i>a) Introducción y Objetivos</i>	43
<i>b) Contenido</i>	46
<i>b) Consecuencias posibles</i>	58
<i>c) Conclusiones</i>	60
II. El concepto de publicidad	60
1. Reflexiones generales	60
2. Características de la publicidad de los abogados	64

III. Fundamentos constitucionales y europeos de la publicidad jurídica en España y Alemania	64
1. El derecho de la publicidad en la Constitución española	65
<i>a) Normas pertinentes</i>	<i>66</i>
<i>b) Límites constitucionales de la publicidad legal.....</i>	<i>82</i>
<i>c) Conclusión.....</i>	<i>84</i>
2. El derecho de la publicidad en la Constitución alemana.....	85
<i>a) Normas constitucionales pertinentes</i>	<i>85</i>
<i>b) Limitaciones constitucionales justificadas</i>	<i>88</i>
<i>c) Conclusión.....</i>	<i>94</i>
IV. Artículo 10 CEDH.....	95
1. Las libertades fundamentales por el contrato CE.....	97
2. Libertad de prestación de servicios y establecimiento	98
3. Intervención a las libertades básicas por restricciones nacionales	100
V. Resumen sobre las bases constitucionales y europeas de la publicidad de los abogados.....	101
VI. Limitaciones publicitarias para abogados por el derecho deontológico.....	102
1. El Código Deontológico Europeo	103
2. El Código Deontológico español.....	107
<i>a) Estatuto General de la Abogacía Española.....</i>	<i>107</i>
<i>b) Código Deontológico de la Abogacía.....</i>	<i>108</i>
<i>c) Normas centrales del EGAE y del CD</i>	<i>109</i>
<i>d) Práctica sancionadora.....</i>	<i>112</i>
3. Derecho deontológico alemán.....	114
<i>a) Bases constitucionales</i>	<i>114</i>
<i>b) Reglamento Profesional de los abogados/Berufsordnung der Rechtsanwälte (BORA)</i>	<i>115</i>
4. Rechtsanwaltsvergütungsgesetz (RVG) [Ley sobre los honorarios de los abogados] y Rechtsdienstleistungsgesetz (RDG) [La ley sobre la prestación de servicios legales]	120
5. Conclusiones	122

VII. Directivas europeas sobre las prácticas desleales125

1. La Directiva 2005/29/CEE sobre las prácticas desleales	125
a) <i>Historia de la Directiva</i>	125
b) <i>La relación de la Directiva con el derecho nacional y comunitario</i>	127
c) <i>Contenido jurídico</i>	128
2. Directiva 2006/114/CEE	134
3. Incorporación de las directivas a los derechos nacionales	136

VIII. Derecho de competencia desleal136

1. La aplicabilidad de las normas de la competencia desleal a la publicidad jurídica	137
a) <i>España</i>	137
b) <i>Alemania</i>	141
2. La competencia desleal / España.....	142
a) <i>Aspectos generales</i>	142
b) <i>Ley de Competencia Desleal - LCD</i>	145
c) <i>Relación entre la LCD y la LGP</i>	170
d) <i>Ley General de la Publicidad (LGP)</i>	173
3. Alemania	179
a) <i>Aspectos generales</i>	179
b) <i>La Ley de Competencia Desleal (UWG)</i>	180
d) <i>Contenido jurídico del § 4 número 1-6 UWG</i>	183
e) <i>Relación de competencia jurídica entre el derecho profesional y el derecho de competencia</i>	197
4. Comparación entre las sistemáticas de las normativas de la competencia desleal de España y Alemania	198
a) <i>La técnica de legislación</i>	198
b) <i>Finalidad</i>	199
c) <i>Comportamientos</i>	199
d) <i>Campo de aplicación personal</i>	200
e) <i>Cláusula de relevancia</i>	201
f) <i>Concepto indeterminado</i>	201
g) <i>Premisas subjetivas</i>	202

<i>h) Contenido jurídico de la Ley de Competencia Desleal y la Ley de la Publicidad en comparación con el UWG alemán</i>	203
<i>i) Conclusiones</i>	205
<i>j) Consecuencias prácticas para la publicidad de los abogados</i>	206
5. Propuesta de un nuevo marco jurídico para la publicidad de abogados.....	207
6. El derecho de competencia en otros Estados europeos	207
7. Derecho de colisión de la competencia desleal	210
IX. Jurisdicción de la publicidad de abogado	212
1. Alemania	212
2. Jurisdicción de la publicidad jurídica en España	217
3. Conclusiones finales.....	223
C. Segunda Parte: La práctica publicitaria y el desarrollo hacia el marketing jurídico	224
I. Comunicación publicitaria como objeto de investigación en la ciencia de la comunicación	224
II. Los métodos clásicos de la comunicación jurídica	225
1. Publicidad.....	225
2. Relaciones públicas	226
III. La comunicación jurídica desde la perspectiva del marketing	229
1. Aspectos generales	229
2. Introducción al marketing	230
<i>a) Historia</i>	230
<i>b) Orientación hacia el mercado</i>	231
<i>c) El desarrollo del término marketing</i>	233
<i>d) Definición del marketing moderno</i>	235

3. La metodología del marketing jurídico y desarrollos del mercado	238
a) <i>El bufete de abogados, una empresa de servicios</i>	238
b) <i>El servicio jurídico</i>	239
c) <i>Metodología del servicio jurídico</i>	240
d) <i>Inmaterialidad del servicio</i>	249
4. Segmentación	250
a) <i>La tendencia a la especialización</i>	250
b) <i>Conclusiones a la segmentación/especialización</i>	252
5. La política de comunicación	253
6. Instrumentos de la comunicación jurídica.....	258
7. Los objetivos de la comunicación del abogado más importantes	259
a) <i>Información</i>	259
b) <i>Grado de reputación</i>	261
c) <i>Aumento de la cifra de negocio</i>	261
8. Elección del abogado por el cliente.....	261
9. Instrumentos de comunicación más importantes	264
a) <i>Publicidad</i>	264
b) <i>Comunicación online</i>	270
c) <i>Internet a través de móviles</i>	272
d) <i>Página web</i>	275
e) <i>Redes sociales</i>	277
f) <i>Branding</i>	279
g) <i>Publicaciones</i>	281
h) <i>Pitches</i>	282
i) <i>Afiliación en asociaciones profesionales</i>	283
j) <i>Beauty contests</i>	283
k) <i>Seminarios/Eventos</i>	284
l) <i>Recruiting</i>	284
IV. Comunicación interna	285
a) <i>Comunicación interna</i>	286
b) <i>Instrumentos de la comunicación interna</i>	286

<i>c) Optimizar la comunicación interna</i>	<i>289</i>
V. Análisis del estado de la publicidad/marketing legal	291
1. Estudio sobre el estado del marketing jurídico en Alemania	291
<i>a) Metodología</i>	<i>291</i>
<i>b) Finalidad del estudio</i>	<i>291</i>
<i>c) Técnica de recogida de datos.....</i>	<i>292</i>
<i>d) Procedimiento/muestra</i>	<i>292</i>
<i>e) Resultados del estudio.....</i>	<i>292</i>
<i>f) Conclusión sobre el estudio empírico en Alemania.....</i>	<i>302</i>
2. Informe sobre el Marketing Jurídico 2012 de Lawyerpress®	304
<i>a) Estudio</i>	<i>304</i>
<i>b) Conclusión</i>	<i>310</i>
3. Digresión: Estudio sobre la aplicación de la publicidad legal en América Latina.....	310
<i>a) Análisis.....</i>	<i>310</i>
<i>b) Conclusión del estudio de América Latina</i>	<i>316</i>
4. Conclusiones sobre los estudios empíricos	317
VI. Conclusiones finales.....	319
VII. Perspectivas.....	322
<u>Bibliografía</u>	324

Abreviaturas

ADI	Actas de Derecho Industrial y Derecho de autor
Art.	artículo
BGH	Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo de Alemania)
BGHZ	Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (compilación de las decisiones del Tribunal Supremo de Alemania)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil alemán)
BGBI	Bundesgesetzblatt (Boletín Oficial del Estado alemán)
BOE	Boletín Oficial del Estado
BORA	Berufsordnung der Rechtsanwälte (Orden profesional de los Abogados Alemanes)
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung (Orden Federal de la Abogacía Alemana)
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache (Boletín Oficial del Parlamento alemán)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional de Alemania)
CE	Constitución Española
CC	Código Civil
CCBE	El Consejo de la Abogacía Europea
EGAE	Estatuto General de la Abogacía Española
GG	Grundgesetz (Constitución Alemana)
GRUR	Zeitschrift für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht (revista)
HK-WettbR	Handkommentar Wettbewerbsrecht
JZ	Juristenzeitung (revista)
LCD	Ley de Competencia Desleal
LCU	Ley para la Defensa de los Consumidores
LGP	Ley General de la Publicidad
LPI	Ley de Propiedad Industrial
OLG	Oberlandesgericht (Tribunal Superior regional)
op. cit.	“opus citatum” = obra citada
Pág./Págs.	página/páginas
Párr.	Párrafo
KOM/COM	Comunicado de la Comisión Europea
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (revista)
Recop.	recopilación

RVG	Rechtsanwaltsvergütungsgesetz
s.	siguiente
ss.	páginas siguientes
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STC	Sentencia Tribunal Constitucional
TCH	Tribunal Constitucional
TJCE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TDC	Tribunal de Defensa de la Competencia
TS	Tribunal Supremo
UE	Unión Europea
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v.a.	versión antigua
WettbR	Zeitschrift für Wettbewerbsrecht (revista)
WRP	Zeitschrift für Wettbewerb in Recht und Praxis (revista)
ZfRV	Zeitschrift für Europarecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung (revista)
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess (revista)

A. Introducción

En las últimas décadas, ser abogado se ha complicado sustancialmente. Tanto en España como en el resto de Europa, la competencia ha aumentado. Este desarrollo se debe más que nada a la introducción de despachos internacionales de estructura estadounidense en el mercado europeo. Aquí cabe destacar que en España tenemos en comparación a los otros países europeos una cuota pequeña de despachos internacionales. Apenas una décima parte de los más grandes despachos internacionales tiene su sede en España. Aunque el mercado de la abogacía ha cambiado en España también, podemos decir que aquí tenemos una competencia más bien nacional.

Ahora bien, el éxito del despacho no sólo depende de la competencia del servicio, sino también de la presencia en el mercado. Junto con la competencia, también las exigencias de los clientes aumentan cada día, debido a la amplia oferta de servicios existentes. Estamos asistiendo a una nueva realidad, en la cual los clientes buscan en los despachos algo más que un buen servicio jurídico. Lo que buscan es un valor añadido que diferencie el despacho de otros. Este valor añadido tiene que hacer más atractivo el despacho frente a la numerosa competencia.

Tradicionalmente, el abogado ha entendido la publicidad como una disciplina inapropiada para su profesión. Anteriormente, los despachos vivían de la propaganda boca a boca. Este entendimiento, no obstante, se basó en una percepción difamatoria de la publicidad.

Considerando el campo de publicidad, los abogados casi no aparecen. La comunicación externa se agota en la mayoría de los casos con el anuncio de la apertura del despacho en un periódico o en los datos de la placa del bufete.

La mayoría de los códigos deontológicos nacionales en los países europeos prohibían la publicidad por completo. En las últimas décadas empezó una liberalización de la normativa, en Alemania por ejemplo a través de la jurisdicción de los tribunales superiores, los cuales declararon inconstitucionales los códigos deontológicos.¹ No obstante, en la abogacía se formó una cierta re-

¹ Compárense las decisiones “Bastille” del Tribunal Constitucional de Alemania (Bundesverfassungsgericht) del 14.7.1987 = BVerfGE 76, 171 y 76, 196.

sistencia en la literatura. Por ejemplo, Feuerich llamó a las reglas antipublicitarias “las normas más importantes del derecho deontológico”². Generalmente, la abogacía todavía adopta una actitud reservada con respecto a la publicidad. En el código deontológico alemán, por ejemplo, el § 43 BRAO, la publicidad está concebida como prohibición preventiva bajo reserva de autorización (“La publicidad del abogado solamente será lícita, si...”), mostrando que la postura general hacia la publicidad es de rechazo. El nuevo código deontológico de la Abogacía Española³ también parte de lo mismo, pero de forma más suave, en su párrafo 7 (“El abogado podrá realizar publicidad que sea...”), en vez de partir del punto de vista de que la publicidad generalmente esté permitida (p. ej.: “Está prohibida la publicidad engañosa...”). Esta postura se encuentra también en la jurisdicción alemana. El Tribunal Superior de Düsseldorf, por ejemplo, considera ilícito, que un abogado ejerce “publicidad propia”, si el contenido publicitario solamente consiste en destacar elementos habituales de un abogado, como por ejemplo la gestión de cobros pendientes⁴. Esta terminología muestra el escepticismo en el mundo jurídico hacia la publicidad.

La misma situación se encuentra en la literatura, aunque hay también autores que se dan cuenta de que la publicidad va a ser una realidad aunque muchos no la quieren aceptar⁵. A pesar de este rechazo general en la abogacía, el derecho de publicidad jurídica está constantemente evolucionando, extendiendo cada vez más los límites.

Pero en la realidad profesional de la mayoría de los despachos de abogados, la idea de que no hace falta la publicidad no ha desaparecido. Algunos abogados creen que si un abogado es un buen letrado no le hace falta hacer publicidad. Mientras, otros colectivos más pequeños de profesionales (pero más rápidos, flexibles y con una cultura claramente orientada al consumidor jurídico) han ido ganando cuotas dentro del mercado jurídico.

En general podemos constatar que la abogacía europea está encaminada hacia la imagen de una empresa de prestación de servicios. Especialmente la mayoría de las firmas multinacionales ya hacen uso de la herramienta de la publicidad. A día de hoy, la gran mayoría de los más prestigio-

² Feuerich, DZWIR 1991, 200, 201.

³ Aprobado por el Pleno del Consejo General de la Abogacía Española de 30 de junio de 2000.

⁴ „Eigenwerbung“ – OLG Düsseldorf del 22.2.2000 – 20 U 95/99, NJW-RR 2001, 922, 923.

⁵ Ahrens, ZZZ 115 (2002), 281, 312, Constata que la “publicidad entonces existirá, aunque nosotros no la queremos”.

Los despachos de abogados, tanto de las firmas españolas como las extranjeras, poseen un departamento propio de publicidad o marketing que se dedica solamente a la adquisición de clientes. Muchos de los despachos medianos y pequeños, por otro lado, no se han dado cuenta o no se quieren dar cuenta de este desarrollo, aunque también para los despachos de menor tamaño, la publicidad puede ser una herramienta igual de importante en la adquisición de clientes, debido a la creciente especialización en el campo de la abogacía.

En el resto de Europa, nos encontramos con una imagen bastante variada. Por ejemplo, en Italia, el “Código Deontológico Forense” es muy estricto y casi no permite la publicidad. En Holanda, por otro lado, ya se encuentran en la segunda fase de la publicidad. Aparte de publicidad común, se aplican formas extravagantes de publicidad, tenemos como ejemplo el “sponsoring” deportivo: Es decir, allí existe un equipo de fútbol nacional patrocinado por un despacho de servicios legales y notariales. En Francia, existen directores de marketing jurídico con responsabilidad europea y España tiene menos jefes de marketing jurídico que Holanda, aunque ¡hay más abogados en Madrid que en toda Holanda! En Alemania, el marketing jurídico se está desarrollando de manera bastante metódica, pasando sucesivamente por las fases de diversificación, globalización y transparencia.

Este desarrollo fue introducido por la competencia de los despachos internacionales extranjeros. De hecho, la abogacía europea se ha encontrado con este reto, gracias a las actividades de las grandes firmas estadounidenses y su comportamiento competitivo en nuestros mercados. Los conceptos de publicidad jurídica y el marketing jurídico nacieron en los EE. UU. e Inglaterra hace ya más de 20 años. Estos dos países están a años luz por delante de Europa. En Inglaterra se han desarrollado programas hechos a medida para clientes (encuestas a los clientes, marketing directo, clientes clave). En EE. UU. ya existe publicidad para abogados en la televisión. En Francia, Alemania y España el concepto del marketing jurídico existe hace apenas una década y en Holanda e Italia solo desde 2001-2002. Por esta situación, los “Benchmark” (puntos de referencia) para una comparación del estado del marketing jurídico dentro de Europa sobre todo y a nivel internacional son los Estados Unidos e Inglaterra. En EE. UU. e Inglaterra, nuestros puntos de referencia, las actividades ya no se centralizan tanto en la publicidad jurídica o en el marketing jurídico, sino en la venta de servicios jurídicos como objetivo de la comunicación. Es decir, el

enfoque de la comunicación allí reside menos en mejorar la percepción de los posibles clientes, que en utilizar técnicas de venta aplicables a los servicios legales y fiscales.

Así que, en estos países, el objetivo de las actividades no se agota en mejorar la imagen que los clientes y el mundo de la abogacía tienen de un despacho, sino que se extiende a la cuestión de cómo vender –de manera profesional y muy comercial– sus servicios jurídicos a sus clientes, actuales y potenciales.

1. Planteamiento del problema

Hasta el día de hoy, dentro de la abogacía se encuentra un cierto rechazo a todas las formas de publicidad. En Alemania, por ejemplo, el legislador muestra todavía bastantes reservas respecto a la publicidad. Esto desemboca, por ejemplo, en § 43 BRAO (Derecho profesional nacional), el cual parte de un supuesto de prohibición con reserva de permiso (“La publicidad solamente está permitida al abogado si...”).

En España, hasta ahora, el desarrollo de la publicidad jurídica ha ido igualmente lento. Aparte de algunos códigos deontológicos regionales restrictivos, se encuentra todavía con grandes obstáculos especialmente en la mente de los profesionales. Si nos situamos en la realidad de la gran mayoría de los despachos en España, menos los bufetes internacionales, podemos darnos cuenta de que están encasillados en una mentalidad en la cual un despacho existe en sí mismo, y peor aún, subsiste por sí mismo, porque cubre necesidades muy específicas y necesarias que “siempre” le traerán clientes y a su vez beneficios.

Las grandes empresas de abogados, por otro lado, aplican conceptos de marketing jurídico para estar vinculados al mercado jurídico. Lo entienden como un proceso de construcción de mercados y posiciones, no sólo de promoción y publicidad. Se ha vuelto una necesidad para el éxito de los bufetes de abogados en Europa. Ya en 1989 (!), Winters presagió que el “marketing jurídico” va a separar los despachos ganadores de los perdedores⁶. Él usó el término marketing para describir todo un concepto de publicidad y comunicación jurídica.

⁶ Winters, *Der Rechtsanwaltsmarkt*, pág. 284: (Propia traducción) “El marketing de abogados separa a los ganadores de los perdedores. Una pronunciada orientación hacia el mercado y una estrategia de marketing deciden sobre las posibilidades de crecimiento de los despachos de abogados.” *Texto original*: „These Nr. 2: *Anwaltliches Marketing*

En Estados Unidos y en Inglaterra los tamaños de los despachos de abogados son bastante más grandes que en el resto del mundo. En una lista ordenada por tamaño de bufetes de todo el mundo, el número uno está ocupado por un despacho de origen norteamericano *DLA Piper*, con un alcance de aproximadamente más de 4.200 abogados⁷ que trabajan para la compañía en todo el mundo. El número dos, lo ocupa otro bufete de origen norteamericano *Baker & McKenzie* con más de 3.800⁸ abogados, seguido por el bufete de origen inglés *Clifford Chance* con aproximadamente 3.400 abogados.⁹ Aparte de estos despachos se encuentra más de una décima de despachos con más de 1.500 abogados en el ámbito anglosajón. El bufete de abogados español más grande es *Garrigues* con casi 2.000 abogados, seguido por los bufetes *Cuatrecasas Gonçalves Pereira*, con casi 1.000 letrados, y *Uria Menéndez*, con aproximadamente 500 profesionales.

En Alemania tenemos una presencia fuerte de los despachos internacionales, más que nada norteamericanos o de Gran Bretaña (como p. ej. *Clifford Chance*). El bufete alemán más grande, *Noerr*, cuenta tan sólo con 500¹⁰ abogados (internacional), seguido por *Luther* con 485¹¹ (internacional) y *Gleiss Lutz* con 300¹² (internacional) letrados. Luego existe una serie de bufetes alemanes que se fusionaron con bufetes norteamericanos, como *Freshfields Bruckhaus Deringer* o *Linklaters*, los cuales cuentan cada uno con un número mayor de 2.000 abogados en el mundo.

Este desarrollo hacia bufetes cada vez más grandes, repercute en todo el mercado de la abogacía. Como consecuencia, también los bufetes mucho más pequeños se están dando cuenta de la gran necesidad de trabajar como una empresa, para poder competir en el mercado de abogados. Por otro lado, nos encontramos con muchos despachos medianos que no quieren dar ese salto y se quedan estancados, detenidos poco a poco por el crecimiento en el sector. Para poder compe-

scheidet die Gewinner von den Verlierern. Eine ausgeprägte Marktorientierung und eine Marketing Strategie entscheiden über Wachstumsmöglichkeiten von Anwaltskanzleien...“.

⁷ Según la página web de *DLA PIPER* (visitado el 23.07.2014), la firma dispone de 4.200 abogados en más de treinta países.

⁸ Número de abogados sin compromiso. Página web de la publicación: <http://abovethelaw.com/law-firms/clifford-chance/> (consultado el 30.07.2014)

⁹ Número de abogados sin compromiso. Página web de la publicación: <http://abovethelaw.com/law-firms/clifford-chance/> (consultado el 30.07.2014)

¹⁰ Número de abogados según la página web de *Noerr*, visitado el 23.07.2014.

¹¹ Según la página web de *Luther*, visitado el 05.07.2010.

¹² Según la página web de *Gleiss Lutz*, visitado el 12.2.2013.

tir con las grandes firmas y defender su clientela de empresas medianas, tienen que enfrentarse al reto de la publicidad y, en consecuencia, al marketing.

A los abogados no les queda otro remedio, ya que poco a poco se está cambiando la forma de ver al despacho de abogados. Los mandantes están acostumbrados a la publicidad y se decidirán por los despachos con la mejor imagen. Sin embargo, hay que tener en cuenta que, en muchas ocasiones, se tiene que romper con la visión del “abogado para toda la vida”. Esto ya no es una realidad, porque los clientes se han vuelto más exigentes con la oferta, ya que cada vez más despachos dejan de ser generalistas para empezar a especializarse y ofrecen un servicio con mejores resultados. El cliente de hoy es bastante más flexible que hace 20 años. Esto radica en el desarrollo del mercado de ventas, y no de ofertas. Es decir, los mercados de hoy están dominados por los clientes. Esto es un gran y arduo proceso de información y formación del mercado, que es sólo tarea de la publicidad jurídica y de los actores del mismo, los bufetes de abogados.

La mala aplicación de estrategias de publicidad en algunos de los bufetes de abogados es otro de los grandes obstáculos en su desarrollo. Caso sencillo de citar es el establecer tarifas, al existir una gran competencia en el mercado y una necesidad latente de captación, los bufetes de abogados entran en algunas ocasiones en una “guerra” de precios, que lo único que están haciendo es devaluar la profesión y el servicio. De esta manera, el marketing falso puede resultar perjudicial no solo para la competencia que se gesta entre despachos de abogados, sino también para los clientes que están expuestos sin desearlo a este tipo de estrategias. Es por ello que la tarea del marketing jurídico es determinar qué tipo de bufete queremos tener, qué tipo de mercado queremos abordar y cuáles son las estrategias que queremos aplicar.

En vez de solamente cuantificar los esfuerzos del marketing, las compañías también tendrán que medir los efectos cualitativos de estas actividades. Esto va a remarcar los resultados, establecer credibilidad y contribuir a un aumento de la utilización del marketing jurídico. El marketing debería convertirse en una parte integral de la cultura profesional de los abogados, en vez de estar visto como un objetivo solamente opcional y una molestia para ellos. Ahora, todos los bufetes de abogados deberían darse cuenta de que el marketing profesional es el pilar fundamental del desarrollo económico. Las firmas inglesas alcanzaron su fuerte posición en el mer-

cado gracias al marketing, el cual se desarrolló tanto en Inglaterra, debido a que allí cuentan ya desde hace muchos años con la regulación más liberalista del derecho profesional en toda Europa.

Los bufetes hacen bien en prepararse para el reto de hacer publicidad. Sólo es una cuestión de tiempo hasta que la Comisión Europea unifique el derecho profesional de los abogados en Europa. Aquellos despachos que han adquirido experiencia en publicidad jurídica obtendrán grandes ventajas. La siguiente investigación trata de analizar críticamente la regulación vigente de la publicidad jurídica desde el trasfondo europeo constitucional y legal, y cuestiona el sentido de las leyes especiales sobre la publicidad para los abogados junto a las leyes generales de la publicidad. Los motivos de esta posición particular se funden en el estatus de la profesión libre del abogado con sus deberes profesionales. Por lo tanto, la profesión de abogado y los Códigos deontológicos constituyen el punto de partida de este trabajo.

2. Breve exposición sobre la abogacía en España, Alemania, Inglaterra y Francia

a) España

aa) Historia

Históricamente, es decir, desde aproximadamente el año 640 antes de Cristo, la profesión de abogado fue ejercida solamente por el clero; hasta el siglo XIII, por los voceros. La instrucción procesal, sin embargo, incumbió a los personeros (duques y obispos).

El primer Colegio de Abogados se fundó en Barcelona, pero fue abolido por corrupción. Hasta el siglo XVI, las asociaciones de abogados fueron prohibidas y sustituidas por estatutos de la Iglesia, que fomentó la aristocratización de la abogacía. En el año 1567, el derecho fue reformado y el personero fue renombrado como procurador. Para ejercer de procurador, exigieron afiliación al Colegio de Abogados de Madrid. Por la llamada Novísima Recopilación (1805), el acceso a la abogacía se hizo posible para todo paisano que pudo ostentar una licenciatura en leyes y una formación práctica. A partir del año 1843, la licenciatura en Derecho se introdujo como único requisito para poder ejercer de abogado. Las profesiones de juez o fiscal, sin embargo, sólo se podían ejercer con calificaciones adicionales. Desde finales del siglo XIX, el procurador tiene solamente

la función de representante procesal, cuando el abogado se preocupa en aconsejar a los clientes. Según el anteproyecto de la *Ley de Servicios Profesionales*, esta división de las profesiones será derogada y el desempeño de ambas profesiones al mismo tiempo será lícito (véase el apartado de la Ley de Servicios Profesionales). Durante el régimen de Franco, se aprobó el Estatuto General de la Abogacía Española, de los Colegios de Abogados y el Decreto del Consejo General de los Colegios de Abogados, el cual todavía está en vigor, pero de forma modificada. La forma actual del EGAE fue modificada por último en el año 2001 por el Real Decreto 658/2001.

bb) Educación y admisión

En España, para ejercer de abogado, los candidatos tienen/tenían que obtener la licenciatura en Derecho de una universidad española. No era necesaria una formación práctica para ejercer de abogado. Sin embargo, era común hacer la pasantía en un despacho de abogados, la cual fue voluntaria e sin cobrar¹³. En muchos casos, el candidato tenía que pagar aparte una retribución (aprox. 500 €)¹⁴. Por la masificación de los estudios de derecho en España, solamente un 10% de los licenciados tenían la posibilidad de hacer la pasantía. Otros caminos para aprender la práctica de la jurisprudencia consisten en la participación en cursos de Escuelas de Práctica Jurídica. Para terminar con esta precaria situación, el legislador intentó reformar la formación de los juristas. Después de muchas controversias entre las universidades, colegios y estudiantes, con decisión del 18 de octubre de 2006, los enviados votaron con 220 a 222 en el Pleno del Consejo a favor de la reforma de la admisión profesional. La Ley fue ratificada el 30 de octubre de 2006 por la Ley 34/2006 y promulgada con la publicación del *Boletín Oficial del Estado* del 31 de octubre de 2006. ¡No obstante, la Ley entró en vigor cinco años después de su publicación! A partir de la entrada en vigor, los graduados de las universidades, o sea con el título de Bachelor y Máster o Licenciado, obligatoriamente tendrán que pasar una formación práctica antes de poder ejercer de abogado o procurador. La formación termina con una evaluación de aptitud profesional, que culmina el proceso de capacitación profesional; ésta tiene por objeto acreditar, de modo objetivo, la formación práctica suficiente para el ejercicio de la profesión de abogado o de la profesión de procurador, así como el conocimiento de las respectivas normas deontológicas y profesionales.

¹³ Bilbao/Bárbara, *Guía Práctica del Abogado*, edición 1998, pág. 74.

¹⁴ Véase Bilbao/Bárbara, *Guía Práctica del Abogado*, edición 1998, pág. 74.

Según el art. 1 de la Ley¹⁵, tiene por objeto regular las condiciones de obtención del título profesional de abogado y el título profesional de procurador de los tribunales, como colaboradores en el ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, con el fin de garantizar el acceso de los ciudadanos a un asesoramiento, defensa jurídica y representación técnica de calidad.

Hasta finales de los 90, los abogados españoles no tenían el deber de una formación adicional. Por la internacionalización de la abogacía y la introducción de estudios de posgrado, la demanda de una formación supletoria y especialización aumentó. Por lo tanto, actualmente hay una gran variedad de posibles cursos para el perfeccionamiento profesional en las Escuelas de Práctica Jurídica. Sin embargo, todavía no existe una obligación de participar en cursos de perfeccionamiento profesional, como tienen muchos de los países europeos..

La profesión del abogado español está contemplada en la Constitución española (CE), cuyos artículos son considerados normas básicas de la abogacía.

El abogado es parte de la Administración de Justicia y está sujeto a la regulación estatal (artículo 149 CE). La Ley Orgánica del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional determina reglas para la profesión del abogado. Las normas orgánicas están establecidas en el Estatuto General de la Abogacía Española, que crea una base legal para la profesión de abogado. La profesión de procurador, como contraparte, está regulada por el Estatuto General de los Procuradores de los Tribunales de España. Aparte de estas “raíces” legales, se encuentran determinaciones legales sobre el derecho profesional y deontológico en las Leyes de los Colegios de Abogados regionales. Como últimas disposiciones, hay que mencionar las normas deontológicas, las cuales se diferencian entre el Código Deontológico de la Abogacía Española, las normas de los Colegios regionales y el Código Deontológico de la Unión Europea¹⁶.

¹⁵ Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales.

¹⁶ Código de Deontología de los Abogados en la Unión Europea adoptado en Sesión Plenaria del CCBE de 28 de octubre de 1988 y modificado en las Sesiones Plenarias de 28 de noviembre de 1998 y de 6 de diciembre de 2002.

Ser miembro de un Colegio de Abogados o de Procuradores es obligatorio para poder ejercer la profesión¹⁷. Según el artículo 2 I EGAE¹⁸, los Colegios son entidades públicas y disponen de una propia personalidad legal. Básicamente siguen un sistema de dos niveles:

Existe el Consejo General de la Abogacía Española, el cual es el máximo representante de la abogacía. Por debajo están los colegios de abogados autonómicos en las comunidades autónomas. Si las comunidades autónomas hacen uso del Estatuto de Autonomía, resulta, según el art. 2 V EGAE, una estructura de tres niveles.

La tarea principal de los colegios de abogados es la representación de intereses de la abogacía y la supervisión del cumplimiento de los códigos deontológicos. Los colegios disponen de una potestad reglamentaria, así que los Colegios de Abogados, según el artículo 3 I EGAE, pueden darse estatutos particulares, los cuales sin embargo necesitan el visto bueno del Consejo General de la Abogacía Española. Los órganos principales son, según el art. 47 II, el Decano, la Junta de Gobierno y la Junta General.

En relación al desempeño de la profesión, hay que diferenciar en España (distinto a otros países europeos, menos Inglaterra) entre el abogado y el procurador. El abogado es el profesional para la prevención de conflictos, mientras el procurador se dedica a la representación procesal de los mandantes.

La tarea principal del abogado español es el asesoramiento jurídico y mantener el contacto con el mandante durante los litigios. A diferencia de los demás países europeos, el abogado español no tiene el permiso de la representación forense de sus clientes. Esta actividad está desempeñada por el procurador. Según el artículo 22 núm. 2 b) del Estatuto General de la Abogacía, la profesión de abogado es incompatible con la de procurador.

El día 2 de agosto se aprobó el anteproyecto de la *Ley de Servicios Profesionales*, según el cual ya no será incompatible ejercer la profesión de abogado y de procurador (vease el apartado de la Ley de servicios profesionales para más información). El art. 23 párr. 3 de la Ley 1/2000, de 7 de

¹⁷Esto será necesario también con la entrada en vigor de la Ley de Servicios Profesionales, compárense art. 25, Disposición adicional primera, i) y j).

¹⁸ EGAE = Estatuto General de la Abogacía Española.

enero, de Enjuiciamiento Civil, será modificado de tal manera que ya no declara incompatible el ejercicio simultáneo de las profesiones de abogado y procurador, sino solamente el ejercicio simultáneo por la misma persona de las profesiones de abogado y procurador de los Tribunales. En consecuencia, se tendrá que adaptar también el antes mencionado artículo 22 núm. 2b) del Estatuto General de la Abogacía.

cc) Derechos y obligaciones profesionales

Los dos, tanto el abogado como el procurador trabajan de forma libre e independiente. Solamente están sometidos a la Ley, la ética profesional y las normas deontológicas. La libertad, no obstante, termina por ejemplo en la prohibición del intrusismo.

Para los profesionales, es incompatible estar colegiado en el Colegio de Abogados y en el de los Procuradores. En otros países, por ejemplo en Alemania, no existen incompatibilidades profesionales. El “Rechtsanwalt” alemán ejerce ambas funciones. La situación en España es comparable con el sistema inglés, donde se encuentra también dos profesiones, el solicitador y el “Barrister”. El solicitador es similar al abogado y el “Barrister” al procurador.

Según el artículo 33 I EGAE, el abogado está obligado a obedecer las decisiones de los Colegios y al Consejo de los Abogados. Aparte, tiene que tener en cuenta los Códigos Deontológicos. El deber fundamental del abogado consiste en la colaboración con la administración judicial, defendiendo sus derechos y no interviniendo a la justicia. El abogado está al servicio de la sociedad, según se deduce del artículo 17 III de la Constitución española. Por lo tanto, el abogado tiene que respetar la Constitución y es el primer contacto del ciudadano para que pueda disfrutar de sus derechos. De esta función resulta también el deber de probidad, lealtad y veracidad en cuanto al fondo de sus declaraciones o manifestaciones¹⁹.

Según el artículo 32 I EGAE, el abogado tiene que respetar el secreto profesional. A requerimiento del decano, el registro de la bufete es posible. También son posibles otras intervenciones contra el secreto profesional, si las investigaciones fueran incoadas. Según el Código Civil el aboga-

¹⁹ Véase el artículo 36 EGAE.

do es depositario del secreto profesional y por lo tanto sólo limitadamente capaz de declaraciones. La misma obligación existe para el procurador. El abogado no puede fomentar los intereses antagónicos, sin el permiso de sus clientes, y desempeña su profesión en relación a su competencia de manera libre y leal.

b) Alemania

La siguiente exposición transfronteriza debe servir para un mejor entendimiento del desarrollo y evolución de la profesión de abogado en estos países y fomentar de esta manera la comparación entre los países, para sacar conclusiones acerca del desarrollo del marketing en Europa.

aa) Historia

En Alemania, la profesión del “Rechtsanwalt” es un concepto relativamente reciente.

En el siglo XVI, se liberalizó en el centro de Europa la incompatibilidad de ambas profesiones y, finalmente, las dos fueron fusionadas. Como el doble título ya no era necesario, por primera vez en el siglo XIX, este concepto se ha introducido como nombre alemán para abogado y procurador. En el § 30 I del Estatuto de Prusia del 2 de enero de 1849, los comisarios de la Justicia y los abogados se llamaron “Rechtsanwalt”²⁰.

De esta manera, el absurdo doble título fue sustituido por la denominación “Rechtsanwalt”. En 1879, se quitó la contratación estatal, y la profesión de “Rechtsanwalt” se convirtió en una profesión libre.

bb) Educación y admisión

De acuerdo con la normativa alemana, sólo aquellos licenciados en Derecho que tengan cualificaciones para ser jueces pueden ejercer como abogados. Se adquiere el derecho de la admisión a la abogacía tras estudiar en una universidad al menos tres años y medio, aprobar el primer examen estatal y realizar con éxito un período de preparación profesional de dos años (similar a la pasantía), donde la asistencia a clases sigue siendo necesaria, estando a las órdenes de un juez, de

²⁰ Königliche Verordnung über die Aufhebung der Privatgerichtsbarkeit und des eximierten Gerichtesstandes sowie über die anderweitige Organisation der Gerichte vom 2.1.1849, Gesetzes-Sammlung für die königlichen Preußischen Staaten 1849, pág. 1.

un fiscal, de un empleado-funcionario de la administración y de un abogado. Tras este periplo, el aspirante debe superar un segundo y muy difícil examen estatal (Zweites Staatsexamen), tras lo cual se obtiene la habilitación para ejercer como abogado (Rechtsanwalt).

Las leyes sobre la formación de los abogados está cimentado en las leyes de los “Länder”, llamado *Juristenausbildungsgesetz (JAG)*²¹.

En el año 2000 Alemania aprobó la normativa exigida por la legislación comunitaria para facilitar el establecimiento de abogados comunitarios o abogados de otros Estados miembros, los cuales cumplen con los requisitos de las normas alemanas desarrolladas por directivas europeas.

cc) Profesión y obligaciones profesionales

Las tareas del “Rechtsanwalt” en Alemania están reguladas por la Orden de los Abogados federales (Bundesrechtsanwaltsordnung, BRAO), la Orden de la profesión de los abogados (Berufsordnung, BORA) y la ley de servicios legales (Rechtsdienstleistungsgesetz).

No se encuentran leyes acerca del abogado en la Constitución (Grundgesetz), la cual solamente menciona al juez (artículo 97 GG).

Los § 1-3 de la Orden de los Abogados federales BRAO definen el concepto del “Rechtsanwalt” alemán: el “Rechtsanwalt” está descrito como órgano independiente de la justicia (§ 1) y como consejero y procurador independiente en todos los asuntos legales.

El concepto general de la Orden de la profesión de los abogados (BORA) es la “Libertad de la Abogacía”. Este principio ha sido discutido mucho tiempo en la literatura alemana²². Por lo tanto, el § 1 de la BRAO determina que el abogado debe ejercer “libre, autónomo y no reglamentado por lo que la ley o el orden de la profesión no le obliguen”.

El párrafo 1 II nos acerca al contenido del desempeño de la profesión del abogado: según ello, la actividad del abogado sirve para hacer realidad el Estado de derecho. Así, el abogado debe garantizar al ciudadano que pueda reclamar sus derechos ante un juzgado estatal.

²¹ Juristenausbildungsgesetz del Land Renania del Norte-Westfalia: JAG NRW.

²² Véase, por ejemplo: Lehwald, *Freiheit der Advokatur*, pág. 2. Friese in: *Die Freiheit der Advokatur in Deutschland*, 1989; Huffmann, *Kampf um freie Advokatur*, 1967.

El apartado 3 del mismo párrafo define, además, que el “Rechtsanwalt” es un asesor independiente, el cual debe proteger a sus clientes de cualquier daño o carencia. Aparte de eso, debe conciliar y evitar conflictos.

Dos elementos destacan por lo tanto del concepto del “Rechtsanwalt” (abogado): el asesoramiento y la representación forense del cliente.

La remuneración del “Rechtsanwalt” está regulada por el “Rechtsanwaltsvergütungsgesetz” (RVG), una ley que determina los costes forenses y parte de costes no forenses. Desde el año 2006, el ámbito de la remuneración se ha liberalizado. Ahora los partidos contratantes pueden negociar sobre la remuneración del abogado.

La Ley sobre el asesoramiento jurídico tiene la finalidad de asegurar que solamente personas aptas ejercen profesiones acerca del asesoramiento jurídico. En su artículo 1 III, abogados y notarios generalmente no necesitan un permiso para ejercer.

La prestación de servicios legales consiste en el asesoramiento jurídico y en Alemania (y los demás países europeos), en la representación forense de su cliente. En España, sin embargo, esta tarea está efectuada por el procurador.

Desde la fusión de las profesiones de abogado y procurador en 1849, la profesión del abogado está evolucionando hacia un enfoque menos forense. El abogado hoy en día no sólo se preocupa de litigios, sino que la prevención también es un tema importante. Es decir, el “Rechtsanwalt” se preocupa de arreglar los asuntos de la mejor manera posible.

Como conclusión, podemos subrayar que el abogado alemán (Rechtsanwalt) se preocupa tanto del aspecto forense como de las actividades extrajudiciales. El concepto del “Rechtsanwalt” destaca que uno de los objetivos más importantes es la prevención judicial, es decir, evitar litigios.

El asesoramiento jurídico muchas veces tiene relación con la representación extrajudicial. No obstante, un asesoramiento también puede tener efecto sin una representación hacia fuera, por ejemplo, en el caso de un asesoramiento de empresas o la configuración de contratos. El aseso-

ramiento jurídico es por lo tanto una parte independiente de los servicios legales del “Rechtsanwalt” alemán. Desde un punto de vista moderno de la profesión, podemos describir el trabajo del abogado alemán como un servicio de gestión de conflictos en todos los ámbitos, tanto judicial como extrajudicial.

dd) Rechtsdienstleistungsgesetz (Ley de Servicios Legales), RDG

(1) Contenido de la Ley de Servicios Legales

En primer de julio de 2008, entró en vigor la Ley de Servicios Legales (*Rechtsdienstleistungsgesetz*)²³, que sustituyó la Ley de Asesoramiento Legal. La principal novedad de esta Ley ha sido que el monopolio de asesoramiento legal, que tenía la abogacía, ha sido abolido.

Por un lado, la RDG permite ahora, en su § 5, que el asesoramiento legal esté permitido en relación con otra actividad, si el asesoramiento pertenece a esta actividad. En el párrafo 2 del RDG enumera el albaceazgo, la administración de viviendas y el asesoramiento en cuestiones de subvenciones. Especial relevancia encontramos, por ejemplo, para aseguradoras o talleres de automóviles que aconsejan a sus clientes en cuestiones legales después de un accidente de tráfico. Ahora también es el albaceazgo por bancos o el asesoramiento legal por administradores de viviendas en cuestiones de subvenciones.

Luego, en su segunda parte, el RDG regula el asesoramiento legal por personas no registradas. Aquí nos encontramos con la posibilidad de asesoramiento gratuito entre familiares y sus vecinos. Si es fuera de este contexto, es necesaria la supervisión por un abogado. Aparte de esto, el RDG posibilita el asesoramiento por administraciones públicas o asociaciones profesionales o de interés.

La tercera parte regula el asesoramiento legal por personas registradas que no sean abogados.

Se pueden registrar tales personas que pueden demostrar sus conocimientos especiales en los siguientes tres campos.

1. Servicios profesionales de cobranza.

²³ <http://www.gesetze-im-internet.de/rdg/>.

2. Asesoramiento de pensiones, derecho de seguridad social y pensiones profesionales.
3. Servicios legales en un derecho foráneo.

Los párrafos 11 a 15 regulan el procedimiento de registración como asesor legal.

Aparte de esto, los asesores legales que no son abogados se pueden colegiar en el Colegio de Abogados pertinente (véase § 209 BRAO). Por lo consiguiente, pueden indicar públicamente que son miembros del Colegio de Abogados. Desde luego, no se pueden llamar abogados, sino, por ejemplo, “Rechtsdienstleister”. A diferencia de los abogados, el titular del permiso del desempeño de servicios legales solamente puede indicar dos especialidades jurídicas.

(2) Conclusiones

En el preludeo de la introducción de la RDG había cierto temor por parte de la abogacía debido a los nuevos asesores jurídicos, ya que el mercado de los abogados de toda manera estaba saturado. Ahora, más de 5 años después de la introducción de esta normativa, podemos constatar que la RDG no ha aumentado la competencia en el mercado jurídico significativamente. El ámbito de actuación de los asesores legales registrados es todavía bastante pequeño y vemos que se ha formado un gran número de nuevos asesores legales. La RDG ha abierto el mercado de asesoramiento legal un poco más, pero todavía reserva el derecho de la representación judicial a los abogados y solamente posibilita el asesoramiento legal de forma comercial en pocos campos exactamente definidos. No queda resuelto el problema constitucional en relación a la libertad profesional en cuestión a otros juristas, que a su vez no son abogados. Aquí hay que mencionar especialmente los juristas de universidades politécnicas (Fachhochschule), como por ejemplo “Diplom-Wirtschaftsjuristen”.

c) Inglaterra

aa) Historia

La situación de los abogados en Inglaterra se muestra bastante similar a la situación en España. La abogacía inglesa, igual que la española, está dividida en dos profesiones. La del “solicitador”

y la del “barrister”. El solicitador es comparable con el abogado en España y la profesión del barrister es similar a la del procurador.

La división en estas dos profesiones ha sido discutida y criticada²⁴, pero las proposiciones de reforma fracasaron. Los partidarios de esta bipartición siempre hablaron de una división razonable entre los solicitadores y “barristers” para garantizar la independencia de los profesionales. Sin embargo, en los últimos años, las dos profesiones se han acercado poco a poco. Los monopolios fueron abolidos, y los solicitadores han podido abrir nuevos campos de actividad. Por su lado, los barristers han intentado adaptar su trabajo a las nuevas condiciones. La liberalización ha sido fomentada por dos leyes de reforma, el acto de “Courts and legal services 1990” y el “Access to Justice Act 1999”. Hasta hace poco, la división de la abogacía entre solicitador y *barrister* ha sido bastante inequívoca. En los últimos diez años, esta imagen ha cambiado. Ahora los dos grupos de profesionales pueden hacerse competencia en campos distintos.

bb) Educación y admisión

En el Reino Unido, y centrándonos sólo en el caso de Inglaterra y Gales (al tener Escocia e Irlanda sus propios regímenes, aunque muy cercanos), para ser solicitador se requiere, en primer término, obtener el título de Derecho (en una *School of Law*), superar un examen organizado por la Law Society y servir un tiempo como pasante en un despacho de abogados (*Solicitor's office*). Por su parte, para llegar a la categoría de *barrister*, élite de la profesión jurídica, se requiere también tener el título de Derecho, pasar el exigente “Common Professional Examination”, formar parte de uno de los cuatro Colegios de Abogados (*Inns of Courts*) y haber completado un año de pupillage (*pupillage*) en el despacho (*Chamber*) de un *barrister*. Luego sigue un tiempo de formación de dos años, siendo *trainee* con un solicitador con experiencia. Después de esta *vocational stage*, la *Law Society* certifica la formación del solicitador. Entonces, el título “*Master of Rolls*” le permite el ingreso en la abogacía y le inscribe en la lista de los abogados inscritos (“*Roll*”). El nuevo solicitador solamente puede ejercer después de pagar una tasa a la “*Law Society*”.

²⁴ Rawert, *Die Zweiteilung der englischen Anwaltschaft*, 1994, págs. 21-88.

cc) Obligaciones profesionales

El solicitador es un “*Officer of the supreme Court*”²⁵. Los solicitadores están sujetos al control judicial por los jueces²⁶. Debido a los cánones de la sección 50 del “Solicitors Act 1974”, los jueces poseen el poder de tramitación de procedimientos deontológicos contra un solicitador²⁷.

El solicitador sustancialmente ejerce en materia extrajudicial, asesora en casos de rutina y mantiene el contacto con el cliente durante los litigios²⁸. El solicitador es el abogado de correspondencia con el cliente. Aparte de eso, asesora al cliente en casos no contenciosos, por ejemplo, la transmisión de terrenos, asuntos de herencia, de familia o el derecho mercantil y cuestiones de impuestos.

En pleitos penales, divorcios y litigios civiles, el solicitador -por falta de derecho de audiencia delante de los juzgados superiores- solamente tiene una función preparatoria. No obstante la regla de la audiencia exclusiva para el *barrister*, el solicitador puede representar a sus clientes en casos de excepción. Durante la vista principal, sin embargo, el solicitador elige para sus clientes un *barrister* y le familiariza con el caso para la preparación del pleito²⁹.

d) Francia

a) Historia

La abogacía francesa ha cambiado notablemente debido a una reforma extensa del año 2004. En Francia, históricamente, había cinco profesiones entre los abogados: *avocat*, *avoué*, *agrégé*, *conseil juridique* y *procureur*. Estas profesiones, a causa de varias reformas³⁰ han cambiado sustancialmente. El campo de actividad del *avocat* ha sido tradicionalmente la asistencia jurídica (*l'assistance y la plaidoirie*) judicial y extrajudicial. La representación y la postulación se añadieron luego, después de una reforma. El representante clásico procesal, sin embargo, ha sido el

²⁵ Section 50, Solicitors Act 1974.

²⁶ Remertz, *Anwaltschaft zwischen Tradition und Wettbewerb*, pág. 31.

²⁷ Kellermann, *Zum Standesrecht der englischen Anwaltschaft*, Kiel 1986, pág. 122 ff.

²⁸ Remmert en: Henssler/Nerlich, *Anwaltschaftliche Tätigkeit in Europa*, pág. 146.

²⁹ Rawert, *Die Zweiteilung der englischen Anwaltschaft*, pág. 101.

³⁰ Reformas de los años 1971, 1990, 2004.

avoué, que se elige por unos trámites similares a las oposiciones, con una función similar a la del funcionario. Los *agrées* se han especializado en la representación procesal ante los tribunales mercantiles. Los *conseils juridiques* eran principalmente competentes para el ámbito extrajudicial. *Procureur*, por último, es el término para la profesión del fiscal.

La primera reforma tuvo lugar con la Ley n.º 71-1130 de diciembre de 1971. Por esta reforma, las profesiones de *avocat*, *agrée* y *avoué* se fusionaron. Los *agrée* fueron asimilados completamente a la profesión de *avocat*³¹, mientras los *avoués* fueron sustituidos ante el tribunal de *grande instance* por los *avocats*, solamente se conservaron su posición ante el *cours d'appel*. No obstante, con la reforma de 1971, la dualidad de los *avocats*, los cuales trabajaron en el campo forense, por un lado, y los *conseils juridiques*, que trabajaron solo extrajudicialmente, por otro lado, se conservó. La segunda reforma del año 1990 finalmente eliminó la separación entre estas dos profesiones y creó una sola profesión. Entonces los profesionales se convirtieron por ley en *avocats*. Ahora la profesión del *avocat* tiene el monopolio de la representación judicial y extrajudicial de los clientes, menos algunas excepciones. El *avoué* ahora solamente se preocupa del recurso del alzada ante los *cour d'appel*. Aparte del *avoué* existen abogados especializados, particularmente los *avocats au Conseil d'État et la cour de cassation*.

Por la reforma de 1990/1991, los *avocats* tienen desde entonces la posibilidad de especializarse³² y trabajar como abogado para una empresa³³. Además, gracias a la reforma están admitidas las sociedades internacionales³⁴ y la sociedad de capital para abogados³⁵.

Los *avocats* franceses están admitidos ante todos los Tribunales, menos los tribunales Superiores (*Cours de Cassation*, *Conseil d'État* y *Tribunal de grande instance*). Tales abogados que demuestren una experiencia de tres años, hayan realizado una pasantía de tres años y superado una prueba final pueden ser admitidos. El número de abogados admitidos son tan sólo alrededor de 80.

³¹ Art. 1 de la Loi n.º 71-1130 du 31 décembre 1971.

³² Estatuto n.º 91-1197 del 27.11.1991, arts. 86 y siguiente.

³³ Art. 3, Ley de Reforma n.º 90-1259 del 31.12.1990, art. 58, Ley 1971.

³⁴ Art. 8, Ley de 1971, versión actual, Estatuto n.º 91-1197 del 27.11.1991, art. 166.

³⁵ Loi n.º 2004-130 du 11.02.2004 (J.O. 36/ 12.02.2004, pág. 2847).

Los abogados del respectivo *Tribunal de grande instance* son los que están inscritos en el *Barreau de avocats* local. Para instruir un litigio delante de otro *Tribunal de grande instance*, el abogado tiene que implicar a un abogado inscrito en el *Barreau de avocats* local (*postulant*).

Los *Barreau de avocats* son comparables a los colegios de abogados en España. Los *Barreau* están instalados en la sede de cada *Tribunal de grande instance*. Los *Barreau* se preocupan de que los *avocats* cumplan con los *códigos deontológicos*. La totalidad de los abogados están representados por la *Assemblée générale* (la Asamblea General).

b) Educación y admisión

En Francia, la profesión de abogado se percibe como una carrera de larga distancia. Los cuatro primeros años se dedican a estudios de Derecho en la Universidad para obtener la *Maîtrise en droit*, algo paralelo a la licenciatura en Derecho en España. Tras el paso universitario se ha de obtener un Certificado de Aptitud Profesional, para lo cual, previamente, se habrá de pasar un examen escrito y otro oral y, tras ello, 18 meses de estudio teórico compaginado con prácticas, debiéndose finalmente superar un riguroso examen. Una vez obtenido el certificado de aptitud profesional se encuentra habilitado para ejercer como *avocat*.

La fase de *stage*, para lo cual el aspirante tenía que inscribirse en un colegio profesional por lo menos dos años, se ha eliminado por la ley de reforma número 130. Sin embargo, por la reforma, los *avocats* están obligados a participar en cursos de formación³⁶.

c) Obligaciones profesionales

El *avocat* francés es, según el art. 3 I de la Ley n.º 71-1130 de 1971 (versión actual), un “auxiliaire de justice” (auxiliar de la justicia), por lo tanto, un órgano jurisdiccional. A la vez, el abogado está reconocido como profesional libre (art. 1 III Ley de 1971 v.a.) y puede decidir autónomamente si acepta un mandato o no (con algunas excepciones).

³⁶ Art. 21, art. 14 Loi n.º 71-1130 1971.

El abogado tiene la obligación de guardar el secreto profesional (art. 55 III de la Ley de 1971 v.a.). Una conculcación está sancionada por los arts. 226-13 del “nouveau Code Penal”. El ejercicio de la profesión tiene que corresponder a la diligencia debida (art. 156 del decreto n.º 91-1197 del 27.11.1991). También tiene que evitar conflictos de interés (art. 155 del decreto n.º 91-1197 del 27.11.1991).

B. Primera Parte: El marco legislativo

I. La regulación de las profesiones

En general, se distinguen tres formas de regular una profesión: la regulación directa por el Estado, la autorregulación y la regulación por terceras partes³⁷.

Según Garoupa:³⁸ *“La regulación por el gobierno normalmente consiste en la regulación de la calidad, certificación y licencia de un profesional de tal forma que el gobierno propone a los ciudadanos los profesionales que se consideran adecuados, convirtiéndose de algún modo en suministrador de alta calidad para asegurar que se mantengan en el mercado incluso si persiste una selección adversa. Bajo certificación o licencia, generalmente, lo que se hace es otorgar un documento, denominado certificado o licencia, a un individuo que satisface ciertas condiciones. Estas condiciones suelen ser formación académica y entrenamiento o práctica. Igual que el gobierno, una agencia privada puede certificar u otorgar licencias a los profesionales y regular la formación académica profesional, periodos obligatorios de prácticas y requerimientos de rendimiento.[...]Esta regulación gubernamental suele resultar poco efectiva más allá de la determinación de simples medidas de transparencia obligatorias, como la titulación y especialización profesional, y la prohibición de lo que pueda ser publicidad engañosa, como decir que uno es abogado o médico cuando no lo es; se enfrenta a difíciles déficits de información respecto a las profesiones y su ejercicio, cuya minimización sería muy costosa para el Estado.”*

³⁷ Garoupa, Regulation of legal and medical professions in the US and Europe: A comparative analysis, Documento de trabajo, 2006-11, marzo 2006, págs. 9 y ss.

³⁸ Garoupa, Regulation of legal and medical professions in the US and Europe: A comparative analysis, Documento de trabajo, 2006-11, marzo 2006, págs. 9 y ss.

Esta tarea de regulador, en España y Alemania se deja a la responsabilidad de la autorregulación, la cual tiene su propio interés en la calidad del servicio de su profesión y otorga las licencias (acceso a la abogacía) y determina las conductas jurídicamente reprobables.

Se han propuesto diversas alternativas a la regulación profesional del Estado o por los propios profesionales, sin embargo, la mayor parte de ellas nunca han sido implementadas³⁹. Entre ellas, se ha citado la posibilidad de abrogar la autorregulación y de optar por la competitividad del mercado. Así pues, se sacrificaría el interés de todos los ciudadanos de tener un acceso fiable a la jurisdicción.

Por eso, la mayoría de los países optan por la autorregulación, sobre todo los países europeos. Esta herramienta se usa en muchos campos, como en salud, en servicios financieros o por ejemplo en el Autocontrol de Publicidad y por supuesto para la abogacía.

La autorregulación surge debido sobre todo a que el Estado se ve en ocasiones desbordado a la hora de tomar en consideración determinados sectores, organizaciones, ámbitos o actividades. Así pues, la autorregulación es una herramienta utilizada ante una demanda reguladora cuando la regulación pública parece resultar limitada o insuficiente⁴⁰.

1. La autorregulación del derecho deontológico

2. El derecho profesional nacional

Como se ha mencionado arriba, la profesión de abogado es una profesión libre. La palabra libre engaña en cierta forma, ya que no se refiere a la regulación profesional, porque las profesiones libres en general están más reguladas que otras. La autorregulación implica coincidencia sustancial entre los actores y los destinatarios de la misma⁴¹. Por autorregulación se entiende el acuerdo institucional mediante el cual una organización regula estándares de conducta de sus miembros.

³⁹ Garoupa, Regulation of legal and medical professions in the US and Europe: A comparative análisis, Documento de trabajo , 2006-11, marzo 2006, pág. 11.

⁴⁰ Esteve Pardo, *Autorregulación, Génesis y Efectos*, 2002, págs. 21 y ss.

⁴¹ Cafaggi, F. “Le role des acteurs privés dans les processus de regulación: Participation, autorégulation et régulation privée”, *Revue française d’administration publique*, núm. 109, 2004, págs. 23-36, pág. 36.

El mecanismo de autorregulación de las profesiones se refuerza con el resurgimiento de las asociaciones profesionales representativas⁴².

En este contexto siempre tenemos que diferenciar exactamente entre el derecho profesional y el derecho deontológico. La gran diferencia entre ambas materias es la autonomía legislativa. Definiciones acerca del derecho deontológico hay muchas:

“El derecho deontológico sería la suma de las reglas de comportamiento para un profesional⁴³ o el derecho especial de un oficio⁴⁴; otros lo definen como la posición determinada de profesionales en relación a sus colegas⁴⁵ o diferencian si la obligación se debe al régimen/oficio. No obstante, sólo convencen las definiciones que diferencian entre el derecho estatal y el autónomo.

Por lo tanto, podemos concluir que se trata de un derecho particular de las profesiones libres.

Su carácter particular no significa, por otro lado, que exista algún privilegio, sino solamente se anuda a la función del profesional. La autonomía desde luego está bastante limitada, ya que se basa en una autorización legal por parte del Estado.

Por lo tanto, la deontología es un derecho “sublegal”, donde los miembros profesionales tienen una influencia importante en relación a su formulación concreta. Entonces, podemos concluir que deontología siempre significa autonomía.

Aparte de los Códigos Deontológicos nacionales, hay que tener en cuenta la regulación europea.

El Abogado General destacó en la decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) con fecha del 12 de septiembre del 2000 (C-180/98 – C- 184/98) cinco peculiaridades de la profesión libre en Europa:

“En primer lugar, las profesiones liberales suelen tener el monopolio legal de la prestación de sus servicios (por ejemplo, los médicos sobre la prestación de servicios de asistencia médica, los abogados sobre la defensa ante los tribunales o los farmacéuticos sobre la venta de medicamentos).

⁴² Gálvez Montes, *La organización de las profesiones tituladas*, Madrid, Consejo de Estado y BOE, 2002, pág. 27s.

⁴³ Sue, *Rechtsstaatliche Probleme des anwaltlichen Standesrechts*, pág. 1.

⁴⁴ Köbler, *Juristisches Wörterbuch*, pág. 308.

⁴⁵ Zuck, *Internationales Anwaltsrecht*, pág 3033.

En segundo lugar, muchas de estas profesiones participan en el control del acceso a la profesión. Aun cuando corresponda al Estado la decisión final sobre el acceso, los miembros de la profesión, sin embargo, establecen, por ejemplo, los períodos de formación necesarios, controlan el contenido de los estudios o ponen exámenes y actúan como examinadores. En algunos casos, se llega a permitir a las profesiones liberales determinar por sí mismas cuántos nuevos miembros pueden entrar en la profesión cada año.

En tercer lugar, la publicidad suele estar limitada. Normalmente, las normas aplicables son elaboradas por la profesión y aplicadas por órganos disciplinarios o por los tribunales. Van desde la prohibición total de cualquier forma de publicidad hasta prohibiciones más limitadas sobre la publicidad relativa al precio o la calidad de los servicios que se ofrecen.

En cuarto lugar, algunas profesiones establecen tarifas y honorarios obligatorios por sus servicios. Los sistemas de regulación posibles van desde la fijación de honorarios mínimos por la propia profesión a la fijación de honorarios máximos por el Estado tras consultar con la profesión afectada.

Por último, en muchas profesiones liberales se limita la posibilidad de ejercer la profesión en el marco de determinadas estructuras empresariales. Por ejemplo, puede impedirse a los miembros de una profesión establecer sociedades anónimas o participar en sociedades colectivas o contratos de trabajo con personas de otra profesión (por ejemplo, abogados y auditores).”

Aparte de estas declaraciones acerca de las profesiones liberales, el Consejo de los Colegios de Abogados de Europa (CCBE) adoptó su propio Código Deontológico el 28 de noviembre de 1998, el cual analizaremos más adelante en este trabajo.

a) España

1) Etapa de prohibición

Antiguamente, la publicidad de los abogados estaba prohibida. Desde 1998, es posible. El Reglamento de Publicidad de los Abogados, adoptado por el Consejo General de la Abogacía Española (en adelante CGAE) el 19 de diciembre de 1997 (en vigor desde el 1 de enero de 1998), contenía una serie de limitaciones y prohibiciones a la actividad publicitaria de los abogados. Este Reglamento fue elaborado con una cierta voluntad aperturista, frente al régimen de prohibición absoluta que contenía el art. 31.a) del Estatuto General de la Abogacía del 24 de junio de 1982. Entonces, estuvo prohibido: “El anuncio o difusión de sus servicios, directamente o a través de medios publicitarios, así como firmar escritos en asuntos confiados a Agencias de Negocios, Ges-

torías o Consultorios, o emitir dictámenes gratuitos en revistas profesionales, periódicos o medios de difusión, sin autorización de la Junta de Gobierno”⁴⁶.

La prohibición de la publicidad de abogados tenía mucha tradición en España. Como sabemos, histórica y tradicionalmente, la Abogacía ha sido reacia a admitir la publicidad del ejercicio profesional, por considerarla poco adecuada con su función social y con los principios éticos y deontológicos que le son inherentes.

La prohibición figuraba ya en el viejo Estatuto General de los Colegios de Abogados de España, de 3 de febrero de 1947 (art. 13) y fue sustancialmente renovada en el art. 31.a) del Estatuto de 24 de junio de 1982.

De acuerdo con este concepto de la publicidad, el Estatuto General de la Abogacía (EGA) de 1982, en su artículo 31 a), establecía con carácter genérico la prohibición a los abogados del uso de la publicidad. Este precepto manifestaba:

Artículo 31. a): Se prohíbe a los abogados:

El anuncio o difusión de sus servicios, directamente o a través de medios publicitarios, así como firmar escritos en asuntos confiados a Agencias de Negocios, Gestorías o Consultorios, o emitir dictámenes gratuitos en revistas profesionales, periódicos o medios de difusión, sin autorización de la Junta de Gobierno.

Con igual sentido, por ejemplo, el Consejo de los Ilustres Colegios de Abogados de Cataluña (CICAC) aprobó en 1985 un “Recull d’usos i costums de l’Advocacia Catalana”, que incluyó la prohibición genérica de la publicidad en su capítulo IV. Además, el Colegio de Abogados de Barcelona prohibió, aparte de lo anterior, mediante acuerdo de su Junta de Gobierno del 24 de febrero de 1981, la publicación de anuncios relativos al ejercicio de la profesión como medio de reclamo o propaganda. El 5 de febrero de 1985, estos acuerdos fueron modificados por la propia Junta de dicho Colegio, manifestando “que el abogado se abstendrá de tramitar comunicados e informaciones a los medios de comunicación que impliquen, directa o indirectamente, publicidad personal”.

⁴⁶ Real Decreto 2090/1982, de 24 julio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía.

Esta normativa se estaba de acuerdo con el criterio restrictivo imperante en la Europa continental y plasmado después en el Código de Deontología de los Abogados de la Comunidad Europea, aprobado en octubre de 1988, en su artículo 2.6.

Esta prohibición también fue recogida en el Código Deontológico de la Abogacía Española, que se aprobó en mayo de 1987, la cual se confirmó en el texto de adaptación posterior de junio de 1995 en su artículo noveno. También el Código de Deontología de la Abogacía Española, de 30 de junio de 1995, prohibió abiertamente cualquier forma de publicidad de los abogados en su artículo 9.1 (“El Abogado no puede llevar a cabo ninguna actividad publicitaria dirigida a la obtención de clientela en forma directa o indirecta”). Estas normas han sido objeto de estricta aplicación por los Colegios de Abogados y han generado una importante línea jurisprudencial de nuestro Tribunal Supremo, que siempre ha confirmado las sanciones de los colegios a la publicidad de los abogados, vetando cualquier forma de actividad publicitaria de éstos⁴⁷.

Ciertamente, el Reglamento de Publicidad de Abogados de 1998 constituye un relevante cambio respecto a la tradicional prohibición de la actividad publicitaria, introduciendo un régimen en el que está permitida la publicidad de los abogados.

No obstante, su regulación es muy restrictiva, limitando y condicionando extraordinariamente las posibilidades de que los abogados realicen publicidad.

2) Comienzo de la liberalización

En 1995, se celebró el VI Congreso de la Abogacía Española en La Coruña. El Congreso aceptó -aún muy tímidamente- la liberalización de la mera información objetiva de los servicios que prestaba el abogado. Sin embargo, mantenía la prohibición de la publicidad subjetiva y la propaganda a través de personas interpuestas.

Posteriormente, en diciembre de 1997, la Asamblea General de la Abogacía Española (AGAE) aprobó un Reglamento de Publicidad. Éste se dedicaba principalmente a la publicidad personal del abogado, pero mantenía las mismas prohibiciones que contenían los reglamentos anteriores

⁴⁷ Véanse SSTs 23 de septiembre de 1988, RJ 1988\7552; 12 de mayo de 1987, RJ 1988\3702; 10 de noviembre de 1987, RJ 1987\8789; 16 de marzo de 1989, f.d.6.º, RJ 1989\2089; 31 de julio de 1989, RJ 1989\6185; 29 de septiembre de 1989, RJ 1989\6723, 18 de febrero de 1994, RJ 1994\974; 24 de septiembre de 1990, RJ 1990\7287).

como, por ejemplo, la prohibición de la información subjetiva y de la propaganda, así como el requisito de la autorización previa de la Junta de Gobierno, etc.

Partiendo de esta situación normativa, fue el Colegio de Abogados de Barcelona el que también impulsó la liberalización de la publicidad del abogado. Su reglamento del 21 de julio sobre la publicidad constituyó el primer hito normativo en la materia: según su nuevo reglamento, ya no era necesario el requisito de la autorización previa, estableciendo el principio general de que, todo aquello que no estuviera expresamente prohibido, resultaba permitido. Con este reglamento, la publicidad del abogado se sometía a las reglas generales del mercado (Ley General de Publicidad, Ley de Competencia Desleal, etc.). La normativa se limitaba a especificar algunos supuestos concretos que resultaban expresamente prohibidos en virtud de las prohibiciones generales de las leyes sobre publicidad (p. ej. si la ley prohibía la publicidad engañosa, el Reglamento especificaba qué constituía publicidad engañosa para asegurar el resultado de un asunto cuando éste no dependía exclusivamente de la actividad del abogado)⁴⁸.

Después de este primer paso, el Reglamento del Colegio de Abogados de Barcelona fue adoptado, con ligeras modificaciones, por la totalidad de los Colegios de Abogados catalanes y posteriormente integrado en el Capítulo VIII del Código de la Abogacía Catalana aprobado el 1 de marzo de 2001.

Poco después, con fecha del 22 de junio de 2001, se aprobó el nuevo Estatuto General de la Abogacía Española, que regula la publicidad de los servicios profesionales del abogado en su artículo 25, ya con una normativa bastante más liberal, aunque aún no tan liberal como los códigos catalanes:

Art. 25.

1. El abogado podrá realizar publicidad de sus servicios, que sea digna, leal y veraz, con absoluto respeto a la dignidad de las personas, a la legislación sobre publicidad, sobre defensa de la competencia y competencia desleal, ajustándose, en cualquier caso, a las normas deontológicas.

2. Se considerará contraria a las normas deontológicas de la abogacía la publicidad que suponga:

⁴⁸ Jaume Alonso Cuevillas Sayrol, Evolución de la Regulación de la Publicidad de la Abogacía en España, www.fbe.org/IMG/doc/Rapport_JACS_ES.doc.

- a) Revelar directa o indirectamente hechos, datos o situaciones amparados por el secreto profesional.
- b) Incitar genérica o concretamente al pleito o conflicto.
- c) Ofrecer sus servicios, por sí o mediante terceros, a víctimas de accidentes o desgracias, a sus herederos o a sus causahabientes, en el momento en el que carecen de plena y serena libertad para la elección de abogado por encontrarse sufriendo dicha reciente desgracia personal o colectiva.
- d) Prometer la obtención de resultados que no dependan exclusivamente de la actividad del abogado.
- e) Hacer referencia directa o indirecta a clientes del propio abogado.
- f) Utilizar los emblemas o símbolos colegiales y aquellos otros que por su similitud pudieran generar confusión, al reservarse su uso para la publicidad institucional que pueda realizarse en beneficio de la profesión en general.

3. Los abogados que presten sus servicios en forma permanente u ocasional a empresas individuales o colectivas deberán exigir que las mismas se abstengan de efectuar publicidad respecto de tales servicios que no se ajuste a lo establecido en este Estatuto General.

Esta normativa constituye la normativa general, la cual está vigente hasta el día de hoy en España, salvo en Cataluña donde, como hemos visto, rige el más liberalizador Codi de l'Advocacia Catalana inspirado en el Reglamento de Barcelona de 1998.

Finalmente, por la reforma en 2001⁴⁹, se permitió la publicidad de abogados. Para los procuradores la prohibición continuaba hasta que se aprobó el nuevo Estatuto General de los Procuradores⁵⁰ de los Tribunales de España, el cual ha sido aprobado el 5 de diciembre de 2002. Aparte del Estatuto General de los Procuradores, el Pleno del Consejo General de Procuradores de los Tribunales de España, reunido en sesión ordinaria de 15 de diciembre de 2003, acordó la aprobación del Reglamento de Publicidad, el cual regula los detalles de la publicidad, es decir, determina lo que puede ser objeto de la publicidad y lo que no⁵¹.

⁴⁹ Estatuto General de la Abogacía Española, Real Decreto 658/2001, de 22 de junio.

⁵⁰ Artículo 35 del Estatuto General de los Procuradores de los Tribunales de España (Real Decreto 1281/2002): “Los procuradores podrán hacer publicidad de sus servicios y despachos conforme a lo establecido en la legislación vigente. Los procuradores tendrán siempre presente el espíritu de solidaridad, asociación y hermandad que tradicionalmente presiden los Colegios de Procuradores y evitarán la deslealtad hacia sus compañeros y la competencia ilícita, con sujeción a la legislación sobre publicidad, sobre defensa de la competencia y competencia desleal, ajustándose en cualquier caso a las normas deontológicas”.

⁵¹ Véase el Reglamento en el siguiente enlace: www.procuradoresmurcia.com/normativa_publicidad.php.

Ahora está permitida la publicidad de los abogados, sin más restricciones que las impuestas por la legislación sobre publicidad y competencia desleal y las normas deontológicas. Las normas deontológicas de la publicidad personal del abogado fueron estatutariamente restringidas hasta la aprobación del vigente código deontológico de la Abogacía Española en 2002⁵², adaptado al vigente Estatuto General de la Abogacía Española⁵³. Este cambio ha originado una gran actividad reglamentaria aperturista en los Consejos y Colegios de los años anteriores y además la obligación de asumir el Código Deontológico Europeo, el cual establece las normas mínimas de actuación de cualquier abogado en el ámbito territorial del Estado español. Sin embargo, los Colegios de Abogados de las respectivas comunidades autónomas son los órganos a quienes corresponde ordenar el ejercicio profesional en los ámbitos territoriales que les son propios. En el vigente Código Deontológico de la Abogacía Española, se establecen las bases de la publicidad personal del abogado, solo en cuanto afecta a la deontología profesional. Según su preámbulo, *“la publicidad habrá de respetar los principios de dignidad, lealtad, veracidad y discreción, salvaguardando en todo caso el secreto profesional y la independencia del abogado. La función de concordia que impone al abogado la obligación de procurar el arreglo entre las partes exige que la información no sea tendenciosa ni invite al conflicto o litigio”*.

Esta liberalización permite el uso de herramientas para la captación y fidelización de clientes, siempre conforme a los parámetros y especialidades de la profesión, siendo fundamentalmente las mayores barreras la oferta de precios, publicidad comparativa y la promesa de resultados. En definitiva, las restricciones no son de hacer publicidad, sino de cómo hacerla.

b) Alemania

La publicidad legal en Alemania se encuentra limitada por una serie de leyes y reglamentos. Por un lado, aunque la profesión de abogado no es comercial, sino una profesión “libre”, es aplicable la Ley de Competencia Desleal (UWG)⁵⁴. Igualmente la competencia como los Colegios de Abogados hacen uso de esta ley, para actuar contra medios de publicidad. Este procedimiento, en ocasiones, esta conectado con sanciones disciplinarias. Los Colegios, respectivamente la junta

⁵² Código Deontológico de la Abogacía Española, aprobado por Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, aprobado en el Pleno del 27 de septiembre de 2002, modificado en el Pleno del 10 de diciembre de 2002.

⁵³ Estatuto General de la Abogacía Española, Real Decreto 658/2001, del 22 de junio. *BOE* del 10 de julio de 2001.

⁵⁴ Introducido el 3 de julio de 2004 (BGBl. I S. 1414), modificado por el artículo 5 de la Ley del 21 de diciembre de 2006 (BGBl. I pág. 3367)

directiva, además disponen, según § 74 BRAO⁵⁵, de la posibilidad de amonestar al abogado que infringe las normas deontológicas.

Los Colegios de Abogados tienen que procurar el cumplimiento de estas normas. De las normas deontológicas resultan las especificaciones del marketing legal. En Alemania, en diferencia a por ejemplo España, los Colegios de Abogados no poseen un poder legislativo propio sobre el derecho profesional de los abogados. Todas las normas importantes están estipuladas por Leyes Federales, desde que el Tribunal Constitucional declaró ilícito el reglamento deontológico en 1987⁵⁶.

Los Colegios de Abogados respectivos son los responsables de comprobar el cumplimiento con las normas nacionales de la BRAO (Orden Nacional de la Abogacía). En Alemania, esta función de revisión por los Colegios se toma muy en serio, lo que constituye en cierta manera un polo opuesto al desempeño de esta función en muchos otros países.

Los efectos del marco legal de la abogacía alemana ya condicionan la forma de la empresa o bufete de abogados. La cuestión de la forma legal de la sociedad del bufete afecta tanto la organización interna como cuestiones de impuestos, etcétera, y aspectos relevantes para el marketing. La posibilidad de firmar bajo una distinta forma es un factor bastante relevante.

En los últimos años, el derecho profesional alemán ha experimentado una liberalización de las posibilidades de firmar para los abogados. Ahora, en Alemania, aparte de la sociedad de derecho civil (Gesellschaft bürgerlichen Rechts), existen formas nuevas como la ley de la sociedad de participación (Partnerschaftsgesetz) de 1 de julio de 1995⁵⁷.

c) Inglaterra

El derecho deontológico en relación a la publicidad es muy liberal, sin haber hecho daño a la imagen de los abogados. Hasta mediados de los años 80, para los solicitadores, cualquier tipo de

⁵⁵ Bundesrechtsanwaltsordnung, publicado: Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 303-8, veröffentlichten bereinigten Fassung, la última actualización por el art. 1 de la Ley del 12 de junio de 2008 (BGBl. I S. 1000).

⁵⁶ Antes del año 1987, los Colegios, igual que en España, determinaron la profesión de abogado a través de Códigos Deontológicos.

⁵⁷ Partnerschaftsgesellschaftsgesetz del 25 de julio de 1994 (BGBl. I S. 1744), modificado por el art. 22 G del 23.10.2008 I 2026 (núm. 48.)

anuncios se ha prohibido⁵⁸. Por la pérdida del monopolio de *conveyancing* (traspaso de propiedad) y la subida de competencia, la competitividad de los *solicitors* estuvo en peligro. Como consecuencia, la “Law Society” se vio obligada a anular la prohibición de la publicidad para los *solicitors*⁵⁹. El derecho de la publicidad de los *solicitors* está regulado ahora por el *Publicity Code 1990*⁶⁰. Según este Código, para los *solicitors* está prohibida la publicidad engañosa o incorrecta y también la publicidad de *bad taste* (mal gusto)⁶¹; igualmente la publicidad comparativa o con referencias a la cuota de éxito. Un *solicitador* tampoco puede visitar o llamar a posibles clientes. Sin embargo, puede escribir cartas directas a clientes potenciales.

Para los *solicitors* ingleses es posible emitir publicidad de televisión, radio o hacer *sponsoring* de eventos. También es posible dar nombres de sus clientes y mencionar la remuneración recibida, si ellos han firmado un acuerdo escrito⁶². Está permitido para el *solicitador* llamarse especialista en distintos campos, si la autoevaluación lo justifica⁶³.

Los *barristers*, por falta de contacto con el cliente (ellos están encomendados por el *solicitador*), tradicionalmente no dependieron de la publicidad. Pero con la liberalización del mercado inglés también subió la competencia, así que, al final, la prohibición de la publicidad fue abolida. Sin embargo, existen distintas reglas que prohíben la publicidad engañosa o incorrecta⁶⁴.

d) Francia

La publicidad de los *avocats* es lícita según el art. 161 del Decreto n.º 91-1197 de 1991, pero cada medida de publicidad tiene que estar presentada y aprobada por el *Barreau de avocats* (Colegio de abogados). El tipo de publicidad permitida es solo una publicidad de escasa información. No se permite publicidad directa para captar clientes, igual que la publicidad engañosa, provocadora o comparativa.

⁵⁸ Rule 1 Solicitador’s Practice Rules 1936-1972.

⁵⁹ Véase: Mälzer, Werbemöglichkeiten für Rechtsanwälte in der EU, 1995, S. 69-82.

⁶⁰ With consolidated amendmends to 3rd of March 1999, véase: The Guide to the Professional Conduct of Solicitors, Annex 11A, pág. 229 ff.

⁶¹ Solicitador’s Publicity code 1990, Rule 1 (b), (c).

⁶² Solicitador’s Publicity code 1990, Rule 4, 5.

⁶³ Solicitador’s Publicity code 1990, Rule 2 (b).

⁶⁴ Véase: § 308 Code of Conduct of the Bar of England and Wales (1998).

Otras medidas comunicativas, como anuncios en la prensa por reubicación del despacho, letreros con especificaciones sobre la especialización y papeletas son medidas lícitas⁶⁵. Prohibidos, por el contrario, están los carteles de publicidad o anuncios en periódicos o en la televisión o radio. Tampoco están permitidos los folletos publicitarios y la indicación numerativa de la clientela⁶⁶.

La remuneración de los *avocats* no está regulada por ley, sino que es posible una determinación libre entre las partes⁶⁷. Sólo existen recomendaciones (*barèmes indicatifs*) de los *Barreau* los cuales tienen que servir en la práctica para la orientación de los abogados. Por motivos de competencia desleal en 1982 han sido declarados ilícitos por el “Conseil de Concurrence”⁶⁸.

3. Anteproyecto de la Ley de Servicios Profesionales

a) Introducción y Objetivos

El 2 de agosto, el Consejo de Ministros ha aprobado el Anteproyecto de Ley de Colegios y Servicios Profesionales. El texto sometido a esta investigación se enmarca dentro del proceso de reformas estructurales que se están llevando a cabo en España. En concreto, forma parte de las reformas recogidas en la Estrategia Española de Política Económica, lanzada en septiembre de 2012 y actualizada en abril de 2013, cuyos objetivos declarados son aportar más flexibilidad y competencia a la economía, ayudar a contener los márgenes y costes empresariales, mejorar la calidad de los factores productivos y facilitar la asignación de recursos hacia los sectores más competitivos.⁶⁹

Esta reforma legislativa pretende impulsar la competitividad, el crecimiento y la calidad de los servicios, mediante la eliminación de restricciones en diversos ámbitos. Entre otras razones la nueva regulación está pensada para crear un nuevo marco normativo que aclare el confuso mapa regulatorio, lo actualice, revisando y derogando la normativa que ya no se corresponde con la realidad actual de la economía y las profesiones y simplifique la regulación de los servicios pro-

⁶⁵ Remmert en: Henssler/Nerlich, *Anwaltliche Tätigkeit in Europa*, pág. 182.

⁶⁶ De Sevelinges, *AnwBl* 2000, pág. 714, 716.

⁶⁷ Kilian *ZVersWiss* 1999, pág. 33.

⁶⁸ Gruber, *BRÄK-Mitt.* 2000, pág. 172.

⁶⁹ Dictamen 11/2013, Consejo Económico y Social España, pág. 1-2; COM (2013) 676 final.

fesionales. Además, el legislador justifica el anteproyecto de la Ley de Servicios Profesionales en la exposición de motivos con las exigencias de la UE y diversos organismos internacionales, como la OCDE, el FMI, que vienen recomendando desde hace algún tiempo una reforma profunda de la regulación de los servicios profesionales en España, para así garantizar incrementos de competitividad y crecimiento. El interés de la Comisión Europea respecto a la liberalización de los servicios profesionales se ha puesto de manifiesto recientemente en la Comunicación⁷⁰ sobre la evaluación de las regulaciones nacionales del acceso a las profesiones, en la que se diseña un plan de trabajo, con inicio en noviembre de 2013, que tendría como objetivo intermedio la publicación de un Mapa Europeo de las Profesiones Reguladas. Esta cartografía de profesiones serviría de punto de partida para establecer una estrategia de modernización de su marco normativo con el objetivo de contribuir al fomento del empleo y del crecimiento.

El tema de la regulación y el ejercicio de las profesiones es uno de los temas más controvertidos con los que nos podemos encontrar hoy en día. No es una materia fácil de regular si el objetivo es, distinguir entre profesiones que de una u otra manera, contribuyen por igual a la prestación de servicios a los ciudadanos. También tenemos que considerar, que distintas profesiones poseen una larga tradición de colegiación con sus funciones de autocontrol profesional. Estos órganos velaban por garantizar que los profesionales trabajaban de forma profesional, respetando la ética de su ocupación tanto en relación al ciudadano como al colega, asegurando la calidad de la prestación del [servicio prestado](#).

Dado la presente cultura de liberalización, que se ha implantado globalmente en los servicios profesionales (no sólo en el caso de la abogacía) y la voluntad de mejorar la calidad de la prestación de servicios en España, se ha llegado a la conclusión de considerar la necesidad de la colegiación como posible freno a la libre prestación de servicios, ya que podría ir en contra de normativas aprobadas en España bajo el amparo de esa necesaria libertad en la prestación de servicios que, por ejemplo, propugna la Ley 17/2009, del 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

⁷⁰ COM (2013) 676 final.

Sin embargo, esta consideración es errónea, porque han sido precisamente los colegios profesionales los que han garantizado hasta la fecha que la prestación de servicios profesionales esté rodeada de las garantías e idoneidad necesarias para que los ciudadanos reciban sus servicios de los profesionales en verdaderas condiciones de profesionalidad, ética y auténtico control, por ejemplo mediante el régimen disciplinario o en la exigencia de una atestificación para responder de las posibles responsabilidades civiles que un profesional pueda causar por una mala praxis profesional.⁷¹ La insistencia de los Gobiernos de regular los servicios profesionales es últimamente obvia, aunque se trata de uno de los servicios que mejor ha funcionado en el pasado. Sin embargo, especialmente en comparación con el sistema alemán, sí había necesidades de actualización. Aquí podemos hacer una mención destacada de la figura del procurador, que en la mayoría de los países europeos no existe en esta forma. En Alemania, por ejemplo, son los mismos abogados los que ejercen ambas funciones. La abolición de la figura del procurador de hecho tiene que ir en conjunto con una formación más amplia de los abogados para garantizar la calidad y el funcionamiento del servicio. Cualquier medida que ponga en peligro la existencia o la gestión de la actividad de la colegiación acaba perjudicando a la ciudadanía, que necesita la recepción de unos servicios profesionales de calidad.

El texto del Anteproyecto se ha consolidado por la última versión de la Ley de Colegios Profesionales tras su modificación por la Ley Ómnibus (2009) y otras medidas de modificación o nuevas que incorpora. Su contenido recorre si no todo, gran parte del funcionamiento de las corporaciones colegiales y les añade previsiones de control por parte de las Administraciones competentes.

A través de la Ley Ómnibus se modificó profundamente la Ley de Colegios Profesionales adaptándola y modernizando la regulación de las corporaciones colegiales. Se dejó sin embargo para un desarrollo posterior dos cuestiones: el visado obligatorio que fue objeto de un Real Decreto en 2010; y las obligaciones de colegiación que se contienen en el actual Anteproyecto comentado. Éste va más allá y recoge la regulación en un nuevo instrumento legal acometiendo la propia prestación de servicios y las funciones de las corporaciones colegiales. Según la regulación prevista se crea un nuevo concepto de profesiones o actividades profesionales para cuyo ejercicio se

⁷¹ Vicente Magro, pág. 2.

exige la colegiación obligatoria para algunos y otras que resultan voluntarias.⁷²Esta dualidad ya estaba prevista en la Ley Ómnibus y se recoge en la STC, del 17 de enero.

El Anteproyecto consta de 53 artículos más disposiciones adicionales, transitorias, derogatorias y finales. Señala primero que el objeto es establecer principios, bases y directrices necesarias para garantizar el libre acceso a las actividades profesionales y su ejercicio, así como el de establecer un régimen jurídico de los colegios; y como fin, la protección de los consumidores y usuarios.

b) Contenido

aa) Título preliminar

En primer lugar, hay que señalar que el art. 1 de la Ley recoge el objeto y fines de la Ley, a saber:

1. Esta Ley tiene por objeto establecer los principios, bases y directrices necesarios para garantizar el libre acceso a las actividades profesionales y su libre ejercicio, así como actualizar y completar la regulación de las peculiaridades propias del régimen jurídico de los colegios profesionales.

2. Los poderes públicos velarán porque, en el ámbito de los servicios profesionales, se provea una especial protección a los consumidores y usuarios en atención a la incidencia que puedan tener estos servicios en sus derechos y, en particular, porque se cumplan las obligaciones de los profesionales recogidas en esta Ley.

La regulación nos expone los principios del libre acceso a las actividades profesionales y su libre ejercicio y determina el objetivo de completar la regulación de los colegios profesionales. El principio del libre acceso a las actividades profesionales no se debe confundir con una absoluta permisividad de cualquier persona con una mínima formación, sino que se marca los requisitos mínimos de formación necesaria para poder desarrollar las distintas actividades profesionales, ya que en muchos casos – como el del abogado o procurador – se trata de un servicio público.

⁷² El Anteproyecto de Ley de Servicios y Colegios Profesionales en el Consejo de Estado, Revista Profesiones, núm. 147 febrero 2014 pág. 14.

En este sentido, “las exigencias de la aplicación de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006 relativa a los servicios en el mercado interior (Directiva de Servicios) no pueden llevar como consecuencia inmediata que se incremente el estado del riesgo de que los ciudadanos puedan quedar perjudicados por una deficiente prestación de los servicios profesionales con una liberalización en la prestación de éstos sin ningún tipo de control y bajo la apariencia de considerar a los colegios profesionales como una forma de restringir el acceso al desempeño de las actividades profesionales.”⁷³ Las exigencias a la colegiación por lo tanto no suponen una sola traba administrativa al ejercicio de las actividades profesionales, sino más bien la garantía de que la prestación de estos servicios cumple con una determinada responsabilidad profesional.

bb) Título I (El acceso y ejercicio a las actividades profesionales y profesiones)

(1) Capítulo I

En el capítulo I (Libertad de acceso y ejercicio) el Anteproyecto comienza enunciando el principio de libertad en el acceso y ejercicio de las actividades profesionales y profesiones, como regla general, sin otras restricciones o condiciones que las que se puedan establecer de acuerdo con la Ley, como excepción (artículo 5). El capítulo recoge en su art. 5 los principios de la igualdad de trato y no discriminación. El art. 6 dispone la eficacia de la normativa en todo terreno nacional sin que puedan exigirse requisitos de acceso basados en cualificaciones adicionales a los del territorio donde se hubiera accedido a la actividad o profesión.

(2) Capítulo II (Acceso a la actividad profesional y las profesiones)

Los art. 7 y 8 condicionan el acceso a las profesiones de distintas cualificaciones. El art. 7 aclara que las restricciones de acceso deben estar previstas de una norma con rango de ley o el caso de transposición de una norma de derecho comunitario, estas restricciones al acceso podrán estar previstas en una norma de rango inferior.

⁷³Vicente Magro, pág. 5.

El art. 8 recoge la figura de la profesión titulada, exigiendo que una norma con rango de Ley tiene que restringir el acceso a una actividad profesional por interés general. También aquí la Ley remite a otras normas que regulen el acceso a la actividad profesional en vez de constituir sus propias reglas. En el art. 9 se establece el acceso de los profesionales comunitarios, respetando las libertades fundamentales del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), en especial junto a la libertad de prestación de servicios (art. 56 TFUE).

El Ministerio de economía y competitividad subraya, que se trata de una reforma obligada:

- *Recomendaciones del Consejo de la UE en el contexto del Semestre Europeo*
- *Reforma recomendada por distintos Organismos Internacionales (FMI, OCDE)*
- *Compromiso adquirido por el gobierno de España (Programa Nacional de Reformas, Estrategia Española de Política Económica)*

Aparte de eso destaca, que también sería una reforma necesaria para mejorar la competitividad de un sector que supone alrededor del 30% del empleo universitario.

La situación de partida según el Ministerio es la de una regulación excesiva, obsoleta (muchas normas preconstitucionales), y conflictiva (entre profesionales). Luego se encontraría con un mapa colegial confuso, excesivamente territorializado en algunas profesiones, y con obligaciones de colegiación diferentes según CCAA. Además, no existiría una ley horizontal que regule el marco general de los servicios profesionales (se han aprobado algunas leyes sectoriales, por ejemplo, edificación o profesiones sanitarias).

El objetivo de la reforma, por lo tanto, sería⁷⁴:

- Crear un nuevo marco que aclare, simplifique y sistematice la regulación de los servicios profesionales, estableciendo el mapa de obligaciones de colegiación y simplificando las reservas de actividad existentes.

⁷⁴Informe del Ministerio de Economía y Competitividad del 20.12.2012: http://www.coag.es/categorias/novedades/2012/Anteproyecto%20de%20Ley%20de%20Servicios%20Profesionales_.pdf.

- Una reforma estructural que contribuya a generar más competencia y mejorar la competitividad de nuestra economía y el funcionamiento del sector de los servicios profesionales.
- Establecer un marco común a los servicios profesionales.
- Aclarar criterios para establecer reservas de actividad. Revisar dichas reservas de actividad competencia del Estado
- Establecer las obligaciones de colegiación (mandato ómnibus): reducirlas a las estrictamente justificadas.
- Modernizar la regulación de los colegios, de pertenencia obligatoria y voluntaria.

Sentado el principio de libertad de acceso y ejercicio de las profesiones, su restricción sólo se podrá establecer por ley debido a razones de interés general⁷⁵ bajo el principio de proporcionalidad⁷⁶; apunta el ejercicio en libre competencia, para lo que declara la compatibilidad de ejercicio de varias profesiones, salvo que haya conflicto de intereses y se establezca por ley estatal, realiza previsiones sobre el ejercicio en sociedades profesionales y determina la libertad de comunicaciones comerciales cuya limitación, en todo caso parcial, sólo podría llevarse a cabo por ley.⁷⁷ En los derechos y deberes de los profesionales está muy presente la protección de los consumidores y usuarios en varias vertientes, como son la formación que garantice una buena práctica profesional y el comportamiento que debe tener el profesional.⁷⁸

⁷⁵El Anteproyecto contiene definiciones legales de razones de interés general: *Razones de interés general: [...]el orden público y la lucha contra el fraude; la seguridad pública y la protección civil; la salud pública y la sanidad animal; la protección del medio ambiente, el entorno urbano y el patrimonio histórico y artístico nacional; la protección jurídica, la seguridad y la salud de los destinatarios de servicios y de los trabajadores y la necesidad de garantizar un alto nivel en la calidad en la educación.*

⁷⁶Definición del principio de proporcionalidad según el Anteproyecto: *Se cumple dicho principio cuando la medida implementada supone el uso del instrumento más adecuado para garantizar la consecución del objetivo que se persigue porque no existen otras medidas menos restrictivas que permitan obtener el mismo resultado.*

⁷⁷El Anteproyecto de Ley de Servicios y Colegios Profesionales en el Consejo de Estado del 7 de enero de 2014, Especial LSCP, Revista Profesiones núm. 6 enero-febrero 2014;

<http://www.profesiones.org/var/plain/storage/original/application/55b9fc304eb8a4d5b04a5850169844b8.pdf>

⁷⁸ Ibidem.

(3) Capítulo III (Ejercicio profesional)

El cambio más importante para los abogados y procuradores que conlleva esta ley es la eliminación de la incompatibilidad del ejercicio simultáneo de la abogacía y la procura (representación ante los Tribunales). Con esta ley, se terminará con la larga tradición de la división profesional y personal entre los procuradores y abogados.

Letrados y procuradores podrán pronto ejercer ambas profesiones de forma simultánea, si así lo desean. Será requisito indispensable la obtención de los títulos de abogado o procurador para la colegiación en los correspondientes colegios profesionales. En el caso del “ejercicio simultáneo de las funciones propias de la abogacía y de la procura, en los casos en que sea compatible, sólo será necesaria la incorporación a un Colegio profesional de Abogados o de Procuradores”.

Dentro las profesiones jurídicas que también están sujetas a la colegiación obligatoria se encuentra la de la abogacía, en los términos de la adicional primera, apartado 1, letra j), si bien ésta no es plena como en el caso de la procura, sino parcial, al restringirse sólo a determinadas actividades profesionales.⁷⁹ De esto resulta, que un abogado podría ejercer actividades propias de un procurador sin necesidad de estar adscrito a un Colegio de Procuradores y viceversa.

A lo antes expuesto se añade el “principio de colegiación indistinta”, que otorga a los abogados y a los procuradores el derecho a ejercer simultáneamente ambas actividades con el ingreso en una sola de las corporaciones sujetas a la colegiación obligatoria. Esto en conjunto con el principio de la “colegiación única”, que se mantiene en el art. 25 APL, bastará la colegiación a uno sólo de ellos para ejercer en todo territorio español de ambas funciones.

Uno de los motivos de esta nueva regulación es la situación económica: Se intenta reducir las cargas administrativas para los profesionales, al considerar que una sola adscripción obligatoria es suficiente, sin que deban sostener económicamente más que los costes de pertenencia en una sola de las corporaciones, fomentando así la competencia efectiva entre profesionales.

⁷⁹Compárese la Disposición primera adicional Anteproyecto LSP: “1. De acuerdo con lo previsto en el artículo 26 de esta Ley, es obligatorio estar colegiado en los Colegios que se indican para ejercer las actividades profesionales o profesiones siguientes:.... j) En un Colegio de Abogados para ejercer profesionalmente la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos judiciales y extrajudiciales en los que la normativa vigente imponga o faculte la intervención de Abogado y, en todo caso, para prestar asistencia letrada o asesoramiento en Derecho en representación de un tercero, con el que no tenga vínculo de naturaleza laboral.”

La nueva Ley de Servicios Profesionales será de aplicación inmediata, sólo condicionada al despliegue del sistema de notificación electrónica del Ministerio de Justicia y a que los Colegios de Abogados establezcan su presencia en las salas de notificación de los tribunales, lo que implica un periodo transitorio.

La disposición final sexta (nueva redacción del apartado 4 del art. 1 de la Ley 34/2006, del 30 de octubre, sobre el acceso a las profesiones de Abogado y procurador de los Tribunales⁸⁰) prevé, que el abogado o procurador que decidan desempeñar de forma simultánea tanto la función de procurador como la del abogado, pueden elegir si se incorporan al Colegio de Procuradores o al de abogados.

Aparte, la nueva Ley eliminará los aranceles de los procuradores, de forma que, a partir de la entrada en vigor de esta Ley sus honorarios serán fijados libremente con los clientes⁸¹.

El anteproyecto de Ley modifica la Ley 2006 de acceso a la abogacía y establece que el título de abogado habilitará “igualmente para realizar funciones de procurador cuando se realicen los actos de comunicación a las partes y aquellos otros actos de cooperación con la Administración de Justicia que autorice la ley”. No obstante, permite que el título de procurador “habilite para el desempeño de la asistencia letrada en aquellos procesos judiciales y extrajudiciales en los que la normativa imponga o faculta la intervención de abogado [...]”.

Otra de las claves que tiene que ver con el ejercicio de la abogacía está en la colegiación obligatoria a la que han de someterse aquellos profesionales que vayan a ejercer en el ámbito extrajudicial, con excepciones. Aquí se trata de un cambio de última hora, ya que los borradores del anteproyecto que precedieron al texto que alumbró el Consejo de Ministros establecían que sólo necesitarían estar colegiados aquellos abogados y procuradores que trabajaran ante “jueces y tribunales”. En la versión final, sin embargo, el anteproyecto expresamente incluye el “proceso extrajudicial” y “la asistencia letrada o asesoramiento en derecho en representación de un tercero, con el que no tenga vínculo de naturaleza laboral”. También en el ámbito de la Justicia figura la

⁸⁰Art. 4 del Anteproyecto de la Ley de Servicios Profesionales: “Para el ejercicio simultáneo de las funciones propias de la abogacía y de la procura en los casos en que sea compatible sólo será necesaria la incorporación a un Colegio profesional de abogados o de procuradores.”

⁸¹www.mineco.gob.es/stfls/mineco/comun/pdf/APLSCP.pdf, publicado el 9 de septiembre de 2013.

creación de un registro de peritos judiciales para la inscripción de todos aquellos profesionales que cuenten con la debida habilitación. Hacerlo será un “requisito necesario” para la actuación de estos profesionales. Las corporaciones colegiales tendrán la obligación de remitir al Ministerio de Justicia la información de los solicitantes.

cc) Título II (Organizaciones colegiales)

(1) Capítulo I (Corporaciones profesionales)

El término de organización colegial comprende tanto los colegios profesionales como sus Consejos autonómicos, generales o superiores. El art. 23 párr. 1 define los Colegios Profesionales como “...corporaciones de derecho público, creados por la Ley y reconocidos por el Estado, con personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines.” El legislador sigue reconociendo las funciones fundamentales de los Colegios en el art. 23 párr. 2: “Son fines esenciales de estas corporaciones la ordenación del ejercicio de las profesiones, la representación institucional exclusiva de las mismas cuando estén sujetas a colegiación obligatoria, la protección de los intereses de los consumidores y usuarios de los servicios de sus colegiados, y la defensa de los intereses profesionales de los colegiados.”

La regulación determina que los colegios solo podrán crearse por ley, a petición de los profesionales titulados y de pertenencia obligatoria que deberán ofertar un régimen de cuotas obligatorias bonificado para los profesionales en desempleo. En el caso de colegiación obligatoria, únicamente la pertenencia a un colegio habilitará para el ejercicio de la profesión o de ciertas actividades. El art. 26 es clave ya que sienta los criterios para la colegiación obligatoria que determina como actividades en las que puedan verse afectados de manera grave y directa la salud e integridad física, de la seguridad personal o jurídica de las personas; a ello añade que la colegiación sea un instrumento eficiente.⁸² Como novedad se introduce un plazo de diez días hábiles para que los colegios resuelvan expresamente sobre la solicitud de colegiación, aplicándose la regla general del silencio positivo. Aparte de esto, el Anteproyecto introduce una regulación nueva de las cuotas colegiales en su art. 27. a) y b). Según esta, los Colegios deberán de establecer cuotas de inscripción o colegiación que no superen en ningún caso los costes asociados a la tramitación de la

⁸² www.mineco.gob.es/stfls/mineco/comun/pdf/APLSCP.pdf, publicado el 9 de septiembre de 2013.

inscripción. En cuanto a las cuotas o precios periódicos deben ser razonables, no discriminatorias ni abusivas. Para desempleados deberán establecer unos regímenes especiales bonificados de cuotas o precios. Entre las obligaciones específicas y nuevas del art. 27 aparece la obligación de auditar sus cuentas.

El artículo 28 introduce una reserva de denominación de los términos colegio profesional o colegio oficial, lo que afectaría especialmente a determinados colegios cuyas profesiones no ostentan reserva de actividad genérica, como podría ser los colegios de economistas, los de administradores de fincas o los de agentes de propiedad inmobiliaria. La denominación de estas profesiones no podrá, por tanto, reservarse a los profesionales colegiados.

La estructura territorial de las organizaciones colegiales está regulada en el artículo 29. A diferencia de la antigua normativa, desaparece la obligación de que la incorporación del profesional se realice en el lugar del domicilio profesional único o principal. Sin embargo, se mantiene el principio de colegiación única en España para el ejercicio en todo el territorio nacional. Ahora pues, cuando sea obligatoria la incorporación a un colegio para ejercer, se puede elegir libremente entre cualquier Colegio en España. Sin duda esta liberalización no parece que sea compatible el sistema de colegiación. Resulta incluso contradictorio, que en su art. 23 determina entre otros, que la colegiación tiene como fin la orden del ejercicio profesional y la protección de los intereses de los consumidores y usuarios de los servicios de sus colegiados. Resultaría sospechoso, que por ejemplo el Colegio de Abogados de Salamanca pudiese controlar las actividades de un colegiado que atiende su despacho en Cádiz. Esta liberalización extrema tampoco se puede justificar remitiendo al derecho europeo. Cuando el Parlamento europeo aprobó la *Directiva Bolkestein*⁸³, lo hizo sin duda para favorecer la libre circulación de los servicios profesionales, pero no olvidemos que no lo hizo a cualquier precio, sino que impuso ciertas restricciones cuando éstas estuviesen justificadas por las ya aludidas “razones de interés general” y dentro de éstas, incluyó la de la garantía de la Buena Administración de Justicia.

⁸³ Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 relativa a los servicios en el mercado interior. Se llama Directiva Bolkestein porque Frits Bolkestein, comisario europeo para el mercado interno durante la presidencia de Romano Prodi, propuso y defendió esta directiva, a la que, por simplicidad, suele hacerse referencia con su nombre.

Además como garantía de cumplimiento de este principio básico, se recoge en el Art. 3.3 párrafo segundo de la Ley de Colegios Profesionales que “los colegios no podrán exigir a los profesionales que ejerzan en un territorio diferente al de colegiación (...) comunicación ni habilitación alguna (...) ni al pago de contraprestaciones económicas distintas de aquellas que exijan habitualmente a sus colegiados por la prestación de los servicios de los que sean beneficiarios y no se encuentren cubiertos por la cuota colegial.” Por último, se prevé el uso por parte de los colegios de los sistemas de cooperación administrativa previstos en la Ley 17/2009, sobre el libre acceso a las actividadesde servicios y su ejercicio.

En su art. 30, el Anteproyecto vaticina medidas para la fusión, absorción, segregación y cambio de denominación, así como para la disolución de las corporaciones profesionales. Como una de las novedades, establece que las fusiones requerirán aprobación por Real Decreto si al menos uno de los colegios que se fusionan es de ámbito territorial único, cuenta o debiera contar con Consejo General o es de pertenencia obligatoria. Para lo que no llega a incluirse dentro de esta ley regulatoria, será aplicable la normativa autonómica. Lo mismo se recoge para la disolución de colegios, que se realizará mediante real decreto según lo previsto en el art. 31. El párrafo 2 del art. 30 determina, que la disolución de los colegios profesionales de pertenencia obligatoria únicamente podrá producirse, tras la fusión del Colegio con otra corporación colegial o la fusión entre organizaciones colegiales en los términos establecidos de dicho artículo.

En los art. 32 y 33 encontramos la normativa sobre las relaciones que los colegios mantienen con la administración competente y la función de control de la administración sobre el desempeño de las funciones públicas y de los servicios obligatorios atribuidos por la Ley de las corporaciones colegiales.

(2) Capítulo II (Funciones y servicios obligatorios)

Aquí se fija un legal en el que las restricciones sólo pueden establecerse por Ley cuando se justifique por razones de interés general y resulte proporcionado; todo ello para evitar la proliferación de barreras de entrada poco justificadas o determinadas sólo por los intereses particulares de algún colectivo en perjuicio de otros. Este capítulo comienza recogiendo en su art. 34 las funciones de los colegios, creando una diferencia clara entre aquéllas de carácter público a efectos de su

régimen jurídico. El Anteproyecto elimina a su vez funciones obsoletas de los colegios, introduciendo al mismo tiempo nuevas funciones en coherencia con su funcionamiento actual y las obligaciones que resultan de la regulación del Anteproyecto. En relación a la regulación de la ventanilla única, nos encontramos con la novedad que los colegios tendrán que ofrecer información referente al acceso a la actividad profesional y su ejercicio e informaciones sobre las cuotas, las cuentas anuales consolidadas, como también información actual de los colegiados sobre los que pesen resoluciones ejecutivas del ejercicio profesional, como la expulsión o suspensión.

Con el art. 36 se introduce una mayor transparencia de las gestiones de las corporaciones profesionales, obligándoles a publicar una memoria anual con la información determinada en el artículo mencionado, como por ejemplo sobre las cuentas consolidadas, de las sanciones, información agregada sobre quejas y reclamaciones, etc. Según el párrafo 2, las corporaciones tienen que publicar esta memoria anual a través de su página web en el primer semestre de cada año. En el caso de colegios de pertenencia obligatoria, esta memoria será enviada y analizada por la administración competente.

En los art. 37 se regula el servicio de atención a los colegiados, consumidores y usuarios. El visado se encuentra ahora en el art. 38, donde se mantiene la regulación como se encontraba en la Ley de Colegios Profesionales, si bien, se modifica la referencia del coste. El precio de los visados de los trabajos tienen que ser razonable, no abusivo ni discriminatorio y los colegios tienen que hacer públicos los precios de los visados de los trabajos.

El capítulo III del Título I trata de la organización, el régimen jurídico y disciplinario. La nueva regulación introduce la novedad que los estatutos de los consejos generales de los colegios (art. 39) establecerán un sistema de participación de los distintos colegios que tendrá en cuenta el número de colegiados en cada uno de ellos, garantizando su participación. Para el funcionamiento del los Colegios, el legislador recoge el principio democrático (art. 40) y los principios del buen gobierno (art. 41). En el art. 41 se incluye el régimen de las incompatibilidades y retribuciones.

En relación a la normativa colegial el Anteproyecto hace referencia al contenido de los estatutos generales (artículo 42) y en particular, se recoge que el código deontológico de cada organización colegial formará parte de los estatutos y será único para cada organización colegial (artículo 43).

En el art. 44 se hace referencia al régimen disciplinario, pero sin embargo se recoge las infracciones más graves y el ejercicio de las funciones disciplinarias de los colegios. *En materia de competencia desleal los Estatutos generales se remitirán a la legislación aplicable y sobre intrusismo profesional al código penal (b).*

En el art. 45 se prohíbe a los Colegios la recomendación de honorarios. En concreto no pueden publicar baremos orientativos ni cualquier otra orientación, recomendación, directriz, norma o regla sobre honorarios profesionales. A pesar de lo antes expuesto, los Colegios podrán elaborar criterios orientativos a los exclusivos efectos de la tasación de costas y de la jura de cuentas de los abogados y procuradores. Dichos criterios serán igualmente válidos para el cálculo de honorarios y derechos que corresponden a los efectos de tasación de costas en asistencia jurídica gratuita.

Como último reglamento, el capítulo III termina con los recursos y la nulidad de los actos administrativos de los órganos sujetos a Derecho Administrativo.

El capítulo IV (Régimen económico y contable), se fundamenta en el régimen económico colegial, por ejemplo, estableciendo la voluntariedad de la suscripción de seguro y de servicios de protección social complementaria a través de las corporaciones colegiales.

Finalmente, se dispone la obligatoria presentación y publicidad de las cuentas de los colegios y de la auditoría para las corporaciones colegiales de pertenencia indispensable (artículos 49 y 50) como garantía de un mayor control contable.

dd) Título III (Calidad de los servicios y protección de los consumidores y usuarios de los servicios profesionales)

Este título trata de la calidad de los servicios y protección de los consumidores y usuarios en relación con los servicios profesionales. El art. 50 dispone que las Administraciones Públicas fomentarán la adhesión de los profesionales al Sistema Arbitral de Consumo, como medio para

resolver los conflictos que surjan entre los consumidores y usuarios y los profesionales por otro lado. Según el artículo 51 se publican listas de todas las profesiones reguladas por las distintas administraciones públicas, incluyendo las tituladas y colegiadas. Asimismo se publicará la información relativa a la formación necesaria para el acceso a cada profesión y todos los requisitos y procedimientos necesarios para el acceso y ejercicio competente. En los art. 51 se reglamenta la formación continua de los profesionales y en el 54, los sistemas de certificación de profesionales, a través de las oportunas entidades de certificación como mecanismo para garantizar una mayor información de los consumidores sobre los conocimientos y experiencia de los expertos prestadores de servicios.

ee) Disposiciones adicionales, transitorias y finales

En la disposición adicional primera, se determina la obligatoria colegiación para las distintas profesiones. Según esta lista, también lo será para las siguientes profesiones:

- Sanitarias: médicos, farmacéuticos, veterinarios, odontólogos, enfermeros, fisioterapeutas, ópticos, optometristas y podólogos.
- Profesiones técnicas: sólo será obligatoria la colegiación para aquellas actividades para las que se exija visado obligatorio, esto es, actividades relacionadas con la edificación y manejo de explosivos.

La segunda regula la forma de acreditación cualificada para el ejercicio de las actividades profesionales o profesiones. La disposición adicional tercera establece requisitos para las referencias a las titulaciones que se puede indicar en los pliegos de prescripciones técnicas en el ámbito de la Ley de Contratos del sector público. La cuarta disposición posibilita que, las Administraciones públicas celebren o contraten con los Colegios profesionales u otras entidades de convenios o la contratación de servicios de comprobación documental, técnica o sobre el cumplimiento de la normativa aplicable que consideren necesarias relativas a los trabajos profesionales.

La disposición quinta obliga a los Colegios de pertinencia obligatoria, de desarrollar un sistema de certificación de profesionales (referencia al art. 54). La sexta introduce un registro de peritos oficiales. La séptima exceptúa las actividades de los notarios y registradores de la propiedad y

mercantiles de la aplicación del título I. Según la disposición adicional octava, las corporaciones profesionales que se han creado con anterioridad y aunque no cumplan los requisitos de creación establecidos pueden mantener su carácter de corporación de derecho público. La novena establece la creación de una Comisión de Reforma de las Profesiones. La décima determina, que la supresión de la obligación de colegiación no supondrá en ningún caso una modificación de la inclusión de estos profesionales al Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, o, en su caso, la posibilidad de optar entre dicho régimen o la integración en mutualidad autorizada. La decimoprimera y la decimosegunda limitan los costes de tramitación de la colegiación o inscripción y los costes de la cuota colegial en las profesiones colegiadas. La disposición adicional decimotercera dispone, por último, que se establecerá un grupo de trabajo específico para la determinación de las atribuciones profesionales en el ámbito de la ingeniería y la edificación.

Las disposiciones provisional establecen un régimen transitorio de la normativa colegial y la segunda de los habilitados de clases pasivas. Según la tercera, el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte adoptará las medidas necesarias para que, en el plazo de cinco años queden incorporados los datos de los títulos expedidos desde 1970 en el Registro Nacional de Titulados Universitarios Oficiales. La última disposición transitoria establece que, los derechos devengados por los procuradores con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley se registrarán por la normativa vigente en el momento en el que se inició el asunto.

b) Consecuencias posibles

La nueva normativa podría tener las siguientes consecuencias:

1. Fusiones de despachos de abogados y procuradores: A causa de la nueva normativa se podrían producir fusiones entre los despachos de dichas profesiones.

Sin embargo, es importante tener en cuenta que este tipo de operaciones empresariales son complejas. Especialmente las diferencias «culturales» entre los dos grupos profesionales o la carencia de una estrategia conjunta podrían hacer fracasar a los despachos fusionados. A pesar de todo

esto, creo que a largo plazo los despachos con un solo grupo de expertos no serán competitivos en el mercado de los servicios legales.

2. Procuradores que decidirán ejercer como abogados:

A muchos procuradores no les resultará demasiado difícil ejercer también como abogados, ya que en la práctica para determinado tipo de procedimiento, como, por ejemplo, el de las ejecuciones civiles, ya desarrollaban labores similares a las del abogado.

3. Abogados que decidan ejercer también como procuradores:

Los abogados tienen más difícil actuar también como procuradores. Muchos de los abogados tendrían que aprender un nuevo oficio. Las actividades, sin embargo, son más de carácter administrativo que judicial. Por lo tanto, podemos suponer que por lo menos a los despachos medianos y grandes no les costará demasiado integrar estas tareas en las de algunos de sus profesionales y adaptar sus sistemas de gestión documental y del conocimiento para realizarlas sin problema, haciendo posible, así, la incorporación de un nuevo servicio a un coste posiblemente muy competitivo para sus clientes. Es decir, que los servicios que hasta ahora ofertaban los procuradores pasarían a formar parte de la propuesta de valor del despacho, haciéndola más atractiva para sus clientes.

4. Desde luego habrá un número mayor de profesionales que al principio seguirán como hasta ahora, ejerciendo las profesiones que inicialmente escogieron; por lo menos durante un tiempo de transición que puede ser más o menos prolongado, dependiendo de la adaptación de los otros despachos, o mejor dicho: el tiempo de transición durará hasta que la presión del mercado pase factura.

5. Por último, puede ser que los pequeños despachos de abogados sigan demandando los servicios de los procuradores porque no les resulta rentable ocuparse de ambas tareas. Esto podría significar que distintos despachos de procuradores seguirán existiendo, los que se hayan especializado en satisfacer las necesidades para estos determinados despachos de abogados.

c) Conclusiones

En total, podemos resumir sobre el previsto cambio de normativa con la *Ley de Servicios Profesionales* que las condiciones laborales del letrado están sobre la dirección de una unificación europea. En el resto de Europa –menos Inglaterra– no existe una división en procuradores y abogados. Tampoco se consideraba necesario, ya que, por ejemplo en Alemania, el abogado siempre tuvo que organizar sus gestiones judiciales sin la ayuda de un procurador. En opinión del autor, de todos modos, el paso adelante y permitir el desempeño de ambas profesiones al mismo tiempo es un paso lógico y necesario hacía una justicia moderna. Todavía, sin embargo, se mantiene una división de dos profesiones que en mi opinión no es necesaria. Por lo tanto, es de suponer que el próximo paso sea la derogación total de la profesión del procurador. A su vez, se debería adaptar la formación del jurista para incluir las tareas de las que hasta ahora se encarga el procurador.

II. El concepto de publicidad

1. Reflexiones generales

Los Códigos Deontológicos y las leyes de la publicidad y la competencia determinan cómo el abogado puede hacer publicidad. Por lo tanto, primero tenemos que aclarar, por exégesis, qué medidas del abogado están comprendidas por las leyes.

El término publicidad no es de origen jurídico, sino económico⁸⁴. Para las ciencias jurídicas, el mencionado término de publicidad debe verse en el sentido amplio, y con un carácter paternal ante las demás materias introducidas dentro de su seno, como lo son la promoción de ventas, el marketing y las relaciones públicas. Para sustentar lo anterior, basta con poner de ejemplo las distintas acepciones comunitarias y españolas que se prestan para el binomio confrontado, en las cuales vemos los mismos elementos: la comunicación, las personas involucradas y su carácter y la finalidad⁸⁵.

La Ley General de la Publicidad (LGP) contiene una definición legal de la publicidad. Según la LGP la publicidad esta definida como:

⁸⁴ Schweiger/Schrattenecker, *Werbung* (2005) pág. 1.

⁸⁵ Vilma Sánchez, *Publicidad en Internet*, pág. 194.

“Toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones”. Los destinatarios de la publicidad son: “Las personas a las que se dirija el mensaje publicitario o a las que éste alcance”.

Con respecto a la característica de la finalidad, debemos aceptar que existe una diferencia de redacción entre la LGP y el Libro Verde, la Directiva 2003/31 y la LSSICE. En el Libro Verde, el término “promover de forma directa o indirecta...” está reemplazado por la palabra *promoción*.

En las leyes alemanas no existe una definición legal del término publicidad. Generalmente, en la literatura alemana, la publicidad está entendida como una influencia intencional y liberal a los destinatarios para el cumplimiento de los fines publicitarios⁸⁶. En la publicidad económica se añade a los mencionados componentes un objetivo de lucro. Bajo el término publicidad económica entendemos una forma de influenciar a los destinatarios con la intención de cumplir fines económicos⁸⁷. El preámbulo de la Ley de la Publicidad alemana (UWG) hace entender, de forma indirecta, que la publicidad regulada por esta ley es de tipo económico, porque el § 5 UWG remite a la directiva europea 84/450/CEE relativa a la publicidad engañosa⁸⁸. Debido a esto tenemos que basar la definición de la publicidad en la mencionada directiva. Según la directiva contra la publicidad engañosa, publicidad es:

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.

Esta definición está ampliada consecutivamente por la definición de la publicidad engañosa y comparativa para cerrar lagunas normativas.

Según la directiva, publicidad engañosa es “toda publicidad que, de una manera cualquiera, incluida su presentación, induce a error o puede inducir a error a las personas a las que se dirige o

⁸⁶ Behrens, pág 4.

⁸⁷ Scherer, *Privatrechtliche Grenzen der Verbraucherwerbung*, pág. 9.

⁸⁸ Directiva 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 (84/450/CEE).

afecta y que, debido a su carácter engañoso, puede afectar su comportamiento económico o que, por estas razones, perjudica o es capaz de perjudicar a un competidor”.

La parte más destacada es la adhesión de la protección del competidor.

Según las definiciones de la publicidad tanto a nivel nacional como europeo, podemos resumir que, desde el punto de vista jurídico, la publicidad es una actividad comunicativa siempre con un fin de lucro definido como “promover/promocionar la contratación/el suministro de bienes inmuebles, servicios, derechos y obligaciones”.

Como pone de manifiesto la autora Patiño Alves, el uso del término promocionar es vago e impreciso. Su utilización se justifica por la vana razón de “que si se utilizase el término clásico ‘promover la contratación’ (empleado por la LGP) no podría incluirse, en la definición comunicaciones comerciales de la Directiva sobre comercio electrónico, la publicidad corporativa”, aunque sigue expresando que “en nuestra opinión, la definición de publicidad –recogida en el art. 2 de la LGP– comprende la publicidad corporativa, ya que ajustando tal definición a esta figura, la publicidad corporativa es toda forma de comunicación realizada por una persona jurídico privada, en el ejercicio de una actividad comercial o industrial con el fin de promover de forma indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones”⁸⁹.

Evitando aquí una innecesaria discusión sobre los dos términos. publicidad o comunicación comercial, queremos subrayar que en nuestro caso la expresión más apta sería la de comunicación comercial, para evitar cualquier tipo de confusión entre la publicidad legal y la utilizada por los profesionales del área de comunicaciones. De todas maneras es difícil delimitar los distintos términos. Podemos afirmar que comunicación comercial en vez de publicidad es al derecho lo que el marketing al área de las comunicaciones. Aun así en el presente trabajo usaremos distintos términos dependiendo de su uso profesional y por la mayor o menor amplitud que queramos dar a cada tema. Así que a lo largo de la presente investigación usaremos de vez en cuando los términos de manera indiferenciada. Cabe decir que legalmente, aunque existen diferencias prácticas entre los objetivos que persiguen la publicidad, el marketing directo, la promoción de ventas, el patrocinio y las relaciones públicas, la línea divisoria conceptual que entre ellos existe, para el Derecho, llega a desaparecer. En este punto la disciplina jurídica entra en juego, encontrando un

⁸⁹ Citado por Vilma Sánchez, *Publicidad en internet*, pág. 194.

solo término que unifica todas las distinciones dentro de un solo ámbito: el de la comunicación comercial.

Lo que tienen todas las comunicaciones mencionadas en común es, que todas pretenden comunicar distintas ideas u opiniones cargadas de una persuasión tal que tiendan a captar la atención del destinatario del mensaje de los datos comerciales.

Las fronteras entre cada uno de estos instrumentos son difusas, haciendo difícil diferenciar estos instrumentos de comunicación. Para los autores Calvo Fernández y Reinares Lara

la clave para comprender la dificultad para aislar instrumentos de comunicación es la superación de las limitaciones de espacio y tiempo por parte del medio Internet. Generalmente la publicidad, la promoción de ventas y el marketing directo utilizan para optimizar sus objetivos canales de comunicación diferentes y, utilizando los mismos, se produce un uso secuencial de ellos. La publicidad consigue objetivos rápidos con públicos masivos. El marketing directo hace llegar más eficazmente los mensajes con una comunicación bidireccional y puntualmente. La promoción de ventas permite resultados contundentes en un corto espacio de tiempo. Las acciones de comunicación online combinan en tiempo real las técnicas anteriores⁹⁰.

Aquí deberíamos subrayar que la publicidad sin motivo de lucro económico no es objeto de regulación jurídica por las Leyes de Publicidad.

La publicidad puede ser una forma de comunicación de masas y una forma individual. La comunicación de masas se caracteriza por la difusión que alcanza a un gran número de personas a través de una variedad de medios. La desventaja de esta forma de publicidad es que no existe un contacto con la persona destinataria, sin proporcionar la posibilidad de adaptarlo a las necesidades del destinatario⁹¹.

Los objetivos de la publicidad son la información sobre un producto en especial, el mantenimiento de ventas, la defensa de la pérdida de cuota de mercado y el aumento de la misma⁹².

⁹⁰ Sergio Calvo Fernández/Pedro Reinares Lara, pág. 180.

⁹¹ Schweiger/Schrattenecker, *Werbung* (2005), pág. 9.

⁹² Schweiger/Schrattenecker, *Werbung* (2005), pág. 55.

2. Características de la publicidad de los abogados

A diferencia de otros servicios, especialmente en la profesión de abogado, los clientes tienen la pretensión de que un abogado sea serio. Por lo tanto, una campaña demasiado ofensiva no tendría sentido, ya que ahuyentaría a más clientes que lo contrario. Por este motivo, una publicidad poco seria no estaría justificada bajo el punto de vista empresarial⁹³. Sin embargo, el mercado de los abogados es un mercado poco claro para posibles clientes. Por lo tanto, la decisión sobre la elección de un distinto abogado contiene el riesgo de que el abogado elegido no sea el adecuado para el cliente. La transmisión de información a través de publicidad, entonces, tiene gran importancia en el mercado. Especialmente por la complejidad del mercado de los abogados para posibles mandantes, hace falta tanto información precisa y objetiva como subjetiva del abogado como persona y del bufete, para que quien busque un abogado encuentre al que aparentemente sea el más adecuado. También el producto o, mejor dicho, el servicio legal del abogado como producto es algo intangible, lo que da gran importancia a una buena comunicación externa. Aparte, contamos con una gran competitividad en el mercado jurídico entre los abogados. Además, entran otras profesiones como auditores o asesores fiscales como competencia. Para sostenerse en un mercado tan competitivo hace falta una buena estrategia de marketing. También hay que tener en cuenta que el trabajo del abogado ha cambiado. Lo que antes tenía mayor importancia era el trabajo forense. Hoy esto ha cambiado y se usa el asesoramiento previo de abogados para evitar posibles conflictos. Esto significa que los abogados deben intentar comunicar esta función a posibles clientes a través de la publicidad y despertar así el deseo de querer contratar un abogado para evitar futuros conflictos.

En total, podemos resumir que la publicidad jurídica tiene como finalidad asegurar una relación firme con sus clientes actuales y adquirir nuevos clientes.

III. Fundamentos constitucionales y europeos de la publicidad jurídica en España y Alemania

⁹³ Winters, *Der Rechtsanwaltsmarkt*, pág. 96, dice que seriedad, confianza, calidad e independencia serían imprescindibles para el servicio del abogado.

Antes de analizar la cuestión de si las restricciones de la publicidad de los abogados tienen justificación, debemos aclarar si existe un derecho del abogado que le permite o da la posibilidad de poder hacer publicidad para su actividad. Este derecho podría surgir primeramente de la Constitución. Luego también hay que considerar otras posibles fuentes jurídicas como las reglas de la convención sobre derechos humanos o en casos transfronterizos el contrato UE.

1. El derecho de la publicidad en la Constitución española

Las limitaciones a la publicidad del abogado nos conducen irremediabilmente al tratamiento de los derechos constitucionales.

El Derecho constitucional a la información se presenta como protector de las expresiones realizadas a través de medios de comunicación con un tono promocional.

Estas expresiones se ven limitadas en nuestro caso por una serie de normas tanto estatales (por ejemplo: LCD, LGP) como deontológicas (CDAE).

El término publicidad no tiene un sentido conciso en ninguna disciplina. La publicidad es una forma de propaganda. Ambos conceptos pretenden difundir masivamente información y lograr que el concreto ámbito material sobre el que se trata reciba una cierta adhesión. En muchos casos, se persigue también incitar a acciones, que pueden ser de naturaleza política, social, religiosa, comercial etc.

A diferencia de la propaganda, la publicidad se vincula exclusivamente al campo comercial⁹⁴, lo que se explica por su empleo de forma masiva en relación al consumo y finalidad pecuniaria. Sin embargo, últimamente se habla, por ejemplo, de publicidad política. Hasta la propia Ley Orgánica del Régimen Electoral General (LOREG) emplea ambos términos como sinónimos. Por lo tanto, en el sentido terminológico, la diferencia entre ambos términos queda algo borrosa.

En este trabajo nos dedicamos únicamente a la publicidad comercial de los abogados.

A diferencia de la Constitución alemana (art. 12 GG), la Constitución española no contiene la libertad de la profesión en los derechos fundamentales. La libertad del ejercicio profesional se encuentra contemplada en dos preceptos constitucionales. Primero, en el artículo 35, que recono-

⁹⁴ De la Cuesta Rute/De la Oliva Santos, *Tratamiento jurídico en España de la comunicación publicitaria ilícita*, pág. 895.

ce con carácter general el derecho a la libre elección de profesión u oficio y, segundo, el artículo 36, que establece la regulación de las profesiones tituladas. La libertad de elegir una profesión no tiene límites jurídicos, sí, en cambio, el ejercicio de la profesión, más aún cuando ésta se encuentra bajo la tutela de un colegio profesional.

Podemos concluir que la libertad de la profesión en la Constitución española da la libertad de elección de la profesión, pero no ampara el desempeño de la profesión. Por lo tanto, no tenemos un concepto orientado a la libertad de la profesión que pudiese amparar los límites a la publicidad del abogado.

a) Normas pertinentes

aa) Libertad de comunicación como garantía institucional

La cuestión de si la libertad de comunicación sería un derecho de libertad se planteó primeramente en Alemania y posteriormente en España. En atención a su imprescindibilidad para el sistema democrático se considera una garantía institucional o incluso una libertad política⁹⁵. La decisión entre ambos conceptos (o garantía institucional o libertad política) no es trivial, ya que es determinante respecto al régimen de la libertad de comunicación y en concreto en lo que se refiere a su objeto. En mi opinión ambas teorías se quedan un poco cortas, porque no se puede vincular la libertad de comunicación con el principio de la dignidad de la persona, es decir, darle una dimensión individual o solamente un carácter institucional, olvidando su dimensión individual. En mi opinión, la libertad de expresión sin duda tiene varias dimensiones. Los derechos a una libre comunicación reconocidos en el artículo 20 de la Constitución española son tanto un derecho de libertad como un derecho de defensa y un derecho límite, vinculado a la dignidad de la persona.

bb) Publicidad (comercial) y libertad de expresión

(1) Derecho de expresión

⁹⁵ Solozabal Echavarría, la ve como un derecho constitucional: *La libertad de expresión desde la teoría de los derechos fundamentales*, 1991; Sánchez González, Santiago: *La libertad de expresión*, págs. 115 - 116, piensa que la libertad de expresión es una libertad política por excelencia.

El derecho a la libertad de expresión está cimentado, en el ordenamiento, en el art. 20 de la Constitución Española⁹⁶. Este precepto reconoce y protege el derecho «a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción» y el derecho «a comunicar y recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión». Al interpretar el sentido y alcance de esta norma, el Tribunal Constitucional en STC 104/1986, de 17 de julio, ha señalado que el art. 20 de la Constitución «significa el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública libre, indisolublemente ligada con el pluralismo político, que es un valor fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado democrático». Así concebida, la libertad de expresión parece estar diseñada, primariamente, como un mecanismo de protección de mensajes de carácter político, filosófico, moral, ético, religioso o similares; por tanto, no parece que pueda ampararse en aquel derecho «un comerciante que va de puerta en puerta vendiendo pucheros».

Tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional habían mantenido la postura de que el art. 20 de la Constitución española no resultaría aplicable a la publicidad comercial. Así, en su sentencia de 23 de septiembre de 1988, el Tribunal Supremo afirma que

la publicidad como medio de captación de clientela no comporta el ejercicio de una actividad comprendida como derecho fundamental en el art. 20 de la Constitución, ya que no se produce la mera expresión de un pensamiento, ideas u opiniones mediante palabra, escrito o cualquier otro medio de reproducción, como indica ese precepto, sino la existencia de una actividad profesional con la finalidad de alcanzar un provecho material relativo a esa actividad que altera la libre competencia que debe regirla y la defensa de los intereses de los posibles clientes que no pueden ser inducidos a acudir a un determinado despacho profesional en virtud de una publicidad que no es por su objeto identificable con la de un producto industrial o comercial, por lo cual, cuando se trate de publicidad, la norma constitucional invocada debe ser restringida en áreas de los principios aludidos que enmarcan el ejercicio de una actividad profesional colegiada.

Por su parte el Tribunal Constitucional afirma que

el fin mismo que caracteriza a la actividad publicitaria marca una diferencia profunda con el ejercicio del derecho a comunicar libremente información veraz por cualquier medio de difusión, ya que aquélla, aun siendo también una forma de comunicación, se vincula al ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones, tal como la define el art. 2 de la vigente Ley

⁹⁶ Macías Castillo/Llamas Pombo, Código derecho de la información y publicitario, § 1 Constitución Española.

34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad. La publicidad, por tanto, no es manifestación del ejercicio del derecho fundamental ex art. 20.1 d) de la Constitución, por cuanto este derecho da cobertura a la libre y veraz transmisión de hechos que, como ya ha señalado este Tribunal Constitucional en diversas ocasiones, puede permitir a los ciudadanos formar sus convicciones ponderando opiniones diversas e incluso contrapuestas y participar así en la discusión relativa a los asuntos públicos (...). Es el fin último de la publicidad lo que margina, en definitiva, a esta actividad del ámbito de protección del referido derecho fundamental.

Si siguiésemos a esta jurisprudencia, la publicidad comercial quedaría fuera del ámbito de protección del art. 20 de la Constitución. Esta postura, que ha sido mantenida de los Tribunales españoles, se contradecía con la posición que mantienen la Comisión Europea de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sus decisiones y en particular la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica, el Tribunal Constitucional Federal de Alemania y el Tribunal Constitucional de Italia.

Según la doctrina de la Comisión de Derechos Humanos hacia el art. 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos, “toda persona tiene derecho a la libertad de expresión”.

Este derecho del art. 10 comprende la libertad de comunicar y recibir informaciones e ideas sin que pueda existir injerencia de las autoridades públicas y sin consideración de fronteras. Consecuentemente, la Comisión Europea de Derechos Humanos ha admitido, desde un principio, que la publicidad comercial puede verse amparada por el derecho a la libertad de expresión. En este contexto podemos recordar la decisión Pastor X e Iglesia de la Cienciología en que la Comisión Europea de Derechos Humanos estimó que los mensajes de naturaleza comercial, en cuanto tales, no están privados de la protección del art. 10 CEDH⁹⁷. Sin embargo, estima que el nivel de protección de este tipo de mensajes debe ser menor que el que se dispensa a la expresión de ideas de índole política o análoga.

Más interesante en este contexto es el del caso Casado Coca v. España⁹⁸, ya que trata de un caso de publicidad de un abogado. El Sr. Casado Coca abrió en 1979 un despacho de abogados en Barcelona. Con la intención de conseguir clientes comenzó a publicar diversos anuncios en distintos diarios y revistas locales. Esta actividad publicitaria infringía las normas de Código Deon-

⁹⁷Decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos de 5 de mayo de 1979, Caso Pastor X e Iglesia de la Cienciología.

⁹⁸ Informe de la Comisión Europea de Derechos Humanos de 1 de diciembre de 1992, Caso Casado Coca v. España.

tológico de Abogados, lo que tuvo como consecuencia que el Colegio de Abogados de Barcelona impuso diversas sanciones de apercibimiento al Sr. Casado Coca, sanciones que éste no recurrió.

Seguidamente, desde octubre de 1982, el abogado publicó un pequeño anuncio en el *Boletín de la Asociación de Residentes y de Propietarios de Valldoreix*. En éste figuraba únicamente el nombre del abogado, su profesión (letrado) y su dirección y teléfonos profesionales. En relación a este anuncio, el Colegio de Abogados de Barcelona le impuso una nueva sanción de apercibimiento.

Tras el segundo apercibimiento, Pablo Casado Coca recurrió ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En el procedimiento previo ante la Comisión Europea de Derechos Humanos, en el que ésta debía decidir sobre la admisión del recurso, el Gobierno español alegó que una actividad como la desarrollada por el Sr. Casado Coca, puramente publicitaria, no se beneficiaba de la protección del art. 10 de la Convención.

A pesar de que la Comisión había admitido la necesidad, en principio, de imponer restricciones referentes a la publicidad engañosa y fraudulenta, así como a la competencia desleal, al realizar el examen de la necesidad en concreto a la luz del caso, no encontró justificada la necesidad de injerencia.

La Comisión declaró:

Nada permite pensar que el anuncio publicado en el caso por el cliente fuera susceptible de inducir a error a los lectores del boletín en cuestión ni de suponer un ataque a la reputación o la dignidad de cualquier miembro del Colegio de Abogados de Barcelona... La sanción no ha sido motivada por el contenido en cuestión de ésta sino, más bien y sobre todo, por su simple publicación⁹⁹.

De esta forma, la Comisión Europea de Derechos Humanos admitió que la protección de los derechos de estas personas constituía un objetivo legítimo según el art. 10 de la Convención. Sin embargo, negó que la sanción impuesta constituyese una medida necesaria en una sociedad democrática para la consecución de aquellos objetivos. Según la Comisión Europea de Derechos Humanos, la protección de los derechos ajenos justificaría las sanciones que se impusieran a mensajes publicitarios engañosos o desleales (punto 58 del informe). Pero el anuncio del Sr. Ca-

⁹⁹ Opinión de la comisión de 1 de diciembre de 1992, caso Casado Coca contra España, Serie A, vol. 285-A, parr. 58-60.

sado Coca no tenía tal carácter; se trataba de un anuncio totalmente neutro en el que el anunciante se limitaba a difundir sus datos profesionales. Esto llevó a la Comisión Europea de Derechos Humanos a pensar que la sanción no había estado provocada por el contenido del anuncio (por su carácter engañoso o desleal).

Según la opinión de la Comisión Europea de Derechos Humanos una restricción casi absoluta de las informaciones de naturaleza comercial, como en este caso, no compatibiliza o compatibiliza mal con el derecho a la libertad de expresión y, más concretamente, con la libertad de comunicar y recibir informaciones de toda índole.

La consecuencia jurídica fue que la sanción impuesta al Sr. Casado Coca no podía ser considerada como una medida necesaria en una sociedad democrática para la protección de los derechos ajenos.

El artículo 20 del texto constitucional español, en sus apartados 1.a y 1.d, reconoce y protege los derechos:

a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción¹⁰⁰.

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 libertades¹⁰¹.

La libertad de expresión es una de las libertades determinantes en las sociedades democráticas. Sin la libertad de expresión, la toma de decisiones democráticas no funcionaría. La jurisprudencia constitucional declaró repetidamente que la libertad de expresión reconocida en el art. 20 CE¹⁰², en cuanto a la transmisión de manera veraz de hechos noticiables, de interés general y relevancia pública no se erige únicamente en el derecho propio de su titular, sino en una pieza esencial en la configuración del Estado democrático, garantizando la formación de una opinión pública libre y

¹⁰⁰ Legislación: véanse los artículos 10 y nota al mismo, 16, 18.1, 55.1 de la Constitución Española; 816 a 823 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del Derecho de Rectificación. Artículo 538 del Código Penal.

¹⁰¹ Legislación: véanse los artículos 55.1 de la Constitución Española y 538 del Código Penal. Véase, asimismo, la Ley Orgánica 2/1997, de 19 de junio, reguladora de la cláusula de conciencia de los profesionales de la información.

la realización del pluralismo como principio básico de convivencia (entre la abundante jurisprudencia: SSTC 6/1981, 104/1986, 171/1990, 172/1990, 219/1992, 240/1992, 173/1995).

El primer apartado del art. 20 reconoce y protege los derechos: a) a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción; b) la producción y la creación literaria, artística, científica y técnica; c) ampara la libertad de cátedra, y d) a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. En nuestro contexto -publicidad de los abogados- interesan solamente los puntos a), b) y d).

La libertad de expresión tiene por objeto pensamientos, ideas y opiniones, concepto amplio dentro del que deben incluirse también las creencias y los juicios de valor, mientras que el derecho a comunicar y recibir libremente información versa, en cambio, sobre hechos o, tal vez más restringidamente, sobre aquellos hechos que pueden considerarse noticiables (STC 61/1988).

(2) Contenido del derecho

La libertad de expresión para cualquier titular, y en nuestro caso los abogados, es un derecho de defensa de la libertad. Este derecho subjetivo protege la posición de libertad de hacer o no hacer lo permitido. Lo permitido es la libertad de exteriorizar cualquier tipo de manifestación intelectual. Al titular de este derecho de libertad le faculta la posibilidad de defender el ámbito protegido de este derecho frente a los poderes públicos, si éstos no se apoyan en los límites de esta libertad. Siendo un derecho de libertad, no exige nada más que la pura y simple abstención, la ausencia de impedimentos, sin necesidad de ningún tipo de reconocimiento de la Administración para ejercer una libertad reconocida constitucionalmente¹⁰³. El derecho se infringe cuando la comunicación y difusión de expresiones, en nuestro caso la publicidad de los abogados, se ve impedida.

(3) Límites a la libertad de expresión

La libertad de expresión, como derecho de los ciudadanos frente al poder, puede ser ejercitada por cualquier persona física o jurídica nacional o extranjera, sin que los expresados puedan en

¹⁰³ Véase STC 77/1982, FJ 1.

ningún caso ser objeto de censura e independientemente del medio empleado, para la difusión de información. La libertad de expresión es un derecho fundamental que ampara a todos los ciudadanos por igual. El TC decidió desde su primera sentencia (STC 6/1981, FJ 4) que este derecho vale para todos los ciudadanos sin ningún tipo de distinción y todos los extranjeros de acuerdo con los convenios y tratados es firmados por España.

Este derecho, como derecho fundamental, en primer lugar obliga al Estado y en consecuencia a todos los poderes públicos. Además, debemos de destacar que la libertad de expresión tiene un contenido objetivo que despliega su eficacia en todos los ámbitos del derecho y especialmente en el derecho privado, con eficacia también en las relaciones entre particulares.

La comunicación informativa a que se refiere el apartado d) del art. 20.1 CE versa sobre hechos¹⁰⁴, y sobre hechos específicamente, “que pueden encerrar transcendencia pública a efectos de que “sea real la participación de los ciudadanos en la vida colectiva”, de tal forma que de la libertad de información –y del correlativo derecho a recibirla– “es sujeto primario la colectividad y cada uno de sus miembros, cuyo interés es el soporte final de este derecho” (sentencia del TC 105/1983).

El TC ha dejado muy clara esta diferencia en su sentencia 47/2000. Según el TC la libertad de expresión “tiene por objetivo pensamientos, ideas y opiniones, en un concepto amplio, el derecho de información versa, en cambio, sobre hechos” (STC 61/1998); es decir, lo que se transmite. “En un caso es la idea y en otro la noticia o el dato” (STC 223/1992)”. Por lo tanto, la conclusión anterior resulta de capital importancia, porque uno y otra comportan regímenes distintos en su relación con otros derechos con los que, en su caso, puedan entrar en colisión¹⁰⁵.

El art. 20.1 a) ha sido por lo tanto denominado por el TC “libertad de expresión en sentido estricto” (STC 51/1989, FJ 3), “libertad de opinión” (STC 104/1986, FJ 5) o simplemente “libertad de expresión” (STC 199/1987, FJ 12), y no comprendería las otras libertades reconocidas en el art. 20.1 de la Constitución. De hecho, la libertad de expresión es –sin duda–objeto de una protección genérica en el art. 20.1 CE a), mientras, por ejemplo, el derecho a la información, reconoci-

¹⁰⁴ Se alinea así el TC con el criterio mantenido por el TEDH, entre otras, STEDH caso Lingens, de 8 de julio de 1986.

¹⁰⁵ María Núñez Martín, “El Tribunal Constitucional y las libertades del artículo 20 de la Constitución Española”, *Revista de Derecho UNED*, núm. 3, 2008, pág. 292.

do por el párrafo d), no tiene por objeto cualquier información, sino solo la información veraz. Por lo tanto podemos constatar que, desde el punto de vista constitucional, la información tiene un límite intrínseco en su propia veracidad. La libertad de información art. 20.1.d) CE se puede considerar como una simple aplicación concreta de la libertad de expresión (STC 6/1981, FJ 4) que protege la transmisión de hechos, datos o noticias (por todas, STC 52/2002, FJ 4), no la transmisión de juicios de valor. Sin embargo, lo cierto es que en muchas ocasiones ambos elementos aparecen entremezclados. En estos casos, el TC aplica el criterio del “elemento preponderante” (por todas, STC 34/1996, FJ 4). Entonces estaremos ante un derecho u otro, dependiendo del elemento que predomine en el mensaje emitido: si predominan los elementos valorativos estaremos ante el ejercicio de la libertad de expresión, y si, por el contrario, predominan los elementos fácticos estaremos ante el ejercicio de la libertad de información (SSTC 6/1988, FJ 5; 105/1990, FJ 4; 190/1992, FJ 5; 176/1995, FJ 2, entre otras). De esta diferenciación entre libertad de expresión y libertad de información podemos concluir las siguientes consecuencias:

Se exigen dos límites específicos e internos para el ejercicio legítimo de la libertad de información: la veracidad y el interés público. Estos dos límites no operan en relación con la libertad de expresión en tanto que libertad de transmisión de opiniones.

La libertad de expresión ampara la manifestación de pensamientos, ideas y opiniones, emitidas a través de cualquier medio, y por cualquier persona, dirigida a la garantía de la libre comunicación de juicios e ideas¹⁰⁶.

Como todos los derechos fundamentales, el derecho de libertad de expresión tiene un doble carácter, que en este caso importa tanto como su interpretación doctrinal como en la jurisprudencia sobre ello. El TC puso de relieve el doble carácter de las libertades reconocidas en el art. 20 de la Constitución: de un lado, como derechos de libertad frente al poder y, de otro, como “garantía institucional de una opinión pública indisolublemente unida al pluralismo político dentro de un Estado democrático” (STC 19/1996, FJ 2). Desde su primera sentencia sobre este aspecto STC 6/1981 (FJ 3) el Tribunal ha destacado que la posibilidad de libre ejercicio de los derechos fun-

¹⁰⁶ María Núñez Martín, “El Tribunal Constitucional y las libertades del artículo 20 de la Constitución Española”, *Revista de Derecho UNED*, núm. 3, 2008, pág. 292.

damentales de las libertades de expresión e información garantiza un interés constitucional relevante: la formación y existencia de una opinión pública libre, pues, en la medida en que la libertad de la expresión de las ideas y los pensamientos y en la difusión de noticias es necesaria la premisa de la opinión pública libre, el art. 20 CE, al proteger dichas libertades, está garantizando la libertad en la formación y en el desarrollo de esa opinión pública (STC 12/1982, FJ 3). Este derecho goza por otro lado de una dimensión política importante, ya que la opinión pública libre es una condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático.

Sin embargo, el problema es que no parece que la publicidad contribuya, en general, a la promoción del autogobierno democrático ni a la búsqueda de la verdad. Es el caso de la publicidad comercial (como la de los abogados) –en general– del discurso público, entendido como el que posibilita la formación de la opinión pública y que está en el fundamento de la protección de la libertad de expresión. Pero en este sentido, por otro lado, parece obvio que, cuando la publicidad sea vehículo de expresiones que pertenecen al discurso público, cualquier restricción es tan inconstitucional como lo sería aplicada a una expresión o manifestación no publicitaria¹⁰⁷. La publicidad aun siendo comercial puede ser –en este sentido– en muchos casos apta para amplificar o influenciar la opinión pública, ya que la publicidad moderna muchas veces recurre a temas políticos o controversias de la sociedad para llamar la atención, como por ejemplo las famosas campañas de publicidad de la marca Benetton.

El ánimo de lucro en este contexto resulta irrelevante para negar la protección constitucional a la publicidad.

Para la libre formación de opinión del ciudadano y para poder participar en los asuntos públicos, el ciudadano ha de ser informado suficientemente. Sólo de esta forma el ciudadano podrá ponderar las diferentes opiniones. Por lo tanto, la información pública recibe una especial protección.

¹⁰⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 12-XII-2000, *ZIP*, 2001, pág. 39; v. el comentario de H. SCHULZE-FIELITZ, *JZ* 2001, pág. 302 ss; v., también W. GLOY, “Unlauterer Wettbewerb und Meinungsfreiheit”, *Festschrift A. Kraft, Neuwied*, 1998, págs. 113 y ss., pág. 116

El TC por ello concluye que el artículo 20 CE garantiza también “el mantenimiento de una comunicación pública libre sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huecas las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de representación democrática que enuncia el art. 1.2 de la Constitución, y que es la base de toda nuestra ordenación jurídico-política” (STC 6/1981, FJ 3).

El TC declaró –aun con matices– la posición preferente, prioritaria o preponderante de dichas libertades sobre los derechos de la persona del art. 18.1 de la Constitución, en los casos de colisión de aquéllas con éstos (SSTC 104/1986, FJ 5 y 6; 159/1986, FJ 6; 171/1990, FJ 5; 172/1990, FJ 2; 19/1996, FJ 2 y 3, entre otras).

La preminencia de las libertades públicas del art. 20 de la Constitución, en cuanto se asienta en la función que éstas tienen de garantizar una opinión pública libre, es indispensable para la efectiva realización del pluralismo político. Éste solamente puede ser protegido a través de un ejercicio en combinación con asuntos de interés general por las materias a que se refieren y por las personas que en ellos intervienen. De esta manera contribuyen, en consecuencia, a la formación de la opinión pública. Sólo así se alcanza el máximo nivel de eficacia justificadora frente al derecho al honor. Éste se debilita, proporcionalmente, como límite externo de las libertades de expresión e información, en cuanto sus titulares son personas públicas, que ejercen funciones de la misma índole pública o resultan implicados en asuntos de relevancia pública. Ellos están, por eso, obligados a soportar un cierto riesgo de que sus derechos subjetivos de la personalidad resulten afectados por opiniones o informaciones de interés general. Así lo requiere el pluralismo político, el cual necesita una tolerancia y espíritu de apertura. “Sin esto no podría existir una sociedad democrática” (STC 107/1988, FJ 2).

Estando de acuerdo con esta línea de interpretación, con la prevalencia de estas libertades frente a los derechos de la persona, se debe comprobar a través de una ponderación que aquéllas verdaderamente ejerzan de garantía de la opinión pública.

Según la decisión del TC, en consecuencia, la libertad de expresión no prevalece de por sí sobre otros derechos. Por lo tanto, hay que determinar, en cada caso concreto que se plantee, si el ejer-

cicio del derecho invocado se ha mantenido en el ámbito constitucionalmente reconocido y protegido (por todas, STC 20/1992).

En las doctrinas alemanas, los derechos fundamentales tienen un doble carácter. De esta teoría del doble carácter, los derechos fundamentales, con su contenido objetivo y más concretamente del reconocimiento de su carácter de principios objetivos, derivan fundamentalmente tres consecuencias: la primera es la eficacia irradiante de los derechos fundamentales que, como principios objetivos, producen un efecto de irradiación en todos los ámbitos del derecho que quedan así constitucionalmente conformados; la segunda, el deber objetivo de los poderes públicos de realizar, promover y preservar el bien jurídico protegido por el derecho fundamental; y la tercera, la obligación objetiva de los poderes públicos de desarrollar el derecho a través de las normas que sean necesarias para hacer real y efectivo el ejercicio del derecho fundamental, no sólo normas materiales, sino también y especialmente normas de organización y procedimiento.

En relación con las consecuencias que derivan del reconocimiento del contenido objetivo de los derechos, nuestro Tribunal Constitucional “importó” de Alemania la teoría del doble carácter constitucional¹⁰⁸.

La aplicó en la primera sentencia relativa a la radiotelevisión reconociendo la relación existente entre los derechos individuales de la comunicación, recogidos en el art. 20 de la Constitución, y el valor constitucional de la libre formación de la opinión pública. Allí afirmó que esta garantía, sin la cual no hay sociedad libre ni, por tanto, soberanía popular, exige el respeto de los derechos fundamentales de la comunicación y la correspondiente interdicción con carácter general de determinadas actuaciones del poder (por ejemplo las prohibidas en los apartados 2 y 5 del art. 20 CE).

¹⁰⁸ Teoría de doble carácter: como derechos de la persona y como un orden institucional; de modo que «los derechos individuales son a la vez instituciones jurídicas objetivas y derechos subjetivos»; es precisamente mediante la actuación estatal de las mayorías parlamentarias transitorias como derechos objetivos que los derechos pueden ser desconocidos, desvirtuados o vaciados de contenido. Por eso, Schmidt trazó una divisoria entre los derechos de libertad y la garantía institucional, a fin de evitar la vulneración de las libertades en manos del legislador; sin embargo, «la garantía institucional no es un derecho fundamental en sentido auténtico, pero significa una protección constitucional contra la supresión legislativa, según es característica de la garantía institucional».

De esta manera tenemos que prestar una especial consideración a los medios que aseguran la comunicación social. En consecuencia, la libertad de expresión a través de cualquier medio se entiende como derecho de libertad frente al poder y común a todos los ciudadanos. El TC reconoce que la garantía de las libertades del art. 20 impone a los poderes públicos dos tipos de obligaciones: en primer lugar, la obligación de “no estorbarla”, obligación que deriva de la libertad de expresión como derecho subjetivo reconocido por la norma; y, en segundo lugar, un mandato de actuación positiva para el legislador, que deriva del contenido objetivo del derecho:

la libertad de los medios de comunicación, sin la cual no sería posible el ejercicio de los derechos fundamentales que el art. 20 CE enuncia, entraña seguramente la necesidad de que los poderes públicos, además de no estorbarla, adopten las medidas que estimen necesarias para remover los obstáculos que el libre juego de las fuerzas sociales pudieran oponerle. La cláusula del Estado Social y, en conexión con ella, el mandato genérico contenido en el art. 9.2 imponen, sin duda, actuaciones positivas de este género (STC 6/1981, FJ 3,4 y 6).

La idea plasmada arriba es bastante clara y no deja lugar a duda, los poderes públicos tienen la obligación de “no estorbar” la libertad de expresión, que es la libertad frente al Estado, y vienen obligados por una serie de mandatos objetivos a actuar positivamente para hacerla real y efectiva. Esta idea no desaparece en la jurisprudencia española, pero, a partir de esta primera sentencia, en la jurisprudencia se matiza esta línea (por ejemplo, STC 168/1986, FJ 2), sobre todo, en relación al campo de los medios audiovisuales de comunicación.

cc) Libertad informativa para solicitantes de la justicia

Como correlato lógico de la libertad de expresar y difundir libremente pensamientos, ideas y opiniones a través de publicidad del abogado, tenemos la libertad de información (art. 20.1.d CE) de los posibles clientes. Ellos necesitan informaciones para encontrar un abogado cualificado que les ayude con su problema jurídico.

Uno de los logros principales de las sociedades democráticas es haber conseguido que se consagre como derecho fundamental la tutela judicial efectiva. El que toda persona, con independencia de su origen, pueda acceder a la justicia supone un salto cualitativo, en relación a nuestro sistema democrático. El derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a la asistencia jurídica gratuita

van de la mano, casi imposible contemplarlos por separado, formando una simbiosis, de cuyo buen funcionamiento se beneficia la sociedad en conjunto. Esto tiene como condición que el ciudadano se deba informar sobre profesionales a través de medidas de publicidad sobre el profesional. La libertad de información del cliente será incumplida, si por prohibiciones y restricciones de distintas formas de publicidad la recogida de información se dificulta o imposibilita. El TC, en su interpretación del art. 20 CE, configura la libertad de información como un derecho distinto de la libertad de expresión. En todo caso, es evidente que la libertad de información procede o tiene su origen en la libertad de expresión. Por lo tanto, una parte de la doctrina y los tratados internacionales de derechos humanos consideran la libertad de información como una subespecie de la libertad de expresión (STC 6/1981, FJ 4), que protege la transmisión de hechos, datos o noticias (véase STC 52/2002, FJ 4). No protege, por otro lado, la transmisión de juicios de valor, aunque lo cierto es que en muchas ocasiones ambos elementos aparecen entremezclados. En estos casos, el TC aplica el criterio del “elemento preponderante” (STC 34/1996, FJ 4). Dependiendo del elemento preponderante estaremos ante un derecho u otro: si predominan los elementos valorativos estaremos ante el ejercicio de la libertad de expresión, y si, por el contrario, predominan los elementos fácticos estaremos ante el ejercicio de la libertad de información (SSTC 6/1988, FJ 5; 105/1990, FJ 4; 190/1992, FJ 5; 176/1995, FJ 2, entre otras). Esta diferenciación es muy importante en relación a los límites de los mismos. Para el ejercicio legítimo de la libertad de información se exigen dos límites específicos e internos, la veracidad y el interés público, que no operan con la libertad de expresión en relación a la libertad de la transmisión de opiniones. Por lo tanto, si las normas imposibilitan o dificultan a los solicitantes de justicia el acceso a la información fáctica sobre abogados, se infringe su derecho a la información.

dd) Derecho a la propiedad

La cuestión de si el derecho a la propiedad del art. 33 CE¹⁰⁹ ampara a la publicidad de los abogados empieza con un primer problema básico, debido a que surge la cuestión de si el derecho de propiedad consagrado en el mismo es, efectivamente, un derecho fundamental. Sin embargo, esta cuestión se puede quedar sin contestar en nuestro ámbito de investigación, ya que en el caso de las limitaciones a la publicidad de abogados, su ámbito de protección no está afectado. La propiedad, en sentido estricto, es el derecho subjetivo patrimonial que tiene por objeto una cosa cor-

¹⁰⁹ Macías Castillo/Llamas Pombo, Código derecho de la información y publicitario, § 1 Constitución Española.

poral o incorporal y que se caracteriza por ser el derecho más amplio de los posibles que eventualmente concurren sobre la cosa, y que se conoce con el nombre de “dominio”. Para que se pueda hablar de propiedad en sentido estricto es preciso, pues, que sobre la cosa concurren o puedan concurrir una pluralidad de derechos, cada uno referido a las diferentes utilidades que es susceptible de prestar a aquélla. En expresión del Tribunal Constitucional alemán, el artículo 33 CE protege lo adquirido, es decir, el resultado de la actividad u ocupación, mientras que por ejemplo la libertad de empresa (artículo 38 CE) protege la adquisición, la ocupación misma. Las limitaciones a la publicidad no afectan a la propiedad del abogado, sino solamente a derechos intangibles no consolidados como expectativas de ganancias por la publicidad¹¹⁰.

ee) Libertad de empresa, artículo 38 CE

Se plantea la cuestión de si los límites a la publicidad pueden infringir el derecho fundamental de la libertad de la empresa, ya que los despachos de abogados son empresas, algunas más grandes y otras de menor envergadura.

“La libertad de empresa en el marco de la economía del mercado” está reconocida explícitamente por el art. 38 CE¹¹¹. A su vez, obliga a los poderes públicos a proteger su ejercicio “de acuerdo con las exigencia de la economía general y, en su caso, de la planificación”. Este tipo de normativa tiene pocos precedentes en el constitucionalismo comparado y constituye el núcleo de cláusulas económicas de la Constitución en cuanto eleva a la categoría el modelo de economía de mercado. A este precepto se le debe modular la naturaleza y el alcance de las restricciones admisibles por el imperativo de la economía en general y la planificación. Dentro de la red de derechos y normas que forman el tejido necesario de nuestro modelo de economía se encuentran además de

¹¹⁰ En relación con el tema de las expectativas el TC ha entendido que no forman parte del contenido del derecho, lo que viene a significar que no son susceptibles de indemnización, vid. St. 227/1988, de 29 de noviembre; St. 170/1989, de 19 de octubre y la St. 149/1990, de 4 de julio, que resuelve los recursos de inconstitucionalidad acumulados interpuestos contra la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas. En el mismo sentido: vid. STC 41/1990, de 15 de marzo, f.jco.4; con la misma idea las SSTC 108/1986, de 26 de julio, f.jco.20; 99/1987, de 11 de junio, f.jco.6 a) y b), y 178/1989, de 2 de noviembre, f.jco.9. El Tribunal Constitucional sólo estima susceptible de expropiación, y por lo tanto indemnizable, la privación de bienes y derechos a que se refiere el art. 33.3 CE. Asimismo, estima indemnizable, en el marco del art. 1.1 LEF la afectación de intereses patrimoniales legítimos, como las situaciones en precario, pero descartando siempre las meras expectativas.

¹¹¹ Macías Castillo/Llamas Pombo, Código derecho de la información y publicitario, § 1 Constitución Española.

la libertad de empresa, los otros derechos conectados con nuestra economía (art. 33, 35, 22, 20). Si nos preguntamos si el abogado es un empresario en el sentido de la Constitución, el TC nos da la respuesta de que la libertad de empresa constitucionalmente protegida incluye cualquier actividad organizada que tenga por objeto o finalidad la oferta de productos o servicios en el mercado (STC 71/2008, de 26 de febrero). Ni siquiera parece imprescindible que la actividad persiga un lucro¹¹². Sin embargo, el contenido de la actividad le proporciona el fundamento de su reconocimiento para que pueda constituir un medio de vida.

La protección constitucional abarca todos los aspectos de la actividad empresarial, es decir, todos los comportamientos que estén en relación con el ejercicio de una actividad empresarial y que sirvan al desarrollo de ésta. Por eso, constituyen limitaciones de la libertad de empresa cualesquiera que sean las regulaciones que limiten la libertad para realizar cualquiera de las actividades propias de un empresario en relación con su empresa, desde la publicidad hasta el despido de un trabajador¹¹³. Como derecho fundamental¹¹⁴ a la libertad de empresas son aptas las reglas de aplicación general a cualquier derecho fundamental de los recogidos en los artículos 30 y siguientes de la Constitución. Como determina el art. 53.1 CE, los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II CE vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades que se titularán de acuerdo con lo previsto en el art. 161.1a. De acuerdo con esta determinación constitucional, la libertad de empresa ha de realizarse por ley. Esto no significa, sin embargo, que cualquier regulación que afecte la libertad de empresa y, en particular, cualquier regulación de una actividad empresarial o profesional determinadas requiera la introducción de una regulación por ley, sino solamente la regulación general de la libertad de empresa debe hacerse por ley¹¹⁵. La intervención mediante normas administrativas es legítima en la medida en que cumpla los requisitos para que la regulación administrativa sea legítima en general¹¹⁶. Estos límites generales a la

¹¹² Cándido Paz-Ares, Jesús Alfaro Águila-Real, catedráticos de Derecho Mercantil, Universidad Autónoma de Madrid, “Un ensayo sobre la libertad de empresa”, publicado en los estudios homenaje a Luis Díez-Picazo, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, tomo IV, págs. 5971-6040; la opinión contraria: STC 84/1993, FJ 2º en la que se afirma que la libertad de empresa empresarial está “... movida por la búsqueda del beneficio...”.

¹¹³ Lorz, “Die Erhöhung der verfassungsgerichtlichen Kontrolldichte gegenüber berufsrechtlichen Einschränkungen der Berufsfreiheit”, NJW 2002, pág. 169 y ss., pág. 170.

¹¹⁴ Sobre el carácter de derecho fundamental de la libertad de empresa (aunque no se encuentre entre los tutelados con el recurso de amparo) de, CRUZ VILLALÓN, “Derechos fundamentales y legislación”, , págs. 235-236.

¹¹⁵ Así lo afirmó el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 24 de julio de 1984.

¹¹⁶ Entre muchas, STS 2-VII-2001 (3a): la reserva de ley en materia de comercio interior y de régimen de autorización de productos no excluye la intervención del reglamento. La necesidad de ley para reservar al Estado o los pode-

actuación del reglamento impiden que la regulación del acceso o del ejercicio de una actividad empresarial se deslegalice completamente¹¹⁷. Todas las normas de rango legal deben contener los elementos esenciales del régimen que limita la libertad de empresa. Sin embargo, son legítimas las delegaciones legales a las corporaciones profesionales para la regulación de la actividad de sus miembros, delegación que era la regla general en el Derecho español a través de la Ley de Colegios profesionales, como los Colegios de Abogados, pero que ha quedado muy reducida tras su reciente reforma, que ha limitado notablemente el contenido de las normas corporativas para que ordenen la profesión y que impidan la competencia desleal que puedan tener¹¹⁸.

En relación al derecho de propiedad, podemos concluir que el derecho a la propiedad protege lo adquirido, es decir, el resultado de la actividad u ocupación, mientras que la libertad de empresa protege la adquisición, la ocupación misma. La diferencia es relevante en nuestro caso, ya que las limitaciones a la publicidad de los abogados no afectan a lo adquirido (la propiedad), pero sí a la adquisición (libertad de empresa). Solamente se puede afirmar la existencia de una expropiación –limitación del derecho de la propiedad– si procede de una indemnización, mientras que la medida de política general limita la libertad de actuación de las empresas o se les imponen obligaciones que no se consideran indemnizables. (Observación: Las liberalizaciones, por el contrario, no generarán derecho a indemnización a favor de los empresarios que venían estando protegidos por las restricciones legales administrativas salvo que fueran concesionarios, en cuyo caso habrá que estar pendiente de las normas sobre rescate de las concesiones administrativas.) En general, podemos deducir que una limitación que resulte aceptable desde el punto de vista de la libertad de empresa constituirá, de igual manera, una limitación aceptable constitucionalmente al derecho de propiedad y al revés.

La relación más estrecha entre libertad de empresa y libertad de expresión se da en relación con la publicidad. Como ya hemos expuesto con antelación, las afirmaciones publicitarias constituyen un caso de ejercicio de libertad de expresión con el efecto de que los límites a los poderes públi-

res públicos una actividad económica tiene consecuencias importantes, por ejemplo, para la municipalización de actividades económicas, para lo que es necesaria una ley aunque lo que se transfiera al sector público sea sólo la titularidad y la gestión sea privada (artículos 166.3 y 286 Ley de Régimen Local de 1955) vid. al respecto, P. MENÉNDEZ, “Una interpretación renovada de la reserva de servicios esenciales a favor de las entidades locales”, *REDA*, 89, 1996, pág. 53 con más indicaciones.

¹¹⁷ Véase la sentencia del TC 24-VII-1984.

¹¹⁸ Véase art. 2.1 II Ley de Colegios Profesionales.

cos para acotarla quedan estrechos. La Convención Europea de los Derechos Humanos contiene una cláusula en su artículo 10 que legitima la regulación estatal de la publicidad siempre que el objetivo lo merezca y la intervención sea proporcionada, pero considera la publicidad igualmente como parte del contenido cubierto por la libertad de expresión¹¹⁹. La libertad de empresa constituye una libertad especial en relación con la libertad de expresión en lo que a la protección de la libertad de publicidad se refiere, de forma que han de ser los criterios emanados de la libertad de empresa los que deben servir para enjuiciar la legitimidad constitucional de las limitaciones estatales sobre la publicidad.

b) Límites constitucionales de la publicidad legal

La publicidad (jurídica o no) está calificada a través del artículo 2 LGP como “forma de comunicación”. El legislador ha venido a reconocer la doble dimensión presente en cualquier tipo de publicidad: una dimensión comunicativa, expresiva e informativa, que se suman a la dimensión económica o comercial. Las dimensiones comunicativas, expresivas e informativas de la publicidad le proporcionan a la actividad publicitaria un fundamento constitucional. Éste está compuesto del derecho a comunicar o recibir información veraz por cualquier medio de difusión reconocido en el artículo 20.1 d) CE. La protección dispensada a la libertad de información ha sido considerada extensible al discurso publicitario. El reconocimiento de que la publicidad queda al amparo del artículo 20 CE sólo se ha producido definitivamente tras la Sentencia recaída en el caso de Casado Coca vs. España (véase el comentario a esta sentencia arriba), al afirmar que el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos garantiza la libertad de expresión a toda persona, sin diferenciar entre naturaleza lucrativa o no del fin perseguido, desmarcándose de pronunciamientos previos del Tribunal Constitucional español¹²⁰. Como se ha afirmado con razón, si el ánimo de lucro privara de la protección constitucional, tampoco estarían amparados por el art. 20

¹¹⁹ Con indicaciones, FREIXES, CCCFFC, 8 (1994), págs. 58 y ss. STS 23-IX-1988, Ar. 7252; 16-III-1989, Ar. 2089; y de la jurisprudencia del TEDH, Asunto Casado Coca contra España.

¹²⁰ STC 15/1989, de 26 de enero.

CE los autores que publican libros o reportajes a cambio de remuneración, lo que parece inaceptable.

Sin embargo, la veracidad de la publicidad es el primer límite. La publicidad debe someterse al más estricto cumplimiento del criterio de veracidad, que prohíbe la falsedad, el engaño y la inducción al error¹²¹. Un segundo límite es el que representa la protección del mercado, ya que la publicidad está tan profundamente vinculada con el orden económico. Los límites de protección de mercado están presididos por la protección de los consumidores y usuarios, libre competencia y competencia leal. Esta protección de la actividad de competencia nos explica por qué algunas prácticas de publicidad desleales se consideran ilícitas con los competidores por ser agresivas, denigrantes o abusivas. En este ámbito, el legislador quiere proteger un mercado transparente, correcto y seguro. Esto tiene como consecuencia una legislación “intervencionista” que somete a condición la publicidad sobre determinados productos o servicios, convirtiendo en ilícita aquella que no se ajuste a las disposiciones normativas vigentes. La razonabilidad y proporcionalidad de los límites a la publicidad son un elemento exigido para la constitucionalidad de los mismos.

Por lo tanto, el nivel de protección constitucional de la publicidad, es el vehículo de las opiniones o expresiones públicas de una empresa, se debería determinar atendiendo a su función social. Para nuestra sociedad, la cual se fundamenta en un sistema de mercado libre, la publicidad es necesaria para asegurar el funcionamiento del sistema económico. Por lo tanto, el legislador puede introducir límites a la publicidad, pero debería respetar su función social. Por lo tanto, los juzgados, cuando aplican las normas sobre la competencia desleal o de la publicidad, han de realizar una ponderación entre la libertad de expresión del que realiza manifestaciones y la protección de los bienes jurídicos del afectado por dichas manifestaciones de manera que la libertad del primero, para expresarse como le plazca, merece más protección cuanto más pueda considerarse expresión del discurso público o cuanto más contribuya a informar al público sobre extremos relevantes para una discusión pública. Por el contrario, cuanto mayor conexión tenga la expresión publi-

¹²¹ El principio es fruto del principio de autenticidad o identificación del artículo 11 LGP. El destinatario de la publicidad debe poder distinguir en todo momento los contenidos informativos de los que se utilizan como simples vehículos para la publicidad, sin que surjan dudas sobre el carácter comercial de la información que está recibiendo. M. SANTAELLA LÓPEZ, *Derecho de la Publicidad*, Civitas, Madrid, 2003, págs. 149-150; E. LEIÑENA MENDIZÁBAL/N.IRÁKULIS ARREGI, “La publicidad contraria al orden constitucional y los derechos de la persona” (documento informático sin paginación).

citaria con intereses económicos del empresario que la realiza, menos razones habrá para sacrificar los intereses económicos del afectado por la publicidad.

Una medida restrictiva de la libertad de la empresa puede ser inconstitucional si afecta de forma sensiblemente diferente a unos u otros empresarios del mismo mercado, por violar el principio de igualdad del art. 14 CE. Sin embargo, a veces una medida que cumple con el art. 14 CE puede aun así afectar diferentemente a las personas, por ejemplo, en el caso de un abogado que ya está en el mercado y uno que pretende acceder a él. Por lo tanto, podemos destacar que una limitación de la publicidad puede ser más lesiva para los abogados que entran en el mercado -y que por lo tanto necesitan darse a conocer- que para los bufetes que ya están presentes en él.

c) Conclusión

En total, podemos resumir que el legislador puede introducir limitaciones a la publicidad con idénticos fundamentos a los esgrimidos cuando limita la libertad de actuación de las empresas en general. La llamada función social de la publicidad es servir al funcionamiento del sistema económico. Podrá prohibirse la publicidad disfuncional desde este el punto de vista (compárese con las limitaciones de la Ley de Competencia Desleal) y no la que se podría prohibir solamente como acto de expresión. En aplicación a las cláusulas generales, los jueces que prohíben los actos publicitarios ilícitos han de realizar una ponderación entre la libertad de expresión del que realiza las manifestaciones y la protección de los bienes jurídicos del afectado por dichas manifestaciones, de manera que la libertad del primero para expresarse como le plazca merecerá tanta más protección cuanto más pueda considerarse expresión del discurso público sobre extremos relevantes para una discusión pública. Por otro lado, deberíamos destacar, por el contrario, que cuanto mayor sea la conexión que tenga la expresión publicitaria con intereses económicos del empresario que la realiza, menos razones habrá para sacrificar intereses económicos del afectado por la publicidad¹²². La descrita ponderación explica la prevalencia de la protección de los bienes jurídicos (de la empresa) del afectado sobre la libertad de expresión del demandado en muchos casos. Como última instancia, corresponde al Tribunal Constitucional comprobar la legitimidad de

¹²²W. GLOY, “Unlauterer Wettbewerb und Meinungsfreiheit”, Festschrift A. Kraft, Neuwied, 1998, págs. 113 y ss., pág. 116.

la ponderación realizada por el juez. Fallos en la ponderación del juez son una desprotección inconstitucional de los bienes jurídicos del afectado o una limitación desproporcionada de la expresión del demandado¹²³.

2. El derecho de la publicidad en la Constitución alemana

a) Normas constitucionales pertinentes

El concepto de publicidad no está cimentado ni en la Constitución española ni en la alemana. Tampoco encuentra una base institucional en la Constitución. Por lo tanto, podemos destacar aquí que el derecho de ejercer publicidad deriva de los derechos fundamentales de libertad.

aa) Publicidad y la libertad profesional, art. 12 I Constitución alemana (GG)

El artículo 12 I GG garantiza la libertad de la profesión. La libertad del ejercicio de la profesión es un subcaso de la libertad profesional y abarca junto a dicho ejercicio cualquier actividad relacionada¹²⁴. Según las opiniones generales de la literatura y jurisdicción, la comunicación externa de profesiones liberales en forma de publicidad es una de las mencionadas actividades relacionadas con la profesión, si su objetivo es el fomento del éxito profesional¹²⁵. También se reconoce la necesidad de los profesionales de informar sobre su oficio y su oferta de servicios¹²⁶. Por lo tanto, también la publicidad de abogados está amparada por el artículo 12 I GG. El Tribunal Superior de Justicia (BGH) comentó que el permiso de la publicidad de las profesiones liberales no necesita justificación, sino su restricción¹²⁷.

El art. 12 I 2 GG determina que la libertad de ejercicio de una profesión solamente puede estar limitada por una ley. Ley en este sentido son leyes formales, las cuales tienen que haber sido promulgadas formalmente¹²⁸.

¹²³ Untermaßverbot und Übermaßverbot, véase ampliamente, Lindner, *Theorie der Grundrechtsdogmatik*, págs. 512 y ss.

¹²⁴ Münch/Kunig/Gubelt, GG, art. 12, párr. 38.

¹²⁵ Véase p. ej. BVerfG, del 17.03.1959 – BVR 53/56.

¹²⁶ Véase p. ej. BVerfG 4.4.1990 – 1 BvR 750.

¹²⁷ BGH del 23.09.2002 – AnwZ (B) 67/01, NJW 2003, 346.

¹²⁸ BVerfG Del 27.8.1998 – 1 BvR 2306/96, BVerfGE 98, 265, 298.

El término “auf Grund eines Gesetzes” (a base de Ley) posibilita más restricciones a través de reglamentos legales o estatutos, si éstos a su vez se basan en leyes formales¹²⁹. Porque todos los asuntos importantes para el ejercicio de un derecho constitucional tienen que estar regulados por el Parlamento¹³⁰. Los detalles del ejercicio de la profesión, de hecho, no forman parte de esta reserva del Parlamento¹³¹.

Las normas acerca de la licitud de la publicidad de los abogados se encuentran en muchas y varias formas. Se concreta, por ejemplo, en la ley del § 43b BRAO (Estatuto Federal de la Abogacía) o los §§ 3, 5 UWG (Ley sobre la competencia desleal) o en forma del Código Deontológico §§ 6-10 BORA, el cual se basa en la ley del § 59b BRAO.

bb) Libertad de expresión, art. 5 I GG

La cuestión de si la “Publicidad económica” de profesionales liberales, es decir, un tipo de publicidad que influencia a los consumidores, debe ser amparada por el artículo 5 I GG o no ha sido objeto de controversias¹³². Especialmente la jurisprudencia rechazaba la inclusión de la expresión publicitaria en la protección del artículo 5 I GG con la justificación de que el objetivo de la publicidad económica sería más que nada la manipulación emocional y no la persuasión racional¹³³. Esta opinión hoy en día está rechazada¹³⁴. Las declaraciones publicitarias contienen en el sentido abierto elementos subjetivos caracterizados por valoraciones expresivas¹³⁵. Tratando de expresiones, están amparados por el art. 5 I GG¹³⁶. Entonces también la publicidad jurídica está amparada por el mencionado artículo. En consecuencia, surge la cuestión de la relación de concurrencia entre la libertad de expresión y la libertad de la profesión (artículo 12 I GG).

¹²⁹ Jarass/Pieroth GG, art. 12 Rn 21.

¹³⁰ La llamada “Wesentlichkeitstheorie” (teoría de lo sustancial), véasevéase BVerfG del 18.6.1986, BVerfGE 73, 280, 295.

¹³¹ BVerfG del 9.5.1972 – 1 BvR 38/68, BeVerfGE 38, 373, 381; BVerfG del 22.5.1996 – 1 BvR 744/88, BVerfGE 94, 372, 390.

¹³² El autor RING publicó una sinopsis de las diferentes opiniones, párr. 95.

¹³³ Compárense BVerfG del 10.12.1975 – 1 BvR 118/71, BVerfGE 40, 371, 382.

¹³⁴ Münch/Kunig/Wendt, GG, art. 5, párr. 11, Lerche, Werbung und Verfassung, págs. 76 y ss.; Rick, *Die verfassungsrechtliche Stellung des Rechtsanwalts*, págs. 150 y ss.

¹³⁵ Braun;WRP 1982, 510, 512.

¹³⁶ BVerfG del 23.2.1971 – 1 BvL 25/61, BVerfGE 30, 336, 352; BVerfG del 19.11.1985 – 1 BvR 934/82, BVerfG 71, 162, 178 sig, BVerfG 2000 del 12.0.2001 – AnwBl 2001, 60.

cc) La libertad de la información de los clientes

El correlato a la libertad de expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones del abogado haciendo publicidad es la libertad de información de los clientes. La libertad de la información del art. 5 I GG ha sido acogida en la Constitución por las experiencias con las prácticas de restricción de la información durante el dominio de los nacionalsocialistas¹³⁷. Esta libertad de información da a cualquier persona el derecho de informarse de todas las fuentes accesibles. Este derecho también incluye el derecho del justiciable de informarse a través de medios de publicidad sobre el profesional¹³⁸. La libertad de información del cliente está incumplida, si por prohibiciones y restricciones de distintas formas de publicidad, la recogida de información se dificulta o imposibilita¹³⁹.

dd) Garantía de propiedad, art. 14 I GG

A diferencia del artículo 12 I GG, el cual protege la adquisición y, la garantía de propiedad del artículo 14 I GG protege lo adquirido, así pues, el resultado de las ganancias¹⁴⁰. El artículo 14 I GG, por contra, no ampara la mera perspectiva de tener ganancias, las cuales como expectativa todavía no se han concretado¹⁴¹. Las medidas publicitarias de los abogados tienen el objetivo de conseguir nuevos clientes y así nuevos mandatos. Ergo, están enfocadas a la adquisición de expectativas de futuras ganancias. Por lo tanto, la limitación de medidas publicitarias de abogados no afecta al área de protección del artículo 14 GG¹⁴².

ee) Competencia entre la libertad de profesión y de expresión

Si el objetivo o la medida se dirigen solamente o primariamente al área de protección de un derecho fundamental, la licitud de la intervención se califica solamente por este derecho fundamental. Sin embargo, el contenido garantizado del otro derecho fundamental debe ser considerado¹⁴³.

¹³⁷ BVerfGE 27m págs. 71, 80 – Leipziger Volkszeitung.

¹³⁸ Münch/Kunig/Wendt, GG, art. 5 párr. 26.

¹³⁹ Nagel, *Werbeverbote*, pág. 139.

¹⁴⁰ BVerfG, del 20.4.1966 – 1 BvR 20/62; BVerfGE, 20, 31, 34; BVerfG del 16.3.1971 – 1 BvR 665/66, BVerfGE 30, 292, 334 f.; BVerfG del 14.11.1989 – 1 BvL 14/85, NJW 1990, 1349 1352, st. Rspr.

¹⁴¹ BGH del 31.1.1966 – III ZR 110/64, BGHZ 45, 150, 155; BGH del 28.2.1980 . III ZR 131/77, BGHZ 76, 387, 394; BGH del 26.4.1979 – III ZR 100/77, NJW 1980, 387.

¹⁴² Breuer, *Anwaltliche Werbung*, págs. 89 y s.

¹⁴³ BVerfG del 10.3.1992 – 1 BvR 454/91; BVerfGE 85, 360, 382.

Para medidas que limitan la publicidad profesional, el artículo 12 GG es el precepto más apropiado. Por lo tanto, el BVerfG basa limitaciones publicitarias en algunas decisiones exclusivamente en el artículo 12 I GG, sin mencionar la libertad de expresión¹⁴⁴. Pero deberíamos tener en cuenta que se puede delimitar la libertad de profesión por cada tipo de ley (art. 12 I frase 2 GG). La libertad de expresión, por el contrario, sólo puede limitarse por leyes generales. Por lo tanto, las posibilidades de delimitación de la libertad de la profesión son mayores. Una restricción que no cumple las premisas del art. 12 I GG (profesión) no puede ser justificada a través del art. 5 II GG. El caso contrario, de todas formas, es más teórico, porque leyes que delimiten la publicidad normalmente serán de naturaleza general y no tienen la intención de prohibir una opinión en concreto¹⁴⁵.

b) Limitaciones constitucionales justificadas

aa) Proporcionalidad de las delimitaciones constitucionales

Para concordar las libertades concedidas del individuo con los intereses de la generalidad, el art. 12 párrafo uni, primera frase GG asigna al legislador un potestad de regulación. Según ésta, en el derecho fundamental de la libertad de la profesión se puede intervenir exclusivamente por ley. Por lo tanto, se necesita una base legal para cualquier delimitación en la publicidad jurídica. Ésta es la base para estar de acuerdo con la Constitución en todos los aspectos. Como ley tiene que cumplir con los requisitos formales y especialmente debe respetar el principio de la proporcionalidad¹⁴⁶.

bb) Calificación constitucional de las limitaciones de la publicidad

Dependiendo de si se trata de una intervención en la libertad de ejercicio o elección profesional, existen diferentes exigencias a la justificación de una intervención. Por lo tanto, antes de todo hay que calificar la intervención por su carácter. Las limitaciones a la libertad de la publicidad determinan el volumen y el contenido del empeño de la profesión. No son ningún obstáculo a la

¹⁴⁴ BVerfG del 17.2.1992 – 1 BvR 899/90, NJW 1992, 1613; BVerfG del 5.12.1994 – 1 BvR 1229/90, NJW 1995, 775; BVerfG del 22.5.1996 – 1 BvR 744/88, BVerfGE 94, 372.

¹⁴⁵ Jarass, NJW, 1982, 1833, 1837.

¹⁴⁶ BVerfG del 11.6.1958 – 1 BvR 596/56, BVerfGE 7, 377, 406; BVerfG del 12.8.1977 – 1 BvR 216/75, BVerfGE 40, 120, 138 s.; BVerfG del 4.7.1989 – 1 BvR 1460/85, BVerfGE 80, 269, 278 s..

elección de la profesión. Por lo tanto, podemos calificarlas como reglas sobre el ejercicio de la profesión de abogado¹⁴⁷.

cc) Intereses comunes lícitos e ilícitos

La limitación de la publicidad de abogados es una intervención al derecho fundamental de la libertad de profesión en forma de una regla sobre la ejecución de la profesión. El Tribunal de la Constitución ha desarrollado una “teoría de tres grados” (Drei-Stufen-Theorie). Según esta teoría, las intervenciones a la libertad de ejecución de la profesión serían valoradas como de primer grado y, por lo tanto, justificadas, si por razones del bienestar común fueran necesarias y proporcionales¹⁴⁸.

Desde la providencia sobre la publicidad de las farmacias (Apothekerwerbungsbeschluss)¹⁴⁹, el Tribunal Constitucional ha cambiado su jurisprudencia sumamente estricta hacia la publicidad en las profesiones liberales. El Tribunal destacó que las restricciones de la publicidad no pueden ser justificadas con declaraciones de carácter general, sino deben ser obvias como las razones del bienestar común para que puedan justificar la limitación de la ejecución de la profesión¹⁵⁰. También dejó claro que la licitud de la medida publicitaria no dependiese directamente del medio de divulgación elegido, ya que los medios publicitarios elegidos no afectan automáticamente la credibilidad de la integridad profesional del autor de la campaña. Más bien, sería necesario sopesar concretamente todas las circunstancias relevantes de cada caso con la escala de la libertad de la profesión, definida por el Tribunal Constitucional¹⁵¹.

No obstante deberíamos tener en cuenta, en este contexto, que los farmacéuticos pertenecen al grupo de profesiones liberales, pero a diferencia de los abogados también son comerciantes. Por lo tanto no se puede aplicar la sentencia a otras profesiones liberales. La duda de la aplicabilidad de la sentencia desapareció, finalmente, cuando el Tribunal remitió en una sentencia sobre la lici-

¹⁴⁷ Véase también la siguiente sentencia: BVerfG del 20.04.1982 – BvR 522/78, BVerfG 60, 215, 231 s.; BVerfG del 22.01.1997 – 2 BvR 191/91, BVerfGE, 173, 181.

¹⁴⁸ BVerfG del 11.6.1958 – 1 BvR 596/56, BVerfGE 7, 377.

¹⁴⁹ BVerfG del 22.5.1996 – 1 BvR 744/88, BVerfGE 94, 372.

¹⁵⁰ BVerfG del 22.5.1996 – 1 BvR 744/88, NJW 1996, 3067, 3068.

¹⁵¹ BVerfG del 22.5.1996 – 1 BvR 744/88, NJW 1996, 3067, 3068.

tud de la publicidad de un arquitecto a la sentencia sobre los farmacéuticos¹⁵². Con este paso, el Tribunal dió validez general a la jurisdicción que resultaba de la mencionada providencia.

Considerando las pautas definidas por el Tribunal Constitucional podemos concluir que solamente los asuntos de publicidad de abogados que perjudican el bienestar común pueden ser limitados de acuerdo con la Constitución. Esta condición tiene que estar comprobada en cada caso. Declaraciones globales o restricciones generales no estarán conformes con el artículo 12 I de la Constitución alemana.

dd) Apreciación crítica de los intereses comunes

El Tribunal Constitucional alemán (BVerfG) opina que las delimitaciones de la publicidad de abogados tienen la finalidad (entre otras) de fortalecer la confianza de los clientes en el abogado, ya que la publicidad podría causar la impresión en éstos de que los abogados solamente tienen un interés monetario en sus clientes¹⁵³.

La opinión del Tribunal ya no convence en la actualidad. La exigencia de que un abogado no debe tener fines de lucro sencillamente no es realista. Para cualquier profesión liberal, incluso la demédico, la jurisprudencia exige la ausencia de objetivos monetarios¹⁵⁴. No obstante, debemos subrayar que un abogado tiene la obligación de evitar sobrevalorar su interés de tasación a los intereses de los clientes.

Para la publicidad de los abogados esta obligación no tiene ningún efecto, porque la publicidad sirve para conseguir clientes¹⁵⁵, pero no influye en la relación entre abogado y cliente. En caso de publicidad engañosa, la publicidad ya no es lícita debido a su carácter engañoso, independientemente de que se trate de un abogado. Por lo tanto, la delimitación de la publicidad de abogados no será posible por este motivo.

¹⁵² BVerfG del 19.12.1996 - 1 BvR 792/91, WRP 1997, 301 s.

¹⁵³ BVerfG del 14.7.1987 – BvR 537/81, BVerfGE 76, 196, 207 f. ; BVerfG v. 17.4.2000 1 BvR 721/99, NJW 2000, 3195; BVerfG v. 25.4.2001 – BvR 494/00, NJW 2001, 1926, 1927.

¹⁵⁴ Böhm, ZRP 1994, 388, 390.

¹⁵⁵ Hensseler/Prütting/Koch, BRAO, § 2 n.m. 29.

ee) Costes añadidos para la abogacía

Como otra razón para reglamentar la publicidad de abogados, se ha mencionado el peligro de una explosión de costes en la abogacía¹⁵⁶. Los críticos defienden la opinión de que por un cierto tipo de reacción en cadena un abogado obligase a otro a realizar publicidad también, para no quedarse fuera del mercado. Justo el argumento del precio no convence. En un mercado muy competitivo, especialmente el precio (al lado de otros factores importantes como p.ej. la calidad) es un factor clave que influye sobre la demanda de tales clientes sensibles a los costes.

ff) Protección de la competencia

La justificación de que la dignidad de la profesión de abogado justificaba restricciones de la publicidad jurídica es más bien un intento de la abogacía establecida para protegerse de la nueva competencia que entra en el mercado¹⁵⁷. El Tribunal Constitucional comparte esta opinión y, por lo tanto, puntualizó que el interés de la competencia para eliminar las ventajas de los competidores no sería digno de ser protegido¹⁵⁸. En la actualidad está reconocido que algunos aspectos de la protección de la competencia no justifican una intervención en la libertad de la profesión de los abogados¹⁵⁹.

gg) La adulteración de la imagen profesional

Otro argumento en contra de la publicidad de los abogados ha sido la adulteración de la imagen profesional. En concreto, las medidas publicitarias habituales de los comerciantes han recibido muchas críticas y han sido usadas como justificación de medidas regulatorias¹⁶⁰. Cada fijación legal de la imagen profesional tiene que estar acorde en cada caso con el principio de la proporcionalidad y, por lo tanto, sopesada a través de la “teoría de los grados” (*Stufentheorie*)¹⁶¹. Esto significa que también la fijación de una imagen profesional tiene que servir al bienestar común¹⁶².

¹⁵⁶ Löwe, AnwBl 1988, 545, 548.

¹⁵⁷ Véase por ejemplo la opinión de Hartung/Holl/Römermann, BORA antes del § 6 Rn. 72.

¹⁵⁸ BVerfG del 4.4.1990 – 1 BvR 750/87, BVerfGE 82, 18, 28.

¹⁵⁹ Por ejemplo: BVerfG del 2.2.1996 – 1 BvR 744/88, BVerfGE 94, 372, 399.

¹⁶⁰ véase p.ej. BVerfG del 9.3.1972 – 1 BvR 518/62, BVerfGE 33, 125, 170.

¹⁶¹ Nagel, *Werbeverbote*, pág. 82.

¹⁶² Sue, *Anwaltliches Standesrecht*, pág. 149.

Por otro lado, la definición de una imagen profesional indica una cierta estática, que permite calificar cualquier cambio como adulteración¹⁶³. Pero parece obvio que una imagen de una profesión no se podrá fijar, ya que la profesión debe evolucionar con los cambios en la sociedad. Por lo tanto, una imagen profesional fijada no puede exigir una gran constancia, sino que debe ser revisada cada poco tiempo. Entonces, podemos concluir que la adulteración de una imagen profesional no es una justificación válida para las restricciones publicitarias.

hh) La “dignidad de la profesión de abogado”

Especialmente la jurisdicción del Tribunal del Honor (*Ehrengerichtshof*) ha justificado algunas decisiones contra la publicidad jurídica a través de la discordancia de la publicidad con la dignidad o la honra del abogado, respectivamente de la abogacía¹⁶⁴. El término “dignidad de la abogacía” no está definido y no es definible, ya que surge la pregunta de si el abogado o la abogacía tienen dignidad si solamente las personas pueden ser objeto de la dignidad. Por estos problemas definitorios, podemos concluir que la publicidad jurídica puede ser restringida por razones de “dignidad de la profesión”.

ii) El funcionamiento de la administración judicial

El Tribunal Constitucional alegó también el mantenimiento de la administración judicial como razón para limitar la publicidad jurídica¹⁶⁵. De igual manera, esta opinión se ve reflejada en la literatura¹⁶⁶. Por lo tanto, las restricciones publicitarias están vistas acorde con la Constitución si tienen la finalidad de evitar la excesiva utilización del aparato de justicia. *Pohlmann*¹⁶⁷ advierte que la publicidad de los abogados podría desmejorar la relación colegial de los abogados y, de esta manera, perjudicar la administración judicial.

¹⁶³ Hocke, *Werbung für anwaltliche Dienstleistungen*, pág. 133 y siguiente.

¹⁶⁴ EGH Karlsruhe del 24.3.1953, EGH IV, 243, 246 y también existe una decisión del Tribunal Constitucional: BVerfG del 8.11.1971. AnwSt (R) 5/71, BGHSt 24, 235.

¹⁶⁵ En general: BVerfG del 8.3.1983 – 1 BvR 1078/80, BVerfGE 63, 266; BVerfG del 14.7.1987 – 1 BvR 195/87, BVerfGE 76, 171; BVerfG del 4.11.1992 – 1 BvR 79/85, BVerfGE 87, 287, 321; BVerfG del 29.10.1997 – 1 BvR 780/87m BVerfGE 97, 12, 31; BVerfG del 21.9.2000 – 1 BvR 514/97, BRAK Mittl. 2000, 301; en especial sobre la publicidad: BVerfG del 14.7.1987 – BvR 362/79, BVerfGE 76, 196, 207; BVerfG del 25.4.2001 – 1 BvR 494/00, NJW 2001, 1926.

¹⁶⁶ Feuerich /Weyland, BRAO § 43b, Rn 2; Hensseler/Prütting/Eylmann, BRAO, § 43b Rn, 10.

¹⁶⁷ Pohlmann, *Werbebeschränkungen*, pág. 219.

Este razonamiento obviamente no puede convencer, ya que la tarea principal de los abogados es servir a la sociedad para asegurar la garantía de justicia. El ciudadano, desde luego, necesita información sobre el rendimiento de los abogados. Por lo tanto, la publicidad de los abogados fomenta la garantía de justicia constitucional. *Prinz* advierte que de investigaciones empíricas ha resultado que el ciudadano normal busca justicia en casos poco claros, y no se da cuenta de sus posibilidades ante la justicia¹⁶⁸. La publicidad proporciona información y, por lo tanto, apoya a los ciudadanos en busca de justicia.

Por otro lado, el asesoramiento jurídico puede evitar litigios innecesarios y de esta manera apoyar el buen funcionamiento del aparato de justicia.

Finalmente, el argumento de que la publicidad desmejorase la relación colegial de los abogados no convence, ya que todos los abogados tienen la posibilidad de hacer uso de la publicidad. Como la publicidad engañosa de toda manera está prohibida, no hay desventajas entre los abogados.

jj) Intereses del destinatario de la publicidad

La protección de la esfera individual del posible cliente es un objetivo de derecho profesional de la abogacía¹⁶⁹. Por lo tanto, las restricciones publicitarias serán siempre lícitas si se trata de publicidad engañosa¹⁷⁰ o intrusiva¹⁷¹, ya que se trata de un bien común digno de ser protegido. Las prácticas perjudiciales dañan al destinatario en sus derechos personales garantizados por el artículo 2 I junto con el artículo 1 I GG¹⁷².

kk) La proporcionalidad de las restricciones publicitarias

Una restricción publicitaria tiene que ser proporcional, mejor dicho, apropiada, necesaria y adecuada¹⁷³. El Tribunal Constitucional extrae el Principio de la Proporcionalidad del Principio del

¹⁶⁸ *Prinz, Anwaltswerbung*, págs. 128 y s.

¹⁶⁹ Véase Römermann, Hartung/Holl/Römermann, BORA, Vor § 6 Rn. 11.

¹⁷⁰ Véase por ejemplo BVerfG v. 13.5.1981 – 1 BvR 610/77. BVerfGE 57, 121, 138.

¹⁷¹ “Aufdringliche” Werbung, véase por ejemplo: BVerfG v. 17.4.2000 – 1 BvR 721/99, BRAK Mitt. 2000, 137, 138.

¹⁷² BVerfG v. 3.6.1980 – BvR 185/77, BVerfGE 54, 148, 153.

¹⁷³ Sobre la proporcionalidad de las restricciones publicitarias p. ej.: BVerfG v. 22.5.1996 – 1 BvR 744/88, BVerfGE 94, 372.

Estado del Derecho¹⁷⁴. La comprobación del Principio de la Proporcionalidad engloba siempre los pasos: finalidad legítima, idoneidad y moderación.

Según la jurisdicción del Tribunal, una medida es apropiada si con su ayuda se puede fomentar el éxito deseado¹⁷⁵ o si solamente existe la posibilidad de que se va a lograr la finalidad¹⁷⁶. Así que la medida no tiene que ser la mejor posibilidad, sino que es suficiente si contribuye algo a lograr la meta¹⁷⁷. Como la calificación de la apropiabilidad incumbe al legislador¹⁷⁸, la medida elegida siempre será apropiada. Luego la medida debe de ser necesaria y, además, no sobrepasar la finalidad intencionada. Por consiguiente, el legislador tiene que elegir la medida que menos perjudica al individuo¹⁷⁹.

Además, la intervención tiene que ser adecuada a la importancia del derecho fundamental¹⁸⁰. En consecuencia, hay que sopesar entre el peso de la intervención y el peso de las razones que la justifican. El grado de la intervención tiene que estar en una relación razonable con las ventajas para la generalidad¹⁸¹.

Al final, podemos concluir que una restricción publicitaria solamente estará justificada si es proporcional.

c) Conclusión

La libertad de la actividad publicitaria está garantizada especialmente por el art. 12 I GG. Por igual hay que mencionar la libertad de expresión (art. 5 II GG), la cual también protege las medidas publicitarias de los abogados. Las posibilidades de delimitación son prácticamente iguales, porque las regulaciones publicitarias nunca prohíben una opinión o información distinta, sino que siempre constituyen leyes generales en el sentido del art. 5 II GG.

¹⁷⁴ Jurisdicción constante desde: BVerfGE 19, 342 [348].

¹⁷⁵ BVerfG v. 10.4.1997 – 2 BvL 45/92, BvVerfGE96, 10,23 con más referencias.

¹⁷⁶ BVerfG v. 10.4.1997 – 2 BvL 45/92, BVerfGE96, 10,23 con más referencias.

¹⁷⁷ BVerfG v. 20.6.1984 – 1 BvR 1494/78, BVerfGE 67, 157, 175.

¹⁷⁸ BVerfG v. 22.1.1997 - 2 BvR 1915/91, BVerfGE 95, 173, 185.

¹⁷⁹ BVerfG v. 22.1.1997 - 2 BvR 1915/91, BVerfGE 95, 173, 187.

¹⁸⁰ BVerfG 20.6.1984 – 1 BvR 1494/78, BVerfGE 67, 157, 173.

¹⁸¹ BVerfG v. 5.7.1989 – 1 BvL 11/87, BVerfGE 80, 297, 312.

En total, podemos concluir que no cabe duda de la licitud de medidas publicitarias desde la perspectiva constitucional. Cada delimitación, por consecuencia, necesita una justificación. Como hemos comprobado arriba, las delimitaciones de la libertad profesional a través de regulaciones publicitarias solamente se justifican por asuntos concretos del bienestar público. Aun así, en el pasado numerosos tribunales, especialmente tribunales deontológicos de la profesión, han fundamentado sus decisiones en “bienes públicos” evidentemente ilícitos, o por lo menos no suficientemente concretos. Especialmente, el argumento de que la publicidad no está de acuerdo con el prestigio de la profesión, ha sido bastante frecuente en el vocabulario de los tribunales. Considerando lo antes averiguado, las decisiones obviamente han sido adversas al derecho constitucional. Igualmente es difícil de justificar una decisión contra la publicidad jurídica con el argumento de que la publicidad hace daño al funcionamiento de la justicia. Arriba comprobamos justo lo contrario y llegamos a la conclusión de que la publicidad del abogado puede fomentar el funcionamiento de la justicia. Si en un caso concreto el funcionamiento de justicia realmente estaría afectado, habría que ver el porqué, cómo este daño está provocado por la publicidad, y si la medida restrictiva sería proporcional a los intereses de los abogados que efectúan la publicidad y los posibles clientes.

En total, podemos constatar de nuevo que la publicidad de los abogados fomenta más bien el funcionamiento de la justicia que lo perjudica, aunque no todos los tribunales ven o lo han visto de tal manera.

IV. Artículo 10 CEDH

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) vigila el cumplimiento de la Convención Europea de Derechos Humanos. Primeramente cabe analizar el rango que se le concede al convenio en el derecho español y alemán. El carácter jurídico de la Corte Europea de Derechos Humanos (COEDH) es controvertido en España¹⁸², mientras que en Alemania está reconocido como ley de derecho positivo, pero sin rango constitucional¹⁸³.

¹⁸²Ángel Rodríguez, “Los efectos internos de las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la vinculación al juez a su jurisprudencia”, *Teoría y Realidad Constitucional*, 8-9, 2002, págs. 201-216.

¹⁸³ Véase BVerfG v. 26.3.1987 – 2 BvR 589/79, BVerfGE 71, 358, 370.

En Alemania la COEDH ha sido ratificada el 5 de diciembre de 1952 y en España fue ratificada con fecha del 26 de septiembre de 1979. Desde luego, tras la ratificación, las sentencias del TEDH tienen un efecto declarativo de responsabilidad internacional. El rango de la norma se dispone en el artículo 96 I CE.

Los Tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios Tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional.

Según el art. 96 CE, la CDEH tampoco tiene rango constitucional en España. Sin embargo, como se sabe, el art. 96 CE no es la única vía de recepción de la CDEH en el ordenamiento jurídico español. Junto a éste, el art. 10.2 CE obliga a aplicar la convención como criterio de interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales y las libertades que la Constitución reconoce:

(art. 10.2 CE): Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

Es por esta vía por la que la jurisprudencia del TEDH adquiere en España un valor constitucional, en el que se deduce su carácter de criterio interpretativo de la propia CE¹⁸⁴.

Igualmente en Alemania la legislación del TEDH tiene que estar considerada como criterio de interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales y los principios del Estado de Derecho¹⁸⁵.

En la CDEH se garantiza la libertad de la expresión y, por lo tanto, la de las informaciones de profesionales sobre su profesión o, mejor dicho, publicidad. Una intervención lícita a la libertad de expresión tiene que tener un fundamento legal y un objetivo de los mencionados en el art. 10.2 CDEH y ser a la vez necesaria¹⁸⁶. La jurisprudencia del TDEH deja claro que la publicidad de las profesiones liberales sería generalmente algo positivo¹⁸⁷. No obstante, permite restricciones publicitarias para evitar prácticas de competencia desleal o prácticas engañosas¹⁸⁸. Aparte, el TDEH destaca en la misma decisión que la posición central de los abogados en la administración judicial

¹⁸⁴ Ángel Rodríguez, pág. 211.

¹⁸⁵ BVerfG v. 21.11.2002 – 2 BvR 589/79, BVerfGE 74, 358, 370.

¹⁸⁶ TDEH 25.3.1985 – 10/1983/66/101, NJW 1985, 2885, 2886.

¹⁸⁷ TDEH 17.10.2002 – 37928/97, NJW 2003, 497 (sobre restricciones publicitarias de médicos).

¹⁸⁸ Véase la sentencia del TDEH anteriormente citada.

entre la población y los tribunales podría justificar restricciones publicitarias. Independientemente, destaca en esta decisión que la publicidad objetiva y fiel solamente podrá ser restringida con la finalidad de proteger a terceros si esto fuera necesario por circunstancias especiales para distintas profesiones. A su vez, no ve una libertad de enjuiciamiento de los legisladores.

En total, podemos concluir que tampoco el TDEH acepta la deontología de por sí, sino que comprueba, en cada caso, si las restricciones a una publicidad jurídica fiel y objetiva realmente son necesarias para la protección de los intereses comunes o la posición del abogado en el sistema judicial. Al final destaca que el razonamiento del TDEH es muy semejante a los razonamientos de los Tribunales Constitucionales en España y Alemania en relación a este tema.

1. Las libertades fundamentales por el contrato CE

El derecho de la Unión Europea goza de primacía para su aplicación ante el derecho de los Estados miembros, también ante el derecho constitucional. La importancia del derecho europeo para la calificación de publicidad en las profesiones liberales es todavía bastante moderada. Por lo tanto, las libertades fundamentales casi no han sido objeto de consideración en la literatura sobre la publicidad jurídica.

La razón de la escasa consideración en la literatura es su limitada relevancia en la práctica, ya que el derecho europeo solamente será aplicable cuando se trate de situaciones transfronterizas. Los mercados de la abogacía tienen un foco bastante nacional por las diferencias de lenguaje, normativas, etc.¹⁸⁹.

Las tendencias de europeización e internacionalización de hecho existen y están siendo promovidas por los grandes despachos multinacionales que cuentan con más de cien abogados. Con el aumento de la europeización debido al constante crecimiento y la política de fusión de los despachos¹⁹⁰, el mercado transfronterizo tendrá cada vez más importancia.

¹⁸⁹ Schulte, *Das Werberecht der freien Berufe*, pág. 64.

¹⁹⁰ Claudia Schieblon, *Marketing für Kanzleien und Wirtschaftsprüfer*, pág. 22.

Debido a esto, nos dedicaremos en las siguientes páginas al análisis del reglamento europeo acerca de la publicidad de abogados.

2. Libertad de prestación de servicios y establecimiento

Los artículos 43 y 49 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (CE) proveen la reducción de restricciones sobre la prestación de servicios y el establecimiento transfronterizo. El artículo 43 dispone que quedarán prohibidas las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un estado miembro en el territorio de otro estado miembro.¹⁹¹

Según el artículo 49 CE, quedarán también prohibidas las restricciones a la libre prestación de servicios.¹⁹² El campo aplicable del art. 49 CE es una situación transfronteriza (“...en un país que no sea el del destinatario...”). Por lo tanto, las libertades básicas solamente son aplicables a situaciones con una referencia transfronteriza¹⁹³. El Tribunal de Justicia Europeo subrayó en la Sentencia *Wouters* que las normas sobre la libertad de prestación de servicios y establecimiento se imponen también a normativas de naturaleza no pública que tienen la finalidad de regular colectivamente el trabajo por cuenta propia y prestaciones de servicio¹⁹⁴. Con esta jurisprudencia el

¹⁹¹ Art. 43 CE: *En el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro. Dicha prohibición se extenderá igualmente a las restricciones relativas a la apertura de agencias, sucursales o filiales por los nacionales de un Estado miembro establecidos en el territorio de otro Estado miembro.*

La libertad de establecimiento comprenderá el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas y, especialmente, de sociedades, tal como se definen en el párrafo segundo del artículo 48, en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales, sin perjuicio de las disposiciones del capítulo relativo a los capitales.

¹⁹² Art. 49 CE: *En el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Comunidad para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un país de la Comunidad que no sea el del destinatario de la prestación.*

El Consejo, por mayoría cualificada y a propuesta de la Comisión, podrá extender el beneficio de las disposiciones del presente capítulo a los prestadores de servicios que sean nacionales de un tercer Estado y se hallen establecidos dentro de la Comunidad.

¹⁹³ STJCE del 7.2.1979 – 115/78, Recop. 1979, 399, STJCE del 18.3.1980– 52/79, Recop. 1980, 833; STJCE del 24.4.1991 – C – 41/90, Recop. I 1991, 1979.

¹⁹⁴ STJCE de 19 de febrero de 2002, *Wouters y otros*, C 309/99, Rec. 2002, págs. I-1577, núm. 120: “Con carácter previo, debe recordarse que el respeto de los artículos 52 y 59 del Tratado también se impone a las normativas de naturaleza no pública que tengan por finalidad regular colectivamente el trabajo por cuenta propia y las prestaciones de servicios. En efecto, la eliminación, entre los Estados miembros, de los obstáculos a la libre circulación de personas y a la libre prestación de servicios correría peligro si la supresión de las barreras de origen estatal pudiera ser neutralizada con obstáculos derivados de actos realizados en ejercicio de su autonomía jurídica por asociaciones y organismos que no están sometidos al Derecho público (véanse las sentencias de 12 de diciembre de 1974, *Walrave y Koch*, 36/74, Rec. p. 1405, apartados 17, 18, 23 y 24; de 14 de julio de 1976, *Donà*, 13/76, Rec. p. 1333, apartados 17 y 18; de 15 de diciembre de 1995, *Bosman*, C-415/93, Rec. pág. I-4921, apartados 83 y 84, y de 6 de junio de 2000, *Angonese*, C-281/98, Rec. p. I-4139, apartado 32)”.

Tribunal quiere impedir que se pase esta normativa a través de la delegación de la potestad de reglamento a asociaciones no estatales.

De tal manera, podemos concluir que las normas deontológicas sobre la abogacía esta sujeta al reglamento europeo.

La condición para la aplicación del artículo 49 CE es un intercambio transfronterizo de prestaciones de servicios. La libre prestación de servicios se puede realizar mediante tres formas:

- A través del desplazamiento del prestatario.
- A través del desplazamiento del beneficiario.
- Sin desplazamiento.

Es preciso subrayar la distinción con el derecho de establecimiento, ya que la libre prestación de servicios implica la ausencia de toda obligación de residencia en el Estado miembro destinatario. Bajo el término “prestación de servicios” se entiende cada prestación para la cual se recibe una remuneración como contraprestación. Para delimitarlo de las demás libertades básicas se han desarrollado tres características más¹⁹⁵:

- La falta de materialidad.
- La autonomía de la persona que presta el servicio.
- La falta de la interacción con otra economía política.

La publicidad en sí y especialmente la publicidad para un servicio –en este caso de abogados– es una prestación de servicios en el derecho comunitario¹⁹⁶. La libertad del establecimiento protege –en diferencia a la prestación de servicios– la presencia constante de un profesional en un Estado miembro. Concluyendo, podemos decir que la libertad de la prestación de servicios es sólo un anexo a la libertad de libre establecimiento, ya que la prestación de servicios desde un establecimiento fijo está protegida por la libertad de establecimiento¹⁹⁷. La libertad de la prestación de servicios se extiende a cada aspecto de una actividad económica, por lo tanto, también a la publicidad¹⁹⁸.

¹⁹⁵Frenz, Handbuch Europarecht, Band 1 Europäische Grundfreiheiten, pág. 915, Rn 2443.

¹⁹⁶ Frenz, Handbuch Europarecht, Band 1 Europäische Grundfreiheiten, pág. 924, Rn 2463.

¹⁹⁷ Frenz, Handbuch Europarecht, Band 1 Europäische Grundfreiheiten, pág. 699, Rn 1857.

¹⁹⁸Frenz, Handbuch Europarecht, Band 1 Europäische Grundfreiheiten, pág. 914, Rn 2444.

Estas libertades básicas son también aplicables a las profesiones liberales¹⁹⁹. Por consiguiente, la publicidad de abogados está comprendida en los art. 43 y 49 CE.

3. Intervención a las libertades básicas por restricciones nacionales

La libertad de prestación de libre estacionamiento y prestación de servicio prohíbe a los Estados miembros cualquier discriminación escondida o abierta a nacionales de países miembros respecto al acceso a una profesión y su ejercicio²⁰⁰. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJCE) ha decidido en el caso Dassonville²⁰¹, que cada reglamentación del comercio de los Estados miembros que dificultase directamente o indirectamente, real o potencialmente, el comercio intercomunitario fuera considerada una medida de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas. A esta interpretación extensa el TJCE se opuso a la decisión Keck²⁰² que dice que “[...] no es susceptible obstaculizar el comercio entre los Estados miembros, en el sentido de dicha definición, la aplicación a productos procedentes de otros Estados miembros de disposiciones nacionales que limiten o prohíban ciertas modalidades de venta [...]”. Aplicada dicha sentencia a la libertad de prestaciones de servicios, el TJCE ve una discriminación si una regla en efecto es aplicable a todos los actores de la economía que ejercen su actividad en el extranjero, pero la venta de productos interiores y la de los exteriores no están afectadas de la misma manera²⁰³. Estos principios se aplican también a las libertades de establecimiento²⁰⁴.

En total, podemos entonces concluir que una norma nacional infringe el derecho común (las libertades básicas) si un reglamento que vale para nacionales y Estados miembros al final impone más dificultades al establecimiento de alguien perteneciente a un Estado miembro que al nacional.

Tanto en España como en Alemania las restricciones publicitarias valen sin diferenciar entre nacionales y abogados de Estados miembros. Pero hay que tener en cuenta que para abogados de

¹⁹⁹ Véase art. 50 II lit d CE.

²⁰⁰ STJCE del 21.6.1979 – 2/74, Recop. 1974, 631 párr. 21; STJCE del 18.6.1985 – 197/84, Recop. 1985, 1819.

²⁰¹ STJCE del 11.7.1974 – 8/74, Recop. 1974, 837, 852, párr. 5.

²⁰² STJCE del 24.11.1993 – C-267/91, Recop. 1993, página I-06097.

²⁰³ STJCE del 24.11.1993 – C-267/91.

²⁰⁴ STJCE 7.2.1979 – 115/78, Recop- 1979, 399.

Estados miembros será más difícil conseguir clientes. Por lo tanto, especialmente para ellos, la herramienta de publicidad posee una destacada importancia. ¿Podríamos resumir, bajo la premisa anterior mencionada, que aunque el reglamento nacional sobre la publicidad de los abogados vale para ambos grupos por igual, discriminaría a los abogados de Estados miembros porque parten de otra situación inicial. El autor piensa que no. No se puede decir que un abogado de otro país necesariamente tenga unas condiciones más complicadas a la hora de establecerse. No todos los abogados nacionales empiezan en un lugar donde ya tienen posibles clientes, por su círculo de conocidos, etc. Dentro de la abogacía nacional igualmente existen estas diferencias. Solamente deberíamos pensar en el abogado nacional cuyo padre tiene un despacho bien colocado en el mercado. ¿No sería más fácil para el hijo empezar la carrera en el despacho de abogados de su padre? En el caso de la publicidad no nos encontramos con restricciones publicitarias discriminatorias para abogados no nacionales. Las reglas acerca de la publicidad son iguales para todos los abogados colegiados, nacionales o no nacionales.

V. Resumen sobre las bases constitucionales y europeas de la publicidad de los abogados

Podemos decir que tanto las leyes como la normativa profesional de los órganos de autorregulación tienen especificaciones muy estrictas. Por un lado, las limitaciones a la publicidad de los abogados tienen que ser lícitas bajo la perspectiva constitucional. Por otro lado, también tienen que estar de acuerdo con el derecho europeo (en especial las libertades básicas; arts. 43 y 49 CE). Aparte de las libertades básicas habría que tener en cuenta el reglamento sobre las competencias desleales nacionales y también los artículos 81 y s. CE.

Como hemos podido ver, las legislaciones constitucionales en Alemania y España tienen algunas diferencias, especialmente de tipo sistemático. Sin embargo, el resultado de la jurisdicción alemana y española acerca del tema de la publicidad de abogados es bastante parecido, más que nada por las influencias del marco europeo y las decisiones del Tribunal de Derechos Humanos. Luego, ambos Tribunales hacen una similar ponderación de la licitud de limitaciones publicitarias, con el resultado de que las jurisprudencias se parecen en muchos aspectos. Para justificar restricciones publicitarias es necesario sopesar cada caso por si la medida publicitaria infringe la Constitución o el derecho comunitario. Como hemos visto arriba, en la gran mayoría de los casos,

las restricciones de la publicidad de los abogados generales no serán lícitas por no ser conformes a la Constitución o el derecho comunitario. Sin embargo, se acepta una justificación de la publicidad en ambos países, si la publicidad afecta los derechos de los destinatarios de la publicidad, es decir, de los clientes. Entonces, sí es posible limitar el derecho de hacer publicidad como subcaso del derecho de libertad de expresión o, en el caso español, como caso de la libertad de empresa también. Por supuesto, los casos de publicidad engañosa siempre serán objeto de evaluación individual por los Tribunales.

El TJCE también aplica estos criterios para evaluar la licitud de una medida con relación al artículo 10 CDEH²⁰⁵. Aunque las decisiones del TDEH no tienen efecto vinculante para los Estados miembros –como hemos expuesto arriba–, sus Tribunales tienen que respetar las decisiones del TDEH en la interpretación de los artículos de las Constituciones nacionales. Sin embargo, podemos destacar que la publicidad jurídica resulta una medida que, en vez de hacer daño a la administración jurídica o a la profesión del abogado, más bien fomenta el funcionamiento de la protección jurídica del ciudadano. Debido al progreso de la europeización, la evaluación del derecho profesional nacional mediante el derecho comunitario, y en consecuencia bajo la consideración de la jurisdicción del TDEH, tiene cada vez más importancia.

VI. Limitaciones publicitarias para abogados por el derecho deontológico

La deontología protege la leal competencia en el ejercicio de la abogacía. A diferencia de las leyes comunes que protegen con carácter general el ejercicio de cualquier actividad económica, el bien jurídico protegido del derecho deontológico es la dignidad de la función de la defensa.

²⁰⁵Art. 10 CDEH: “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas, sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.

2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial”.

Para entender la idea de la regulación deontológica en el caso de los abogados hay que tener primeramente en cuenta que un abogado es dos cosas distintas al mismo tiempo: Por un lado, es un empresario o titular de una empresa cuyo objeto es la prestación de servicios de asesoramiento jurídico y, de otro lado, es una institución pública denominada abogado-defensor, que tiene la función de la defensa, de arraigo constitucional.

1. El Código Deontológico Europeo

El Código Deontológico Europeo²⁰⁶ (CBE) fue aprobado en 1988, tras 6 años de consultas y varios borradores para resolver los conflictos de ejercicio profesional transfronterizo entre abogados de las diferentes naciones europeas. Por otro lado, representa las garantías mínimas exigibles para posibilitar el derecho de defensa de una forma efectiva.

Por lo tanto, el CBE²⁰⁷ regula solamente los contactos profesionales entre los abogados de la Comunidad Europea y las actividades de los abogados que ejercen un Estado miembro distinto del suyo de origen. Es decir, en nuestro contexto el CCBE no suele afectar a las medidas de publicidad, ya que habitualmente serán de naturaleza nacional.

Aun así, el “Código de Deontología de los abogados en la Unión Europea”²⁰⁸ nos sirve para tener una idea de la función que le asigna la Unión Europea y las exigencias mínimas a la profesión del abogado.

La aplicabilidad del CBE para los abogados depende de la ratificación del correspondiente Estado miembro. El Código Deontológico de la Abogacía determina en su art. 1, que el abogado tiene que respetar los principios éticos y deontológicos de la profesión según la presente normativa y lo establecido en el Estatuto General de la Abogacía Española.²⁰⁹

²⁰⁶ Adoptado en la Sesión Plenaria del CCBE de 28 de octubre 1988 y modificado en las Sesiones Plenarias de 28 de noviembre de 1998, de 6 de diciembre de 2002 y de 19 de mayo de 2006; <http://www.ccbe.org/index.php?id=32&L=2>

²⁰⁷ Abreviación del Código Deontológico Europeo de Abogados.

²⁰⁸ http://www.ccbe.eu/fileadmin/user_upload/NTCdocument/10_11_10_Booklet_Cd3_1290438847.pdf

²⁰⁹ Art. 1 CBE: “El abogado está obligado a respetar los principios éticos y deontológicos de la profesión establecidos en el Estatuto General de la Abogacía Española, aprobado por Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, en el Código Deontológico aprobado por el Consejo de Colegios de Abogados de Europa (CCBE) el 28 de noviembre de 1998, y en el presente Código Deontológico aprobado por el Consejo General de la Abogacía Española, en los que

Al igual que el Derecho Deontológico alemán, declara aplicable el CBE en asuntos transfronterizos.

El §§ 59b, 191 BRAO en combinación con § 29 BORA declara expresamente que las reglas de CBE están en vigor en lugar del BORA, siempre que se trate de un asunto de ejecución profesional transfronteriza, si no el derecho de la Unión Europea o leyes nacionales tienen primacía:

§ 29 BORA

(1) En el caso de actividad transfronteriza en el sentido del núm. 1.5 de las reglas profesionales de los abogados europeos (CCBE) en la versión del 28 del noviembre de 1998, tienen primacía las reglas profesionales europeas (CCBE) al presente orden profesional, si no es que tiene prioridad el derecho europeo comunitario o derecho constitucional alemán, derecho de rango de ley o reglamentos basados en derecho de rango de ley alemán.

Si hay que aplicar el orden profesional de la abogacía de los abogados europeos, el abogado debe avisar al abogado foráneo que tiene primacía el derecho comunitario y el derecho nacional de rango de ley o reglamentos basados en derecho de rango de ley; esto entra en consideración especialmente en aplicación del número 5.3 de aquellas reglas profesionales.

(2) Otra actividad de abogados transfronteriza esta sujeta a este orden profesional²¹⁰.

Cabe destacar que la BORA explícitamente menciona la prioridad del derecho europeo o leyes nacionales. Con esta cláusula la BORA no anula –como uno podría creer– el CBE en el caso de haya una competencia entre las dos. El § 29 I BORA no se refiere a leyes nacionales de la misma jerarquía.

En el preámbulo del CCBE, número 1.1, nos define la función del abogado en la sociedad.²¹¹ Destaca, que también según la CCBE el abogado tiene la labor principal de ejecutar un mandato en el

en su caso tuvieren aprobados el Consejo de Colegios de la autonomía, y los del concreto Colegio al que esté incorporado.”

²¹⁰ „(1) Bei grenzüberschreitender Tätigkeit im Sinne von Nr. 1.5 der Berufsregeln der Rechtsanwälte der Europäischen Gemeinschaft (CCBE) in der Fassung vom 28. November 1998 (Anlage zu dieser Berufsordnung) gelten anstelle dieser Berufsordnung jene Berufsregeln, soweit nicht europäisches Gemeinschaftsrecht oder deutsches Verfassungs-, Gesetzes- oder Ordnungsrecht Vorrang haben. Sind die Berufsregeln der Rechtsanwälte der Europäischen Gemeinschaft anzuwenden, dann hat der Rechtsanwalt den ausländischen Rechtsanwalt unverzüglich auf den Vorrang des europäischen Gemeinschaftsrechts und des deutschen Verfassungs-, Gesetzes- oder Ordnungsrechts hinzuweisen; dies kommt insbesondere bei der Anwendung von Nr. 5.3 jener Berufsregeln in Betracht.

(2) Sonstige grenzüberschreitende anwaltliche Tätigkeit unterliegt dieser Berufsordnung“.

marco de la ley, pero garantizando que se respete el Estado de Derecho. En el siguiente texto el CCBE repite con el mismo rigor su importancia para la democracia. En su segundo párrafo el núm 1.1 del preámbulo establece los principios esenciales a los que están sometidos los abogados en toda Europa. Como subraya ya al mismo CCBE, estos principios esenciales se encuentran recogidos en todos los estados europeos, levemente diferente en los diversos sistemas jurídicos. Sin embargo el CCBE las establece aparte, para fundamentar su validez general en toda Europa, advirtiendo, que los gobiernos y las organizaciones internacionales deben hacer respetar y proteger esos principios esenciales. Entre ellas nos encontramos, por ejemplo, con el principio de la independencia del abogado, que garantiza que la abogacía sea una profesión libre. Otro principio esencial que destaca es el de la autorregulación de la profesión, garantizado la existencia de los colegios profesionales.

Respecto a la publicidad, el CCBE insta principios generales en su número 2.6.²¹² Sin embargo, los legisladores querían evitar a toda costa la palabra “publicidad” y hablan de “información”.

²¹¹ Preambulo !.1 CCBE: „En una sociedad basada en el respeto de la justicia, el abogado desempeña un eminente papel. Su misión no se limita a la fiel ejecución de un mandato en el marco de la ley. El abogado debe garantizar que se respete el Estado de Derecho y los intereses de aquellos a los que defiende en sus derechos y libertades. El deber del abogado no es únicamente defender un asunto sino ser asimismo asesor del cliente. El respeto de la función del abogado es una condición esencial al Estado de Derecho y a una sociedad democrática. Existen principios esenciales que, incluso si se encuentran recogidos de manera levemente diferente en los diversos sistemas jurídicos, resultan comunes a todos los abogados europeos. Estos principios esenciales son la base de diversos códigos nacionales e internacionales que rigen la deontología del abogado. Los abogados europeos están sometidos a esos principios, que resultan esenciales a la buena administración de justicia, al acceso a la justicia y al derecho a un juicio justo, tal y como exige el Convenio Europeo de Derechos Humanos. En aras del interés general, los Colegios de Abogados, los tribunales, los legisladores, los gobiernos y las organizaciones internacionales deben hacer respetar y proteger esos principios esenciales. Los principios esenciales de los abogados son, en particular:

- (a) la independencia y la libertad de garantizar la defensa y el asesoramiento de su cliente;
- (b) el respeto del secreto profesional y de la confidencialidad de los asuntos que le ocupan;
- (c) la prevención de los conflictos de interés, bien sea entre varios clientes o entre el cliente y él mismo;
- (d) la dignidad, el honor y la integridad;
- (e) la lealtad respecto a su cliente;
- (f) la probidad en materia de honorarios;
- (g) la competencia profesional;
- (h) el respeto de la confraternidad;
- (i) el respeto del Estado de Derecho y la contribución a la buena administración de la justicia;
- (j) la autorregulación de su profesión.“

²¹² CCBE: 2.6.1. *El abogado podrá informar al público sobre sus servicios siempre que la información no sea desleal o engañosa, y respetuosa con la salvaguarda del secreto profesional y los demás principios esenciales.*

2.6.2. *El abogado podrá realizar publicidad personal a través de cualquier medio de comunicación siempre que cumpla con los requisitos establecidos en el párrafo anterior.*

Según ellos, el abogado siempre puede informar sobre sus servicios, es decir, puede hacer publicidad, “...siempre que la información (publicidad) no sea desleal o engañosa y y respetuosa con la salvaguarda del secreto profesional y los demás principios esenciales”. Destaca que la regulación está formulada como derecho de libertad. Aparte de eso, la regulación es muy liberal. El abogado podrá informar al público sobre sus servicios siempre que la información no sea desleal o engañosa y sea respetuosa con la salvaguarda del secreto profesional y los demás principios esenciales.

Las únicas limitaciones son la lealtad y la honestidad de la publicidad como pilares fundamentales. Aparte, tiene que respetar los arriba mencionados principios generales. De éstos destaca el secreto profesional, ya que es el único principio esencial que está mencionado explícitamente en el precepto jurídico.

El número 2.6.2 determina que el abogado puede usar cualquier medio de comunicación para divulgar la publicidad.

En total, destaca que el CBE deja claro que, en general, el secreto profesional es el principio más importante para la profesión del abogado. Los demás principios generales se encuentran de una u otra forma en las normativas deontológicas tanto en España como en Alemania. Por lo tanto, podemos concluir que el CBE de esta manera supone una mínima intervención en la libertad de la profesión del abogado.

Para la publicidad de los abogados esto significa que la CBE no supone una limitación añadida a la publicidad de los abogados. A nivel europeo, por consiguiente, podemos constatar que serían posibles anuncios de abogados en la televisión o la radio, el patrocinio de equipos deportivos, etc., tal y como es habitual para compañías privadas del sector de prestación de servicios. Pero no debemos olvidar que la regulación es tan mínima porque, aparte de esta normativa, cada Estado miembro tiene sus propios Códigos Deontológicos acerca de la abogacía, los cuales son pertinentes en los correspondientes asuntos nacionales.

2. El Código Deontológico español

En España tenemos un ámbito del derecho profesional de regulación estatal y un ámbito de autorregulación. La opción sobre la regulación fundamental ha sido instaurada por el Gobierno y por los órganos colegiales. En nuestra opinión, se debe probablemente a la consideración de que algunas reglas necesarias, como la de las incompatibilidades, exceden el ámbito de la autorregulación profesional por afectar a otras profesiones y actividades, mientras que otros asuntos, como los conflictos de interés, no superan el ámbito de decisión de los órganos colegiales.

a) Estatuto General de la Abogacía Española

El Estatuto General de la Abogacía Española (EGAE) ha sido aprobado por Real Decreto 658/2001, del 22 de junio. El Código deontológico (CD) ha sido establecido por el Consejo General de la Abogacía (CGAE) en 2002²¹³. Desde el punto de vista del derecho administrativo, la posibilidad de que exista un Código Deontológico como norma aprobada por el CGAE se deriva de la previsión contenida en el art. 72.3.c) del Estatuto General de la Abogacía. Le otorga al CGAE el derecho de “ordenar, de acuerdo con la Ley la actividad profesional de los abogados, su ejercicio profesional, acceso a la profesión, deontología y publicidad, cuando haya de afectar a toda la Abogacía Española”²¹⁴. Por lo tanto, la competencia de los colegios profesionales en materia deontológica surge de lo dispuesto en el artículo 5.i) de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales. Esta norma preconstitucional, la cual ha sido objeto de diferentes reformas, prevé que le “corresponde a los Colegios Profesionales el ejercicio de las siguientes funciones, en su ámbito territorial; [...] i. Ordenar en el ámbito de su competencia la actividad profesional de los colegiados, velando por la ética y dignidad profesional y por el respeto debido a los derechos de los particulares y ejercer la facultad disciplinaria en el orden profesional y colegial”.

²¹³ El CGAE actual fue aprobado en el pleno del CGAE de 27 de septiembre de 2002, y modificado en el Pleno del 10 de diciembre del mismo año, en el que se suspendió de vigencia y eficacia el artículo 16, relativo a la cuota litis, por causa de la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 26 de septiembre de 2002. No obstante, la Sentencia de la Audiencia Nacional del 27 de junio de 2005 revocó la antes mencionada resolución. No ha sido revocado, sin embargo, el acuerdo sobre el artículo 16. El Código actual entró en vigor el 1 de enero de 2003, quedando derogado el anterior Código, aprobado por el CGAE el 30 de junio de 2000.

²¹⁴ Aquí debe hacerse constar que el Consejo de Estado entendió que la presente materia, es decir, la ordenación deontológica general, debería ser parte del propio Estatuto General, y no un reglamento que se desarrollase del mismo. Así lo expresó en sus dictámenes de 14 de enero de 1999 y 20 de enero de 2000, sobre el Proyecto del EGAE.

b) Código Deontológico de la Abogacía

El Código Deontológico de la Abogacía Española (CD) – el vigente fue aprobado en el año 2002 – es la norma básica que en materia ética rige la actuación profesional de los abogados españoles. El CD no es una norma legal del Estado, sino la recopilación de los principios éticos esenciales y de los modelos de conducta profesional que la abogacía española considera parte fundamental del ejercicio de la profesión de abogado. Sin embargo, los principios éticos recogidos en el CD no sólo son unas normas autoimpuestas por la abogacía, sino que su fundamento trasciende la normativa interna de la profesión y son respaldados o convalidados por el Estado. A través de la regulación legal de la profesión del abogado (Real Decreto 658/2001 que aprueba el Estatuto General de la Abogacía) el Estado reconoce que la actividad del abogado debe estar sometido al fiel cumplimiento de las normas y usos de la deontología profesional de la abogacía y atribuye a los Colegios de Abogados la capacidad suficiente para regular la ordenación del ejercicio de la profesión y el control deontológico (véase: art. 3 del Estatuto General de la Abogacía).

Los redactores del Código Deontológico, sin embargo, optaron por no invocar la fuerza normativa de la legislación estatal que rige la abogacía como el sustento normativo del Código Deontológico, sino que lo presentan como el acuerdo del propio Consejo, como cúspide del sistema de autoorganización y autorregulación de los abogados. Por lo tanto, se plantea así implícitamente la cuestión de las relaciones entre las normas de origen corporativo y las normas administrativas o, en concreto, el modo de encaje en nuestro ordenamiento jurídico de las normas que el Código contiene. El autor toma parte de la tesis, que integra el régimen deontológico y sus consecuencias disciplinarias colegiales, en el ámbito del derecho público, como parte del derecho administrativo colegial o corporativo.

En el caso de la publicidad de los abogados por los menos no se plantea la cuestión de cómo pueden ser armonizadas las dos facetas de regulación estatal a través del Estatuto General de la Abogacía y la regulación asociativa a través del Código Deontológico, ya que las disposiciones estatales del EGAE se han materializado por completo en el CD. Y, éste, de todos modos, amplía todavía más las reglas acerca de la ilicitud de publicidad publicitaria.

c) Normas centrales del EGAE y del CD

En todo caso, las normas centrales sobre la publicidad de los abogados son, en la actualidad, el Estatuto General de la Abogacía Española y el Código Deontológico aprobado por el CGAE en 2001.

Las disposiciones en respecto a la publicidad jurídica del EGAE son bastante reducidas.

Su art. 25 determina, que “...el abogado podrá realizar publicidad de sus servicios, que sea digna, leal y veraz, con absoluto respeto a la dignidad de las personas...”, de acuerdo con la legislación, la competencia desleal y la deontología. Su segundo párrafo el art. 25 determina los casos, que se consideran contrarias a la deontología.²¹⁵

Como hemos mencionado arriba, el CD amplía estas disposiciones. Por lo tanto, acerca de la licitud de las medidas publicitarias podemos dejar sin consideración el EGAE, ya que el CD presenta este contenido jurídico.

²¹⁵Artículo 25 - Estatuto General de la Abogacía

El Abogado podrá realizar publicidad de sus servicios, que sea digna, leal y veraz, con absoluto respeto a la dignidad de las personas, a la legislación sobre publicidad, sobre defensa de la competencia y competencia desleal, ajustándose en cualquier caso a las normas deontológicas.

Se considerará contraria a las normas deontológicas de la Abogacía la publicidad que suponga:

Revelar directa o indirectamente hechos, datos o situaciones amparados por el Secreto profesional.

Incitar genérica o concretamente al pleito o conflicto.

Ofrecer sus servicios, por sí o mediante terceros, a víctimas de accidentes o desgracias, a sus herederos o a sus causahabientes, en el momento en que carecen de plena y serena libertad para la elección de abogado por encontrarse sufriendo dicha reciente desgracia personal o colectiva.

Prometer la obtención de resultados que no dependan exclusivamente de la actividad del Abogado.

Hacer referencia directa o indirecta a clientes del propio Abogado.

Utilizar los emblemas o símbolos colegiales y aquellos otros que por su similitud pudieran generar confusión, al reservarse su uso para la publicidad institucional que pueda realizarse en beneficio de la profesión en general.

Los Abogados que presten sus servicios en forma permanente u ocasional a empresas individuales o colectivas, deberán exigir que las mismas se abstengan de efectuar publicidad respecto de tales servicios que no se ajuste a lo establecido en este Estatuto General.

Las normas acerca de la licitud de la publicidad de los abogados son el artículo 7 y el artículo 8 del Código Deontológico de la Abogacía.

El artículo 7 manifiesta, en sus puntos 1 y 2, su voluntad de constituirse como la norma fundamental o definitoria de las obligaciones éticas y deontológicas de los abogados españoles.

Como puede observarse, el art. 7 se muestra como norma muy completa sobre el ámbito publicitario. De esta forma no deja mucho espacio normativo para las leyes generales sobre la publicidad o la competencia desleal.²¹⁶

²¹⁶Artículo 7 CD - De la publicidad

1. El abogado podrá realizar publicidad, que sea digna, leal y veraz, de sus servicios profesionales, con absoluto respeto a la dignidad de las personas, a la legislación existente sobre dichas materias, sobre defensa de la competencia y competencia desleal, ajustándose en cualquier caso a las normas deontológicas recogidas en el presente Código y las que, en su caso, dicte el Consejo Autonómico y el Colegio en cuyo ámbito territorial actúe.

2. Se entiende que vulnera el presente Código Deontológico, aquella publicidad que comporte, entre otros supuestos:

a) Revelar directa o indirectamente hechos, datos o situaciones amparados por el secreto profesional.

b) Afectar a la independencia del abogado.

c) Prometer la obtención de resultados que no dependan exclusivamente de la actividad del abogado que se publicita.

d) Hacer referencia directa o indirectamente a clientes del propio Abogado que utiliza la publicidad o a asuntos llevados por éste, o a sus éxitos o resultados.

e) Dirigirse por sí o mediante terceros a víctimas de accidentes o desgracias que carecen de plena y serena libertad para la elección de abogado por encontrarse en ese momento sufriendo una reciente desgracia personal o colectiva, o a sus herederos o causahabientes.

f) Establecer comparaciones con otros abogados o con sus actuaciones concretas o afirmaciones infundadas de autoalabanza.

g) Utilizar los emblemas o símbolos colegiales y aquellos otros que por su similitud pudieran generar confusión, ya que su uso se encuentra reservado únicamente a la publicidad institucional que, en beneficio de la profesión en general, sólo pueden realizar los Colegios, Consejos Autonómicos y el Consejo General de la Abogacía Española.

h) Incitar genérica o concretamente al pleito o conflicto.

i) Utilizar medios o expresiones, audiovisuales o escritos que supongan un descrédito, denigración y menosprecio de la Abogacía, de la Justicia y de sus símbolos.

j) No identificar al Abogado o Bufete Colectivo que ofrece sus servicios.

Aparte de las reglas sobre publicidad, el art. 8 del CD incluye una normativa sobre la competencia desleal, la cual también puede ser afectada a través de una medida publicitaria.²¹⁷

El párrafo 1 precisa que el abogado no puede proceder a la captación desleal de clientes. En el párrafo 2 siguiente nos aclara que para el abogado las leyes sobre la competencia desleal tanto estatales como autonómicas están vigentes. En las letras a)-e) declara desleales distintos actos en especial.

Aquí, cabe destacar que en el párrafo a) el CD indica, que todos los procedimientos publicitarios directos o indirectos contrarios a las disposiciones de la LGP, igual que las del mismo Código, serán actos de competencia desleal. De esta manera, tales actos que infringen las normas sobre la publicidad, tanto estatales como asociativas, siempre a la vez infringirán el artículo 8 CD. Sin embargo, el artículo 7 no contiene este tipo de “doble delito”.

k) Utilizar medios o contenidos contrarios a la dignidad de las personas, de la Abogacía o de la Justicia.

²¹⁷ *Artículo 8.- Competencia desleal*

1. El Abogado no puede proceder a la captación desleal de clientes.

2. Son actos de competencia desleal todos aquellos que contravengan las normas tanto estatales como autonómicas que tutelen la leal competencia y en especial los siguientes:

La utilización de procedimientos publicitarios directos e indirectos contrarios a las disposiciones de la Ley General de Publicidad, y a las normas específicas sobre publicidad contenidas en el presente Código Deontológico y restantes normas complementarias.

Toda práctica de captación directa o indirecta de clientes que atenten a la dignidad de las personas o a la función social de la Abogacía.

La utilización de terceros como medio para eludir las obligaciones deontológicas. Se considerará responsable al abogado o abogados favorecidos por tal publicidad en caso de incumplimiento del art. 28.3 del Estatuto General de la Abogacía Española en tanto no acrediten su total ajeneidad y su dimisión inmediata del encargo profesional al tener conocimiento de aquella.

La percepción o el pago de contraprestaciones infringiendo las normas legales sobre competencia y las establecidas en este Código Deontológico.

La contravención de los artículos 15 y 16 de este Código, y/o la prestación de servicios gratuitos que suponga la venta a pérdida en los términos establecidos en el artículo 17 de la Ley de Competencia Desleal.

También hay que señalar que el párrafo c) determina que el abogado no podrá usar terceros como medio para eludir las obligaciones deontológicas. Esta regla se refiere principalmente a la captación desleal de clientes o publicidad ilícita a través de terceros y protege de actuaciones indirectas de los abogados.

Luego, cabe destacar el párrafo e), el que remite a los artículos 15, 16 y 17 CD, los cuales contienen normas sobre el honorario de los abogados. El párrafo 16 CD sobre la cuota litis está suspendido desde el año 2002, por conflictos con el derecho europeo. Desde entonces rige la normativa europea sobre la cuota litis²¹⁸.

d) Práctica sancionadora

Para explicar la línea de práctica sancionadora, recogemos aquí las infracciones deontológicas en materia de publicidad y las sanciones que con mayor frecuencia se han impuesto.

La infracción más común del derecho deontológico ha sido la “captación” de la clientela, utilizando a terceras personas (“ganchos”). El anterior CDAE consideraba como captación desleal de clientela en el número 6.12c) “Encargar a terceras personas la obtención de clientela, tanto si su labor es retribuida como si no lo es”. En su versión actual²¹⁹, la captación queda regulada en el artículo 19 del CDAE, en el que se expresa que:

El Abogado no podrá nunca pagar, exigir ni aceptar, comisiones, ni ningún otro tipo de compensación a otro Abogado, ni a ninguna otra persona por haberle enviado un cliente o recomendado a posibles clientes futuros.

²¹⁸ Art. 1 núm. 1 CDAE: “El abogado está obligado a respetar los principios éticos de la profesión establecidos en el Estatuto General sobre la Abogacía Española aprobado por Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, en el Código Deontológico aprobado por el Consejo de Colegios de Abogados de Europa (CCBE) el 28 de noviembre de 1998, y en el presente Código Deontológico aprobado por el Consejo General de la Abogacía Española, en los que en su caso tuvieren aprobado el Consejo de Colegios de la Autonomía, y los del concreto Colegio al que esté incorporado.
2. Cuando el abogado actúe fuera del ámbito del Colegio de su residencia, dentro o fuera del Estado español, deberá respetar, además de las normas de su Colegio, las normas éticas y deontológicas vigentes en el ámbito del Colegio de acogida o en el que desarrolle una determinada actuación profesional.
3. Los Consejos de Colegios de las diferentes Autonomías y distintos Colegios habrán de remitir los Códigos Deontológicos que tuvieren establecidos a la Secretaría General del Consejo General de la Abogacía Española y ésta obtendrá de la Secretaría del CCBE los de los demás países de la Unión Europea”.

²¹⁹ CDAE, adaptado al nuevo Estatuto General de la Abogacía Española, aprobado por Real Decreto 658/2001, de 22 de junio.

Con este precepto se considera que en la captación de clientes siempre existen contraprestaciones entre el profesional y los individuos que “enganchan” a los clientes. Estos casos se han considerado falta grave por la Junta de Gobierno. Las sanciones impuestas están comprendidas entre uno y tres meses (o más) de suspensión en el ejercicio de la profesión, atendiendo a las diversas circunstancias que concurren, ya que se ha estimado que tal conducta atenta contra la dignidad del abogado y su función de defensa, divulgándola notoriamente en círculos extraños al propio sector de la abogacía.

Con respecto a la regulación de la publicidad, la versión actual del CDAE le dedica en su artículo 7 dos apartados y nueve subapartados. Pero a la vez mantiene su relación con los artículos 8, 15 y 19.

En relación con el anterior CDAE, esto significa una importante novedad. Esto por –a través de la evolución por la que se llega a tal decisión– el hecho de la supresión del control previo de la publicidad por parte del Colegio, dejando libertad, por tanto, a los profesionales para que sean ellos mismos quienes evalúen la pertinencia de tal publicidad, estableciéndose, en su caso, un control *a posteriori*. Deontológicamente podemos decir que es publicidad ilícita toda aquella publicidad que no sea “digna, leal y veraz”, que sea contraria a la dignidad de las personas o se oponga a la normativa vigente sobre la defensa de la competencia y competencia desleal, así como la que se oponga a las normas deontológicas contenidas en el CDAE o que dicte el respectivo Consejo Autonómico y el Colegio en el que se actúe.

Por ejemplo, entre lo que la Junta de Gobierno del Colegio de Abogados de Madrid ha considerado publicidad indigna, con mayor o menor gravedad, se encuentran hechos tales como repartir octavillas asegurando la consecución de resultados favorables superiores al 50% en recursos contra multas de tráfico; enviar cartas ofreciendo servicios de empresas que cuentan con su propia asesoría jurídica, perjudicando así los intereses de los profesionales empleados o sus puestos de trabajo; mezclar la publicidad de servicios jurídicos con la de productos de consumo y precios de bienes en folletos de grandes superficies; enviar cartas a empresas a las que, al mismo tiempo que

se les reclamaba, por una parte, créditos inexistentes para producir su interés, por otra parte se les ofrecían servicios de persecución a morosos, etc.²²⁰.

De igual modo, la Junta de Gobierno considera publicidad indigna si hay una empresa interpuesta, porque supone que ha actuado por cuenta del abogado que saca provecho de tal publicidad, en aplicación de los artículos 1.254 y 1.258 del CC.

3. Derecho deontológico alemán

a) Bases constitucionales

Como hemos destacado con anterioridad, la Constitución no contiene ninguna norma hacia la profesión del abogado en diferencia a la del juez, el cual está amparado por el art. 97 GG.

Aunque el abogado no esté mencionado en la Constitución, a través de los principios constitucionales indirectamente se puede concluir la necesidad de la existencia de la abogacía²²¹.

La regulación de la profesión de abogado y su actividad en la República Federal de Alemania es una competencia federal, la cual ha sido desarrollada a través de la Ley Federal de Abogados. Esta regulación está sometida a reserva de ley federal, la cual limita (tradicionalmente) la capacidad de la profesión de autorregularse y de fijar sus propios estándares de conducta.

El Tribunal Constitucional decidió en el caso “Bastille” de 14.07.1987 (BVerfGE 76, 171 ff. = NJW 1988, 191 ff.) que la Asamblea General (*Hauptversammlung*) no tuviera legitimación democrática, de concretar la cláusula general del § 43 BRAO a través de promulgar reglas deontológicas. El legislador recibió la tarea de crear un fundamento jurídico para constituir la orden profesional (*Berufsrecht*) en forma de estatutos. El legislador decidió crear un “Parlamento de los abogados” (*Anwaltsparlament*) y traspasarle la competencia de crear un “orden profesional” (*Berufsordnung*). El fundamento judicial se encuentra en los §§ 191a ff. BRAO.

²²⁰ Rosal, *Normas deontológicas de la abogacía española*, págs. 164 a 173.

²²¹ Borgmann/Haug, *Anwaltshaftung*, § 1, Rdn. 8 s., véase también Arndt, *Anmerkung zu BGH, Urteil vom 16.1.1967*, NJW, 1967, 1331; Habscheid, *Die Unabhängigkeit des Rechtsanwalts*, NJW 1962, 1985 s.

El Parlamento de los abogados, o mejor dicho la Asamblea Reglamentaria (*Satzungsversammlung*), se constituyó la primera vez el 07.09.1995 en Berlín. Se compuso de 87 miembros con derecho a voto y 29 sin derecho a voto. El 29.11.1996, la Asamblea creó el Reglamento profesional (BORA) y la normativa de los abogados especializados (*Fachanwaltsordnung*), las cuales se pusieron en vigor el 11.03.1997.

Aparte, los abogados alemanes están sujetos a una serie de obligaciones profesionales, como el deber de la independencia, la confidencialidad, evitar los conflictos de interés, etc. Los derechos y las obligaciones del abogado hacia los clientes y terceros están regulados por la Orden Federal de la Abogacía (BORA)²²².

b) Reglamento Profesional de los abogados/Berufsordnung der Rechtsanwälte (BORA)

La BORA tiene tres partes:

La primera trata sobre la libertad de la profesión; la segunda sobre las obligaciones profesionales: básicos, en relación a la publicidad, con el ejercicio y cese de un mandato, hacia tribunales y administraciones, en relación a los honorarios, con los colegios y colaboración. La tercera parte contiene las disposiciones finales. Aquí cabe destacar que en el caso de una situación transfronteriza, según § 29.1 BORA, es aplicable el CBE y no el BORA²²³.

En la segunda parte, segundo apartado § 6²²⁴, nos encontramos con disposiciones sobre la publicidad²²⁵ y la comunicación externa en general. Como vemos arriba, la BORA establece que el

²²² <http://bundesrecht.juris.de/brao/index.html>.

²²³ § 29 BORA: „(1) Bei grenzüberschreitender Tätigkeit im Sinne von Nr. 1.5 der Berufsregeln der Rechtsanwälte der Europäischen Gemeinschaft (CCBE) in der der Fassung vom 28. November 1998 (Anlage zu dieser Berufsordnung) gelten anstelle dieser Berufsordnung jene Berufsregeln, soweit nicht europäisches Gemeinschaftsrecht oder deutsche Verfassungs-, Gesetzes. Oder Verordnungsrecht Vorrang haben. 2. Sind die Berufsregeln der Rechtsanwälte der Europäischen Gemeinschaft anzuwenden, dann hat der Rechtsanwalt den ausländischen Rechtsanwalt unverzüglich auf den Vorrang des europäischen Gemeinschaftsrechts hinzuweisen; dies kommt insbesondere bei der Anwendung von Nr. 5.3 jener Berufsregeln in Betracht. Sonstige grenzüberschreitende anwaltliche Tätigkeit unterliegt dieser Berufsordnung.“

²²⁴ § 6 *Publicidad*

El abogado puede informar sobre su servicio y su persona, si las informaciones son objetivas y si se refieren a la profesión.

No es lícita la denominación de cifras sobre el éxito o de negocio. Se podrá aludir a mandatos o clientes solamente en folletos, cartas circulares y medios de información comparables, si el cliente da su consentimiento previo.

abogado puede hacer publicidad con la restricción de que las informaciones tienen que ser objetivas y referirse a la profesión. Con la determinación de la objetividad es ilícita, por ejemplo, una publicidad que promete un éxito en la defensa de los derechos del cliente o valoraciones que no se pueden probar. La publicidad también siempre tiene que estar relacionada con la profesión. Una publicidad que da, por ejemplo, solamente la información de que el despacho es el líder en el mercado no estaría permitida. Por eso, el segundo párrafo determina que no es lícito dar cifras de negocio o de éxito. Indicar clientes, por otro lado, está permitido, si éstos están de acuerdo con la medida. Según el tercer párrafo el abogado no podrá encargar a terceras personas hacer publicidad prohibida para él.

Aparte de la expuesta regulación asociativa, existe la normativa estatal acerca de la publicidad de los abogados, el § 43b de la Orden federal de la Abogacía²²⁶ (BRAO). Esta normativa todavía es menos detallada que la regulación de naturaleza deontológica. Con la introducción del § 43b (fecha de introducción 02.09.1994), se ha quedado obsoleta la aplicación de la cláusula general del 43 BRAO²²⁷ para la apreciación de la licitud de las medidas publicitarias de abogados²²⁸.

El párr. 7 de la BORA regula la denominación de campos profesionales del abogado.

Los arts. 8, 9 y 10 estipulan que los datos acerca del bufete se pueden indicar en los pliegos.

El abogado no podrá colaborar en que terceros hagan publicidad para él, la cual está prohibida para el mismo abogado.

²²⁵ § 6 Werbung: (1) Der Rechtsanwalt darf über seine Dienstleistung und seine Person informieren, soweit die Angaben sachlich unterrichten und berufsbezogen sind. (2) Die Angabe von Erfolgs- und Umsatzzahlen ist unzulässig. Hinweise auf Mandanten sind nur in Praxisbroschüren, Rundschreiben und anderen vergleichbaren Informationsmitteln oder auf Anfrage zulässig, soweit der Mandant ausdrücklich eingewilligt hat. (3) Der Rechtsanwalt darf nicht daran mitwirken, dass Dritte für ihn Werbung betreiben, die ihm selbst verboten ist.

²²⁶ Bundesrechtsanwaltsordnung.

²²⁷ § 43 BRAO- Allgemeine Berufspflicht: „Der Rechtsanwalt hat seinen Beruf gewissenhaft auszuüben. Er hat sich innerhalb und außerhalb des Berufes der Achtung und des Vertrauens, welche die Stellung des Rechtsanwalts erfordert, würdig zu erweisen.“ Traducción del autor: “El abogado tiene que desempeñar su profesión de manera minuciosa. Él tendrá que probar, en respecto a la confianza y el respeto que requiere la posición, que es lo suficientemente digno –dentro y fuera del ámbito profesional– para ser abogado”.

²²⁸ Hartung en Beck'sches Rechtsanwalts-Handbuch, H.2. Rn 6.

El primero de marzo de 2011 entró en vigor una modificación²²⁹ de los §§ 8 y 9 BORA con relevancia publicitaria. Desde entonces está permitido para los abogados alemanes advertir sobre cada colaboración lícita con otras profesiones que no son aptas para poder entrar en la asociación/bufete de los abogados. Con el nuevo reglamento también es posible usar abreviaturas.

Con estos cambios la asamblea del Colegio de Abogados Federal responsable del Reglamento Profesional (*Satzungsversammlung der Bundesrechtsanwaltskammer*) ha liberalizado otra vez las limitaciones publicitarias de los abogados en continuando con la tendencia liberalizadora de los últimos años.

Colaboración:

La advertencia sobre la colaboración con personas no aptas para asociarse con abogados era anteriormente sólo lícita en los casos en que se realizó una cooperación destinada a una larga duración que se perpetuó en una cooperación real. Con la mencionada liberalización, ahora es lícito, por ejemplo, que un abogado especializado en derecho de construcción advierta de una colaboración con un arquitecto orientada a un proyecto en común. La única limitación es que no debe producir la impresión de una práctica profesional comunitaria. La cooperación comunitaria queda reservada a los asesores fiscales o auditores. En los encabezados de los despachos se puede evitar la impresión de una práctica profesional comunitaria ilícita con la adición de la palabra “Cooperación”.

Abreviaturas:

En su colaboración los abogados y personas no aptas para asociarse ahora también pueden usar abreviaturas de sus títulos profesionales. La limitación del § 9 BORA que prohibía el uso de abreviaciones para personas no aptas para asociarse ha sido derogada con esta última reforma. La única regla en este contexto es que se tienen que usar los títulos de forma unitaria.

²²⁹ Último cambio del Reglamento Profesional de Abogados (BRAO): Beschluss der Satzungsversammlung vom 15. Juni 2009, BRAK-Mitt. 2010, 253 f.

Exigencias para la denominación de subáreas de la actividad:

Como consecuencias del cambio de los §§ 8 y 9 BORA²³⁰, también se ha adaptado la regulación del § 7 BORA. El § 7 BORA regula la denominación de subáreas de la profesionalidad y afecta a dos preguntas que se están actualmente discutiendo: La denominación de profesiones calificadas (como lo es por ejemplo en Alemania el albacea certificado) o respectivamente la denominación de “campos especiales de actividad profesional”²³¹, como por ejemplo “bufete de expertos en...”, o “bufete especializado en...”²³². Las exigencias estipuladas en el § 7 BORA para la denominación de subáreas ahora también se extienden a personas no aptas para la asociación.

El derecho deontológico de los abogados alemanes no es una normativa profesional completa. En diferencia al Código Deontológico español, la normativa deontológica es incompleta. Por lo tanto, siempre hay que verla en conjunto con la normativa estatal sobre la profesión, la BRAO.

c) Reglamento federal de los abogados/Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO)

Los artículos 1-3 BRAO contienen una definición legal de la profesión de abogado²³³. Según esta normativa, el abogado es un órgano jurisdiccional independiente (§ 1), asesor y representante de sus clientes en toda materia jurídica.

La BRAO tiene trece partes. La primera (§§ 1-3) trata sobre el rol del abogado en el sistema judicial y la profesión en general. Allí se determina, por ejemplo, que la profesión del abogado es una profesión libre y no un negocio (§ 2). En la tercera parte, nos encontramos con la norma central en referencia a la publicidad jurídica, la cual es el artículo § 43.

El § 43 BRAO manifiesta, de modo general, que la publicidad solamente será lícita si informa sobre su actividad profesional de forma objetiva y si no está dirigida hacia la adquisición de un mandato concreto:

²³⁰ § 8 BORA (versión actual): Auf eine Verbindung zur gemeinschaftlichen Berufsausübung darf nur hingewiesen werden, wenn sie in Sozietät oder in sonstiger Weise mit den in § 59a BRAO genannten Berufsträgern erfolgt. Die Kundgabe jeder anderen Form der beruflichen Zusammenarbeit ist zulässig, sofern nicht der Eindruck einer gemeinschaftlichen Berufsausübung erweckt wird.

§ 9 BORA (versión actual): Eine Kurzbezeichnung muss einheitlich geführt werden.

²³¹ Schwerpunktbezeichnung.

²³² „Expertenkanzlei“, „Spezialkanzlei“.

²³³ Henssler/Prütting/Koch, BRAO, Vorbemerkung § 1 parr. 4.

§ 42 BRAO

La publicidad sólo esta permitida al abogado, si informa de manera objetiva sobre la forma y el contenido y si no está dirigida hacia la adquisición de un mandato concreto(Traducción propia del autor)²³⁴.

Esta regla sobre la licitud de la publicidad de los abogados es bastante general y, por lo tanto, objeto de interpretación de los tribunales.

Según el § 49b BRAO está prohibido generalmente el pacto de cuota litis. A la vez, el artículo determina que en excepciones puede ser lícito. Las condiciones para la licitud de un pacto de cuota litis están reguladas en la Ley sobre la remuneración de los abogados (*Rechtsanwaltsvergütungsgesetz*; RVG).

Por lo tanto, podemos concluir que:

La publicidad de abogados es generalmente lícita, respetando los límites de los §§ 43 b BRAO, 6-10 BORA.

La publicidad debe ser verdadera en relación al contenido y la forma, tanto como objetiva y tiene que referirse en forma y contenido a la profesión. Esto también está en vigencia en folletos, circulares y medios de información comparables. Tiene que estar de acuerdo con la normativa contra la competencia desleal (UWG) y el § 6-10 BORA.

La medida publicitaria no debe estar enfocada a la adquisición de un concreto mandato o cliente, por consiguiente, no se podrá dirigir a la adquisición de un mandato específico (§ 43 b BRAO).

Si la publicidad está prohibida para el abogado, éste no podrá permitir que terceros lo hagan a su favor (§ 6.3 BORA).Las referencias a clientes o mandatos solamente son lícitas con el consentimiento explícito del cliente y además sólo sobre pedido o en folletos, circulares o medios comparables. La indicación de cifras de negocio siempre es ilícita (§ 6 III BORA).Debido a que la publicidad está prohibida al mismo abogado éste no debe colaborar o fomentar que terceros hagan

²³⁴ § 43 BRAO: „Werbung ist dem Rechtsanwalt nur erlaubt, soweit sie über die berufliche Tätigkeit in Form und Inhalt sachlich unterrichtet und nicht auf die Erteilung eines Auftrags im Einzelfall gerichtet ist.“

publicidad para él (§ 6 Abs. IV BORA). Si el abogado quiere advertir de manera especial sobre campos especiales de su actividad profesional, lo tiene que denominar como prioridad de su actividad o punto de interés. La mera indicación de una prioridad en sí no es lícito (§ 7.1 BORA). En total no es lícita la denominación de más de cinco puntos y que 3 de ellos sean puntos de actividad principal. La denominación de un punto de interés requiere que el abogado haya trabajado por lo menos dos años en este campo (§ 7 Abs. 1 u. 2 BORA). La referencia a clientes o mandatos solamente es lícita en folletos o circulares o medios de información comparables, si los clientes se ponen de acuerdo de manera explícita. La indicación de cifras de negocio siempre será ilícita (§ 6.2 BORA). Los puntos esenciales de interés y de actividad del abogado solamente deben ser adjudicados a distintos abogados, no a la cancillería en sí. La concentración de campos de actividad preferente solamente es lícita si se trata de materias de derecho relacionadas y si es habitual. Rige el principio que miembros de una sociedad con varias filiales deben aclarar dónde está admitido cada uno de los abogados y bajo qué dirección. Si el bufete tiene varias filiales, es necesario indicar para cada abogado citado su dirección postal. Si se trata de un acto transfronterizo, no es aplicable el derecho deontológico alemán, sino el Código Deontológico Europeo según el artículo 29.1 BORA. Está prohibido el pacto de cuota litis en general, pero en excepciones será lícito según las condiciones de la ley sobre la remuneración de los abogados (RVG).

4. Rechtsanwaltsvergütungsgesetz (RVG) [Ley sobre los honorarios de los abogados] y Rechtsdienstleistungsgesetz (RDG) [La ley sobre la prestación de servicios legales]

El Tribunal Constitucional decidió en el año 2006²³⁵ que la prohibición total de la cuota litis que se fundamentaba en las Leyes Profesionales (§49b párr. 2 pág. 1 BRAO antigua versión), infringía la libertad de la profesión (art. 12 párr. 1 GG). La injerencia en la libertad de la profesión sería solamente lícita a base de Ley que, por sí misma se justificase en razones del bienestar general. El TC decidió que la prohibición de la cuota litis no cumplía con estos requisitos y, por lo tanto, era ilícita. El TC encargó al legislador el cambio de la normativa hasta el 30.06.2008. A través de la ley sobre la prestación de servicios legales que entró en vigor el 12 de diciembre del 2007, se introdujo una nueva regulación sobre la cuota litis. Según el RVG (Ley de Remuneración de los Abogados) el pacto de cuota litis es lícito pero siempre bajo la condición de que el

²³⁵BVerfG 12.12.06, 1 BvR 2576/04, AnwBl. 07, 297.

cliente sin el pacto de cuota litis no podría reclamar sus derechos ante un juzgado (por los costes). Otra condición es, que la remuneración del pacto de cuota litis en caso de éxito delante del juzgado tiene que ser más alta que los honorarios que le correspondiesen al abogado por ley si en el caso de la pérdida de pleito se hubiese pactado un honorario más bajo que el honorario correspondiente por ley.

El 01.08.2008 entró en vigor la nueva ley sobre la prestación de servicios legales (Rechtsdienstleistungsgesetz), que sustituyó a la Ley de Asesoramiento Legal (Rechtsberatungsgesetz). Con esta reforma se introdujo una normativa completamente nueva sobre el permiso/licencia para la prestación de servicios legales o de asesoramiento legal. Un objetivo de esta nueva ley fue el aumento del círculo de personas con permiso de consulta legal, amparando a su vez los ciudadanos y el orden judicial de un asesoramiento poco cualificado. Antes, con la antigua normativa, solamente los abogados tenían el permiso para prestar servicios legales o de asesoramiento en cuestiones jurídicas. Aún así, generalmente se ha mantenido el monopolio de asesoramiento legal del abogado. Solamente en conjunto con otras actividades, se ha abierto la posibilidad de consulta legal a través de otros profesionales en un campo específico. Esto sucede en el caso de los arquitectos. Estos pueden, en la actualidad, asesorar a sus clientes también en cuestiones relacionadas con el derecho de construcción. Igualmente ahora el asesor/consultor empresarial puede informar a sus clientes por ejemplo en el campo del derecho concursal. Sin embargo, los profesionales (como los arquitectos, consultores etc.) solamente pueden asesorar en asuntos relacionados con su campo de actividad profesional. Por ejemplo: El arquitecto no tiene permiso de asesorar a su cliente sobre un accidente de tráfico.

Aparte de distintos profesionales, el asesoramiento gratuito siempre es lícito entre familiares o amigos. Fuera de este ámbito, únicamente es lícito informar gratuitamente, si el asesor por lo menos tiene la cualificación de abogado/juez o si tiene el permiso asesorar según esta ley, como por ejemplo los arquitectos en cuestiones de derecho de construcción.

Las agencias públicas también tienen el permiso de asesorar (gratuitamente o pagando) sobre asuntos legales en relación con su labor.

Según el RDG actual, el asesoramiento jurídico está permitido también a las personas registradas que no sean abogados. Solamente hay tres casos para los cuales se puede obtener el permiso: 1. Para servicios de cobranza, 2. asesoramiento en relación a las pensiones de jubilación, 3. servicios jurídicos en relación con una orden judicial extranjera.

En estos casos es posible, que el interesado obtenga una licencia para poder asesorar. El requisito es, que la persona sea apta, esté acreditada, la verificación del conocimiento de causa y la posesión de un seguro de responsabilidad civil profesional.

5. Conclusiones

Finalmente, podemos concluir que los Códigos Deontológicos de España y Alemania no se parecen mucho. En relación a la publicidad de los abogados, podemos resumir que el CD es una normativa mucho más completa y más detallada. El CD hasta incluye una normativa especial sobre la competencia desleal de los abogados con referencias a la publicidad. La regla asociativa alemana (BORA), al contrario, no contiene una normativa acerca de la competencia desleal para abogados.

Ambas normativas tienen un fundamento estatal sólido. El Código Deontológico se basa en el Estatuto General de la Abogacía (véase arriba) y el *Berufsordnung*, el cual se basa en los § 59 b párrafo 2 y §§ 191 y siguiente BRAO. Llama la atención que ambas normativas parten de la misma base, es decir, una ley concede el derecho a las asociaciones de los abogados de crear sus propias reglas deontológicas. La Abogacía alemana decidió aplicar como cláusula general el § 43 siguiente BRAO de la normativa estatal y solamente completar la regulación con la BORA. La Abogacía española decidió crear un reglamento propio extenso, teniendo en cuenta las disposiciones obligatorias estatales.

Sin embargo, destacan distintos detalles, en especial el artículo 8 c) CD, cuyo contenido normativo es muy similar al § 6 (3) BORA. Ambas normas prohíben que el abogado haga uso de terceros como medio para eludir las obligaciones deontológicas. El artículo 8 CD de hecho no se limita a la publicidad como el § 6 BORA, sino a la competencia desleal profesional. Por lo tanto, el contenido normativo del artículo 8 c) CD es bastante más extenso que § 6 BORA.

En la normativa aplicada por los Tribunales Profesionales, en el caso alemán, por lo tanto, la norma central es la cláusula general del derecho profesional estatal (§ 43 BRAO). También en relación a la publicidad de abogados, la norma central alemana será el § 43a BRAO, complementada por § 6 BORA. En el caso español, las normas centrales acerca de la publicidad jurídica son los artículos 7 y 8 CD.

Además destaca otra diferencia notable:

En Alemania es aplicable el Código Deontológico Europeo, si se trata de un acto transfronterizo (véase el artículo 29 BORA). Aparte, la mayoría de la normativa asociativa está de acuerdo con las disposiciones europeas del CCBE²³⁶. España sin embargo, ha ido todavía un paso más adelante. El CGAE introdujo con el CDAE del 27 de septiembre de 2002 las reglas del CCBE por completo en su normativa²³⁷. Por lo tanto, para los abogados españoles también es aplicable, en asuntos no transfronterizos, el CCBE²³⁸. Donde más destaca esta aceptación completa de la normativa europea es en el artículo 16 CD, el cual se suspendió en 2002, con la consecuencia de que ahora rige la regla europea sobre la cuota litis. Según el artículo 3.3 CCBE, esta forma de acuerdo, donde el honorario depende de éxito del proceso, es ilícita²³⁹.

Sin embargo, en Alemania el pacto de cuota litis puede ser lícito si cumple las condiciones del RVG.

²³⁶Véase: Müller, *Spanisches Anwaltshaftungsrecht*, pág. 33, Lörcher en: (N3) *Europäisches und internationale Anwaltsrecht*, in Buechting, *Rechtsanwaltshandbuch*, 2011, párr. 48 y s.

²³⁷ El preámbulo del CDAE, párr. 9, frase 2 dice: “Ahora, el Consejo General de la Abogacía Española, asumiendo íntegramente el Código Deontológico Europeo, establece las normas mínimas de actuación de cualquier Abogado en el ámbito territorial del Estado Español para garantizar la buena ejecución de su indispensable función a toda la sociedad española”.

²³⁸ Art.1 CDAE: “1. El abogado está obligado a respetar los principios éticos y deontológicos de la profesión establecidos en el Estatuto General de la Abogacía Española, aprobado por Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, en el Código Deontológico aprobado por el Consejo de Colegios de Abogados de Europa (CCBE) el 28 de noviembre de 1998, y en el presente Código Deontológico aprobado por el Consejo General de la Abogacía Española, y los que en su caso tuvieren aprobados el Consejo de Colegios de la Autonomía, y los del concreto Colegio al que esté incorporado.

2. Cuando el abogado actúe fuera del ámbito del Colegio de su residencia, dentro y fuera del Estado español, deberá respetar, además de las normas de su Colegio, las normas éticas y deontológicas vigentes en el ámbito del Colegio de acogida o en el que desarrolle una determinada actuación profesional.

3. Los Consejos de Colegios de las diferentes Autonomías y los distintos Colegios habrán de remitir los Códigos Deontológicos que tuvieren establecidos a la Secretaría General del Consejo General de la Abogacía Española y ésta obtendrá de la Secretaría del CCBE los de los demás países de la Unión Europea”.

²³⁹ Esto resulta por supuesto ya de por sí del art. 44.3 EGAE, pero los detalles, en especial los tipos de acuerdos no prohibidos, se rigen por el CCBE. (En Alemania el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional la prohibición del pacto de cuota litis el 12.12.2006 – 1 BvR 2576/041.)

X. Delimitaciones del derecho de publicidad jurídica por las normas de competencia desleal y su relación con el Derecho Deontológico

Aparte de leyes profesionales, se encuentran limitaciones sobre la publicidad en las leyes contra la competencia desleal.

El derecho de competencia desleal se definió la primera vez en el acuerdo de la convención de París sobre la protección de propiedad industrial del 20 del marzo de 1883. Esta convención ha sido firmada por la mayoría de los países mundiales²⁴⁰. Su contenido está considerado como el consenso básico²⁴¹.

El artículo 10bis dice literalmente:

- 1) Los países de la Unión están obligados a asegurar una protección eficaz contra la competencia desleal.
- 2) Constituye acto de competencia desleal todo acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial.
- 3) En particular deberán prohibirse:
 - (1) cualquier acto capaz de crear una confusión, por cualquier medio que sea, respecto del establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor;
 - (2) las aseveraciones falsas, en el ejercicio del comercio, capaces de desacreditar el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor;
 - (3) las indicaciones o aseveraciones cuyo empleo, en el ejercicio del comercio, pudiera inducir al público a error sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos.

La base de la literatura del derecho de competencia desleal ha sido un dictamen publicado en 1965 de Eugen Ulmer: “El derecho de la competencia desleal en los Estados miembros de la UE”²⁴². Históricamente las leyes de la competencia se desarrollaron por derecho penal general²⁴³.

²⁴⁰Henning-Bodewig, *Zwischenbilanz*, 389; por el momento tiene 164 miembros.

²⁴¹ Henning-Bodewig, *Zwischenbilanz*, 389.

²⁴²Ulmer Eugen (Hrsg.), *Das Recht des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft*, München, 1965.

El concepto de la competencia desleal (*concurrance déloyale*) surgió a mediados del siglo XIX en Francia y se ha extendido por todo el mundo. En su derecho penal tradicional, el Derecho de Competencia tiene por objetivo la protección de las empresas activas en el mercado²⁴⁴ y, por lo tanto, los intereses individuales o en concreto el derecho del competidor y el desarrollo de su personalidad económica²⁴⁵. Lo que falta en el acto de la competencia desleal es la consideración sobre la protección del consumidor²⁴⁶.

VII. Directivas europeas sobre las prácticas desleales

1. La Directiva 2005/29/CEE sobre las prácticas desleales²⁴⁷

a) Historia de la Directiva

A mediados del año 2003, la Comisión presentó una Propuesta Directiva sobre las prácticas comerciales desleales²⁴⁸. Esta propuesta se basaba en la orientación que inspiró el Libro Verde “sobre la protección de los consumidores en la Unión Europea”²⁴⁹. En éste se hacía expresamente referencia a la necesidad de reformar la legislación comunitaria, relativa a la protección de los consumidores, a fin de suprimir las barreras al suministro transfronterizo de bienes y servicios²⁵⁰. En dicho Libro Verde se sugería también una directiva-marco, que estableciera un régimen general en relación con las prácticas comerciales desleales, podía constituir la base para la reforma en cuestión.

²⁴³ Alemania: Emmerich, UWG, 9 – 14.

Kreuzer, MünchKomm, art. 38 N 231 ss.; Reimer, Nr. 1 ff; *Österreich*: Briem, 5ss.

²⁴⁴ Schricker/Henning-Bodewig, 1367.

²⁴⁵ En este sentido: Köhler en Hefermehl/Köhler/Bornkamm, 17 (§ 5, I.), 18 (§ 5 III.).

²⁴⁶ Hefermehl en Hefermehl/Köhler/Bornkamm, Einl UWG núm. 44 ss.

²⁴⁷ 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 la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) n.º 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo («Directiva sobre las prácticas comerciales desleales»).

²⁴⁸ Documento COM (2003) 356 final, de 18 de junio de 2003, que puede consultarse en la siguiente página de Internet: http://Europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/directive_prop_es.pdf.

²⁴⁹ Documento COM (2001) 531 final de 2 de octubre de 2001.

²⁵⁰ Véase el punto 1 de la “Exposición de motivos” de la *Propuesta de la Comisión*.

La “Comunicación de seguimiento del Libro Verde sobre la protección de los consumidores en la Unión Europea”²⁵¹ confirmó la pertinencia de ese proyecto. Además, el Consejo, en una Resolución del 2 de diciembre de 2002 sobre la estrategia política en relación a los consumidores de la Comisión (2002-2006), solicitó a ésta que persiguiera ese objetivo²⁵².

La finalidad de la *Propuesta de la Comisión* era «armonizar plenamente los requisitos de la UE relativos a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores...»²⁵³, a fin de alcanzar un alto nivel *común* de protección de los consumidores, objetivo que la Comisión se comprometió a perseguir en su comunicado al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre la “Estrategia en materia de política de los consumidores 2002-2006”²⁵⁴.

Cabe de destacar que, sin embargo, como ha señalado la doctrina, la *Propuesta de la Comisión* ha perdido muchas de sus originarias ideas reformadoras por la gestación tan difícil en el Parlamento Europeo y el Consejo. El 11 de mayo del año 2005 finalmente fue aprobada la Directiva 2005/29/UE relativa a las prácticas comerciales de las empresas en sus relaciones con los consumidores²⁵⁵ por el Parlamento Europeo y el Consejo²⁵⁶.

En este estudio no nos dedicaremos al examen de las divergencias existentes entre la *Propuesta de la Comisión* y el texto final, adoptado por el legislador comunitario, sino que investigaremos sólo los efectos de la versión finalmente adoptada.

La Directiva 2005/29/CE entró en vigor el 12 de junio de 2005²⁵⁷ y correspondía a los Estados miembros adoptar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar

²⁵¹ Documento COM (2002) 289 final de 11 de junio de 2002.

²⁵² Véase el punto 4 de la “Exposición de motivos” de la *Propuesta de la Comisión*.

²⁵³ Véase el punto 30 de la “Exposición de motivos” de la *Propuesta de la Comisión*.

²⁵⁴ Documento COM (2002) 208 finales de 7 de mayo de 2002.

²⁵⁵ El título *completo* es: Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) n.º 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo (DO n.º. L 149 de 11 de junio de 2005, pág. 22).

²⁵⁶ Publicada el 11 de junio de 2005 en el Diario Oficial de la Unión Europea.

²⁵⁷ Según el art. 20 de la Directiva 1005/29.

cumplimiento a lo establecido en la misma a más tardar el 12 de junio de 2007²⁵⁸, teniendo en cuenta que dichas disposiciones deberían estar aplicadas antes del 12 de diciembre de ese mismo año. Aunque el plazo de transformación al derecho nacional se ha cumplido el 12 de junio de 2007, el legislador europeo ha dejado un “tiempo de gracia” de 6 años para la transformación de distintos reglamentos más estrictos (art. 3, párrafo 5).

b) La relación de la Directiva con el derecho nacional y comunitario

La finalidad de la Directiva 2005/29 CE es la armonización total de los reglamentos sobre el derecho de competencia desleal en el derecho comunitario. Su enfoque es, por lo tanto, más amplio que el de los existentes ordenamientos en el derecho comunitario europeo, los cuales se refieren siempre a distintas prácticas, productos o medios de comunicación²⁵⁹. El considerado de la Directiva subraya que el mayor beneficio de esta directiva es que constituye un marco uniforme y vinculante para todas las prácticas comerciales, para que, de esa manera, contribuyera a una seguridad legal y un nivel alto de protección del consumidor.

Considerando el marco legal del derecho de competencia podemos constatar, que la Directiva no lo ha conseguido, gracias a que su campo de aplicación está limitado en varios aspectos: El art. 1 regula solamente las prácticas comerciales, que perjudican los intereses del consumidor. Mejor dicho: El artículo 1 sólo será aplicable (como declara expresamente el artículo 3) “a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores”. De esto resulta la primera consecuencia: Todas las reglas para la protección de competencia persistirán.

El campo de aplicación además queda limitado por el artículo 3, párrafo 4 de la Directiva.

Según este artículo, “en caso de conflicto entre las disposiciones de la presente Directiva y otras normas comunitarias que regulen aspectos concretos de las prácticas comerciales desleales, estas últimas prevalecerán y serán aplicables a esos aspectos concretos”. La Directiva, por lo tanto, no

²⁵⁸ Véase el artículo 19 de la Directiva 2005/29/CE.

²⁵⁹ Ejemplos: práctica = 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; productos = Directiva 98/43/CE sobre publicidad y patrocinio de los productos del tabaco; medios = Directiva del Consejo de 3 de octubre de 1989 sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva (89/552/CEE).

crea en relación al consumidor un marco uniforme, sino que vale solamente subsidiaria para prácticas que no estén abarcadas por otros reglamentos. Pero de este tipo de reglamentos existe una gran variedad, como, por ejemplo, prácticas desleales en el campo de la televisión, Internet, etc. Añadimos que por el artículo 3, párrafo 2, 3 está excluido el Derecho Contractual y en los aspectos de salud, la seguridad de los productos se reduce su campo de aplicación considerablemente.

c) Contenido jurídico

La base de la Directiva 2005/29/CE es el artículo 95 CE, el cual en su artículo 1 indica que dicha normativa comunitaria «... tiene por objeto contribuir al buen funcionamiento del mercado interior y alcanzar un elevado nivel de protección de los consumidores mediante la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre las prácticas comerciales desleales que perjudican a los intereses económicos de los consumidores».

El artículo 3.4 prevé expresamente que «en caso de conflicto entre las disposiciones de la presente Directiva y otras normas comunitarias que regulen aspectos concretos de las prácticas comerciales desleales, estas últimas prevalecerán y serán aplicables a esos aspectos concretos».

Merece destacar que el legislador comunitario ha limitado significativamente el objetivo fundamental previsto en la *Propuesta de la Comisión* relativo a lograr una unificación total, puesto que, en el artículo 3.5 de la versión final de la Directiva, se dispone que:

Durante un período de seis años a partir del 12 de junio de 2007, los dominios miembros podrán seguir aplicando, dentro del ámbito objeto de la aproximación que realiza la Directiva, disposiciones nacionales más exigentes o más restrictivas que las que ésta contiene y que tengan por objeto, la aplicación de las Directivas que contienen cláusulas mínimas de armonización²⁶⁰.

²⁶⁰ El apartado titulado precisamente “Excepción temporal” del epígrafe n.º. 3 de su Comunicación relativa a la Posición común adoptada por el Consejo, la Comisión declaró, en relación con la *nueva Directiva*, «... excepción temporal a las legislaciones nacionales basada en las cláusulas mínimas de las Directivas existentes [que] incluye una cláusula que establece una revisión de la aplicación de la Directiva transcurridos cuatro años...», que estaba «... dispuesta a aceptar esta excepción, siempre que sea limitada y temporal. La Directiva 2005/29/CEE establece otra exigencia adicional: «Los Estados miembros notificarán sin demora a la Comisión cualesquiera disposiciones nacionales que apliquen al amparo de lo dispuesto en el [artículo 3.5]; véase el artículo 3.6 de la Directiva 2005/29/CE.

En el artículo 2 de la Directiva, se define al *consumidor* como «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». Esta definición se encuentra en diversas normativas comunitarias relativas a la protección de los consumidores²⁶¹.

En este sentido se deduce que el concepto *consumidor* al que se refieren tiene ciertas características comunes que podrían resumirse en el sentido de que comprende toda persona física, *no profesional*, que adquiere bienes o servicios para su uso o consumo final, con objeto de satisfacer necesidades personales o familiares²⁶². Cabe destacar que la mencionada Propuesta de la Comisión sobre la Directiva contenía otra definición del consumidor: la del consumidor medio. Sin embargo, ésta no se encuentra en la versión final de la Directiva, pero hace referencia a esa noción en los artículos 5, 6, 7 y 8²⁶³.

Merece señalar que la Directiva 2005/29/CE menciona explícitamente la protección de los consumidores vulnerables en su artículo 5.3 y el considerado n.º 19, a fin de consolidar la articulación entre la protección de dichos consumidores y los que puedan considerarse incluidos en la noción de consumidor medio.

El artículo 2(b) de la Directiva 2005/29/CE define *comerciante* como «cualquier persona física o jurídica que, en las prácticas comerciales contempladas por la presente Directiva, actúe con un propósito relacionado con su actividad económica, negocio, oficio o profesión, así como cualquiera que actúe en nombre del comerciante o por cuenta de éste».

El artículo 5 de la Directiva 2005/29/CE, en virtud del cual «se prohibirán las prácticas comerciales desleales», puede considerarse la disposición central de esta normativa comunitaria.

²⁶¹ Por ejemplo: Directiva 85/577/CEE, Directiva 87/102/CEE, Directiva 93/13/CEE, Directiva 97/7/CE...

²⁶² González Vaqué, “La noción de *consumidor medio* según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, págs. 50-54; y Mattera, *El Mercado Único Europeo: sus reglas, su funcionamiento*, pág. 763.

²⁶³ Aparte de eso, la Comisión Europea - en su Comunicación relativa a la Posición común adoptada por el Consejo se refirió a esta *desaparición*, aunque se felicitó de que se mantuviera «... la referencia de consumidor medio propuesta por la Comisión y apoyada por el Parlamento como la referencia *por defecto* con respecto a la cual debe evaluarse el impacto de las prácticas comerciales potencialmentedesleales».

En concreto, prevé que:

Una práctica comercial será desleal si:

- a) es contraria a los requisitos de la diligencia profesional, y
- b) distorsiona o puede distorsionar de manera sustancial, con respecto al producto del 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.

Esta definición de práctica desleal constituye una especie de disposición escoba o *safety net clause*²⁶⁴ y, si se complementa con lo previsto en el artículo 5.4, nos permite concluir que la Directiva 2005/29/CE distingue tres categorías de prácticas comerciales prohibidas:

- las prácticas prohibidas en virtud de la aplicación de la prohibición general; -las prácticas engañosas o agresivas y
- las prácticas enumeradas en el anexo de la propia Directiva, que se consideran desleales en cualquier caso.

La Directiva 2005/29 CE además contiene un reglamento relativo a la práctica engañosa. Según lo dispuesto en el artículo 6.1, se considerará engañosa toda práctica comercial que contenga información falsa o que, en la forma que sea, incluida su presentación general, induzca o pueda inducir a error al consumidor medio sobre determinados elementos (naturaleza, características principales, precio del producto en cuestión, etc.), y que en cualquiera de esos dos casos le haga o pueda hacerle tomar una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado.

Además, se considerará también engañosa toda práctica comercial que, en su contexto fáctico y teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias, haga o pueda hacer que el consumidor medio tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado, y que suponga:

- a) cualquier operación de comercialización de un producto, incluida la publicidad comparativa, que cree confusión con cualesquiera productos, marcas registradas, nombres comerciales u otras marcas distintivas de un competidor;

²⁶⁴Stuyck, Terry y Van Dyck, La proposition de directive pratiques commerciales déloyales, págs. 275-276.

b) el incumplimiento por parte del comerciante de compromisos incluidos en códigos de conducta que se haya comprometido a respetar, siempre y cuando:

- i) el compromiso no remita a una aspiración u objetivo sino que sea firme y pueda ser verificado, y
- ii) el comerciante indique en una práctica comercial que está vinculado al código.

Igualmente, nos encontraremos ante una práctica comercial engañosa, cuando se omita una información sustancial que sea necesaria para que el consumidor medio pueda tomar una decisión con el debido conocimiento de causa en las condiciones previstas en el artículo 7 de la Directiva objeto de nuestro estudio.

Cabe destacar que, en los casos en que haya una invitación a comprar²⁶⁵, según lo dispuesto en el artículo 7.4 de dicha normativa comunitaria, se considerará sustancial la siguiente información:

- a) las características principales del producto, en la medida adecuada al medio utilizado y al producto;
- b) la dirección geográfica y la identidad del comerciante, tal como su nombre comercial y, en su caso, la dirección geográfica y la identidad del comerciante por cuya cuenta actúa;
- c) el precio, incluidos los impuestos o, en caso de que éste no pueda calcularse razonablemente de antemano por la naturaleza del producto, la forma en que se determina el precio, así como, cuando proceda, todos los gastos adicionales de transporte, entrega o postales o, cuando tales gastos no puedan ser calculados razonablemente de antemano, el hecho de que pueden existir dichos gastos adicionales;
- d) los procedimientos de pago, entrega y funcionamiento, y el sistema de tratamiento de las reclamaciones, si se apartan de las exigencias de la diligencia profesional;
- e) en el caso de los productos y transacciones que lleven aparejado un derecho de revocación o cancelación, la existencia de tal derecho.

²⁶⁵*Invitación a comprar* se define en el artículo 2(i) de la Directiva 2005/29/CE como: «Comunicación comercial que indica las características del producto y su precio de una manera adecuada al medio de la comunicación comercial utilizado, y permite así al consumidor realizar una compra».

En el Anexo I de la Directiva 2005/29/CE se enumeran diversas prácticas comerciales engañosas que se considerarán desleales en cualquier circunstancia. Esta técnica de codificación de distintos casos de acciones desleales nos recuerda la técnica de tipificaciones de comportamientos desleales del UWG alemán o del LGP español.

Aparte de las prácticas engañosas, la Directiva aborda las prácticas agresivas. Según el artículo 8 de la Directiva 2005/29/CE, una práctica comercial se considerará agresiva si se cumplen dos condiciones:

-que, en su contexto fáctico, teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias, merme o pueda mermer de forma importante, mediante el acoso, la coacción, incluido el uso de la fuerza, o la influencia indebida, la libertad de elección o conducta del consumidor medio con respecto al producto; y

- que haga o pueda hacer que el consumidor tome una decisión sobre una transacción que de otra forma no hubiese tomado. Por lo que se refiere a la evaluación relativa de si una práctica comercial implica acoso, coacción o influencia indebida, el artículo 9 facilita algunos criterios adicionales:

a) el momento y el lugar en que se produce, su naturaleza o su persistencia;

b) el empleo de un lenguaje o un comportamiento amenazador o insultante;

c) la explotación, por parte del comerciante, de cualquier infortunio o circunstancia específica, lo suficientemente grave, como para mermer la capacidad de discernimiento del consumidor, de los que el comerciante tenga conocimiento, para influir en la decisión del consumidor con respecto al producto;

d) cualesquiera obstáculos no contractuales onerosos o desproporcionados impuestos por el comerciante cuando un consumidor desee ejercitar derechos previstos en el contrato, incluidos el derecho de poner fin al contrato o el de cambiar de producto o de comerciante;

e) la amenaza de ejercer cualquier acción que, legalmente, no pueda ejercerse.

Como ocurre en el caso de las prácticas comerciales engañosas, en el Anexo I de la Directiva 2005/29/CE se enumeran diversas prácticas agresivas que se considerarán desleales en cualquier circunstancia.

En el artículo 2(f) de la Directiva 2005/29/CE se define además algo nuevo, un *Código de conducta*, similar a los *Códigos de Autocontrol de la Publicidad*.

El Código tiene el siguiente tenor: *...acuerdo o conjunto de normas no impuestas por disposiciones legales, reglamentarias o administrativas de un dominio miembro, en el que se define el comportamiento de aquellos comerciantes que se comprometen a cumplir el código en relación con una o más prácticas comerciales o sectores económicos concretos.*

Aquí también nos encontramos con una definición que se encontraba en la dicha *Propuesta de la Comisión* y que finalmente no se realizó en la versión final de la Directiva. Se trata del *Código de conducta a escala comunitaria*. Comprensiblemente, la doctrina ha criticado esta omisión²⁶⁶, teniendo en cuenta que, como se indicaba en el punto 73 de la “Exposición de motivos” de la *Propuesta de la Comisión*, «la existencia de códigos aplicables a escala de la UE podría promover la convergencia de las expectativas en materia de diligencia profesional, con lo que se reducirían aún más los obstáculos al mercado interior...».

Estos Códigos de conducta se han introducido para que permitan a los comerciantes aplicar los principios de la Directiva de forma eficaz en ámbitos económicos específicos. En este contexto, el legislador comunitario ha valorado el hecho de que «el control ejercido por los responsables de los códigos a escala nacional para eliminar las prácticas comerciales desleales puede evitar tener que recurrir a acciones administrativas o judiciales, por lo que se debe fomentar»²⁶⁷.

Los artículos 11, 12 y 13 de la Directiva 2005/29/CE se dedican al tema de la ejecución, así como de las correspondientes sanciones y se inspiran en lo dispuesto al respecto en la Directiva 84/450/CE.

²⁶⁶Véase, por ejemplo, Pardo Leal, “La Directiva 2005/29/CE relativa a las prácticas comerciales: ¿un puebo y no quiero de la protección de los consumidores”, pág. 9. Ella opina que los Códigos de conducta aplicables exclusivamente en el ámbito territorial de un Estado miembro pueden suponer una barrera a la libre circulación de productos y servicios, lo que, obviamente, es menos probable en el caso de los Códigos de conducta a escala comunitaria.

²⁶⁷ Véase el núm. 20 del Considerado de la Directiva 2005/29 CE.

2. Directiva 2006/114/CEE

Otra directiva importante en relación a la publicidad en general y por lo tanto también para la publicidad jurídica es la Directiva 2006/114/CEE sobre la publicidad engañosa y publicidad comparativa. La Directiva ha sido aprobada el 12 de diciembre del 2006 y tiene como finalidad la codificación de la Directiva 84/450/CEE en materia de publicidad engañosa y de las sucesivas modificaciones a la misma. Esta directiva sustituye a las que son objeto de codificación, pero en realidad solo se limita a reagruparlas, realizando en ellos únicamente las modificaciones formales que la propia operación de codificación requiere.

Originariamente, la Directiva 84/450/CEE se ocupaba exclusivamente de la regulación de la publicidad engañosa. Esta última ha sido modificada por la Directiva 97/55/CEE, introduciendo la publicidad comparativa y a su vez estableciendo las condiciones necesarias para la licitud de esta figura publicitaria, declarando la aplicabilidad de las disposiciones relativas a la lucha contra la publicidad engañosa (que ha sido prevista en la Directiva 84/450/CEE) a la publicidad comparativa ilegal. Posteriormente, la directiva ha sido objeto de modificaciones como por la Directiva 2006/114/CEE. Con la última directiva, han sido armonizadas las normas de los Estados miembros en materia de prácticas comerciales desleales. A su vez, establece una prohibición única, común y general de estas prácticas que alteran el comportamiento económico de los consumidores, fijando los criterios que permiten determinar si una práctica es leal o desleal, incluyendo un listado ejemplificativo de prácticas desleales prohibidas. La modificación más importante que se introduce con esta directiva es la reducción de su ámbito de aplicación, que queda restringido en exclusivo a la publicidad engañosa y comparativa que afecte a los competidores, dejando la publicidad engañosa bajo el ámbito de aplicación de la Directiva sobre las prácticas comerciales desleales.

En la Directiva 2006/114/CEE, llama la atención que se haya eliminado toda alusión a la protección de los consumidores. La anterior Directiva 84/450/CEE manifiesta que su objeto era “proteger a los consumidores y a las personas que ejercen una actividad comercial o industrial, artesana o profesional, así como los intereses del público en general contra la publicidad engañosa y sus consecuencias injustas y establecer las condiciones en las que estará permitida la publicidad

comparativa”. El nuevo texto señala únicamente que su objeto es proteger “a los comerciantes” contra tales prácticas. También han sido eliminadas las alusiones hacia los consumidores que antes se realizaban en el art. 4.1 de la directiva. Luego, el nuevo art. 5.1 alude sólo al interés “de los comerciantes y de los competidores” igual que el nuevo art. 8.1. De esta manera se ha establecido la diferencia entre los objetos de la protección de las directivas sobre prácticas comerciales desleales y la directiva sobre la publicidad engañosa y comparativa. Mientras la directiva sobre prácticas comerciales desleales se consagra a la protección de los intereses (económicos) de los consumidores; la directiva sobre publicidad engañosa y comparativa se reserva exclusivamente a la protección de los intereses de los comerciantes y competidores.

Ahora, hay dos conceptos coexistentes en la normativa, un concepto es la “publicidad engañosa” y el otro el concepto de “prácticas comerciales engañosas”. Entre las modificaciones a la directiva sobre publicidad engañosa y comparativa previstas en el art. 14 de la directiva sobre las prácticas comerciales desleales no se ha incluido la modificación de la definición de “publicidad engañosa” contenida en el art. 2.2 de la Directiva 84/450/CEE. Por lo tanto, queda idéntica esta definición a la primera versión codificada. Bajo el concepto de la práctica comercial engañosa podemos subsumir tanto las “omisiones engañosas” como las “acciones engañosas”. El art. 6 de la directiva define la “acciones engañosas” como toda práctica comercial que contenga información falsa o en la forma que se induzca o pueda inducir a error al consumidor medio sobre algún elemento esencial de la transacción, que le haga o pueda hacerle tomar una decisión sobre dicha transacción que de otro modo no hubiera tomado.

Se consideran “acciones engañosas”: el acto de confusión y el incumplimiento de los compromisos incluidos en los Códigos de conducta, siempre que éstos sean firmes y verificables, y siempre que el comerciante haya indicado en una práctica comercial que estaba vinculado por tal Código. El art. 7 de la misma norma, por su parte, declara como “omisiones engañosas” las omisiones de información sustancial. Información sustancial es aquella información que es necesaria para que el consumidor medio tome una decisión de compra o contratación con el debido conocimiento de causa. Igualmente engañoso se considera ofrecer tal información de manera poco clara, ininteligible, ambigua, extemporánea o haber ocultado su propósito comercial. La definición de “publicidad engañosa” es de hecho la misma que la “acción engañosa” recogida en el art. 6.1 de la directiva sobre prácticas desleales.

El concepto de publicidad comparativa, sin embargo, no es objeto de interés en nuestra investigación, ya que la publicidad comparativa está prohibida por los Códigos deontológicos tanto en Alemania (Cláusula general § 43 b BRAO) como en España (Código Deontológico art. 7 núm. 8).

3. Incorporación de las directivas a los derechos nacionales

Ambas directivas tanto en España como en Alemania han sido incorporadas con expiración de plazo²⁶⁸ a los regímenes normativos nacionales:

Las Directivas 2005/29/CEE y 2006/114/CEE han sido traspuestas al régimen normativo alemán con la Ley del 30 de diciembre del 2008²⁶⁹. En España, dichas directivas se han incorporado justo un año más tarde con la Ley 29/2009, del 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal²⁷⁰.

VIII. Derecho de competencia desleal

Partiendo del acto de competencia desleal, los países desarrollaron su normativa nacional acerca de la competencia desleal, considerando la normativa europea.

En España encontramos reglas sobre la competencia desleal en diferentes normativas. Por ejemplo, en la Ley General de la Publicidad (LGP), el Código Deontológico de la Abogacía y, por supuesto, en la Ley de Competencia Desleal (LCD).

Alemania no tiene una propia Ley General de la Publicidad, sino que califica el derecho de la publicidad como materia de competencia desleal. Por lo tanto, allí contamos solamente con la Ley de Competencia Desleal (*Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*). Tampoco encontramos

²⁶⁸ Plazo de incorporación de la Directiva 2005/29/CE: 12 de junio de 2007; Plazo de incorporación de la Directiva 2006/114/CE: 12 de diciembre de 2007.

²⁶⁹ Primera Ley sobre el cambio de la ley de competencia desleal: Erstes Gesetz zur Änderung des UWG in Kraft seit dem 30.12.08 (UWG 2009).

²⁷⁰ Ley 29 de diciembre de 2009, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios.

reglas sobre competencia desleal en las normas profesionales de la abogacía, menos el § 43b BRAO y el § 6 BORA, los cuales califican ilícitos distintos comportamientos de los abogados, que entonces estarán a la vez comprendidos en el UWG.

En el año 2001, la Comisión Europea empezó a reflexionar sobre la armonización del derecho de competencia desleal y presentó un libro verde sobre la protección de los consumidores²⁷¹, que llevó finalmente a la propuesta de un decreto del Parlamento y del Consejo Europeo referente al fomento de la venta en el mercado interno²⁷². El primer intento de llegar a un acuerdo hacia una directiva fracasó en el Parlamento. Finalmente, el 18 de marzo de 2004 se aprobó una nueva directiva europea sobre la competencia desleal²⁷³. Además, el Consejo de la UE presentó una propuesta de la armonización de las órdenes jurídicas de los Estados miembros sobre las prácticas desleales²⁷⁴, la cual analizaremos más adelante en esta investigación.

La primera cuestión que surge en este contexto es la aplicabilidad de las normas de competencia desleal a la publicidad jurídica.

1. La aplicabilidad de las normas de la competencia desleal a la publicidad jurídica

a) España

Desde la aprobación de la Ley 7/1997, de 14 de abril, de medidas liberalizadoras en materia del suelo y de colegios profesionales, el sometimiento de las profesiones liberales al derecho de la competencia, la aplicación de la Ley de Competencia Desleal está fuera de toda duda²⁷⁵.

²⁷¹KOM (2002) 289 final.

²⁷² 25. 10. 2002, KOM (2003) 585 final.

²⁷³Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council of 11 May 2005 concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market and amending Council Directive 84/450/EEC, Directives 97/7/EC, 98/27/EC and 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council and Regulation (EC) n.º 2006/2004 of the European Parliament and of the Council ('Unfair Commercial Practices Directive') (Text with EEA relevance).

²⁷⁴ Entwurf für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über unfaire Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinien 84/450 EWG, 97/7/EG und 98/27/EG (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken), KOM (2003) 356 endg.

²⁷⁵ Marcos, págs. 120-131, pág. 120,(- nota 201).

El artículo 5.1 de esta ley introdujo un nuevo apartado al artículo 2 de la Ley 2/1974, de Colegios Profesionales, con el siguiente tenor: “El ejercicio de las profesiones colegiadas se realizará en régimen de libre competencia y estará sujeto, en cuanto a la oferta de servicios y fijación de su remuneración, a la Ley sobre Defensa de la Competencia y a la Ley sobre Competencia Desleal. Los demás aspectos del ejercicio profesional continuarán rigiéndose por la legislación general y específica sobre la ordenación sustantiva propia de cada profesión aplicable”.

La situación cambió sustancialmente en la segunda mitad de los años noventa, a raíz de la modificación de la ley de colegios profesionales para someter expresamente a los profesionales a la regulación de la defensa de competencia y de competencia desleal (Ley 7/1997, del 14 de abril, de medidas liberalizadoras en materia de suelo y de colegios profesionales).

Uno de los principios inspiradores del legislador para la introducción de la Ley 7/1997 era la voluntad de acabar con los “privilegios” de las profesiones liberales frente a otras ocupaciones en el régimen de competencia en el mercado, como anunció abiertamente en su Exposición de Motivos (“...se modifican determinados aspectos de la regulación de la actividad de los profesionales que limitan la competencia, introduciendo rigideces difícilmente justificables en una economía desarrollada”)²⁷⁶.

Esta voluntad se manifiesta también en otras modificaciones que la Ley 7/1997 realiza en el régimen jurídico de los profesionales colegiados (en materia de restricciones territoriales al ejercicio de la profesión y, sobre todo, en lo relativo a la fijación y condiciones de cobro de honorarios y visados)²⁷⁷.

MARCOS destaca, que

[..] Estas modificaciones eran necesarias en la medida que, hasta esa fecha, subsistían en la Ley 2/1974 normas que expresamente facultaban a los Colegios profesionales para establecer lo que en la práctica venían a ser restricciones a la libre competencia entre los profesionales colegiados. De este modo, el carácter de corporaciones de derecho público de los colegios profesionales (que, de algún modo, ejercen “potestades administrativas delegadas”) y el que una norma de rango legal legitimase esas prácticas, suscitaba todo tipo de dudas y problemas a la hora de aplicar el derecho de la competencia a los profesionales y ello ocurría, sobre todo, en materia antitrust, ya que la Ley 16/1989, del 17 de julio, de Defensa de la Competencia

²⁷⁶ Véase también: Marcos, pág. 120 (nota 201).

²⁷⁷ Véase: Marcos, , pág. 120 (nota 201).

(en adelante LDC) excluía expresamente la aplicación de sus preceptos a aquellas restricciones a la competencia contenidas en una norma de rango legal o en un reglamento que la desarrollara (art. 2.1.).

[...]Las modificaciones que la Ley 7/1997 introdujo en la Ley 2/1974 cerraron, al menos con carácter general, cualquier posible discusión sobre la aplicación del derecho de la competencia a los profesionales colegiados; en adelante, se habrá de entender que las restricciones a la libre competencia de los profesionales colegiados que quedaran vigentes en cualesquiera de sus normas rectoras habrían de considerarse derogadas, debiendo ser eventualmente sustituidas por normas acordes con las reglas vigentes en el Derecho de la Competencia (Disp. Derogatoria, 2º párrafo y Disp. Adicional).[...]

Con la citada reforma de medidas liberalizadoras en materia de suelo y de colegios profesionales, se introdujo el artículo 2, que alude explícitamente a la Ley de Defensa de Competencia (LDC) y la Ley de Competencia Desleal (LCD) como normas generales del Derecho de la competencia que son objetos de aplicación a los profesionales colegiados. Los colegios, por lo tanto, lo tienen que respetar cuando ordenen y regulen la actividad de los profesionales, en el ejercicio de las potestades que tienen atribuidas (art. 5.i, Ley 2/1974).

Sin embargo, la Ley de Publicidad General (LGP) no está mencionada en el texto reformado del artículo 2 de la Ley. Esto, de todas maneras, no significa que la LGP no sea aplicable a los comportamientos publicitarios de los abogados. Según sus arts. 1 y 2 el ámbito de aplicación es muy amplio, incluyendo los profesionales liberales. Luego la actividad publicitaria constituye unos de los principales instrumentos para el ejercicio de la competencia en el mercado. Algunos de los actos de competencia desleal, sancionados por la LCD, se efectúan a través de actividades publicitarias y también están prohibidas por la LGP. Por la unión tan fuerte de la LGP con la LCD, es lógico pensar que el legislador no quería excluir la aplicación de la LGP. Aparte, un estudio de los materiales prelegislativos pone de relieve cómo en la voluntad del legislador la referencia expresa a las LDC y LCD no se hacía con ánimo de excluir la LGP²⁷⁸.

Tratando esta materia, hay que tener en cuenta que los abogados son dos cosas al mismo tiempo. Por un lado, empresarios, cuyo objetivo es la prestación de servicios de asesoramiento jurídico y, por otro lado, una institución pública denominada abogado. Las dos funciones son distintas por su origen, objeto y finalidad. El abogado es un empresario individual, que persigue el lucro y la

²⁷⁸ Véase: Marcos, (nota 201).

supervivencia personal. Luego, el abogado-defensor es de derecho público, el cual se encuadra en el derecho fundamental de defensa y persigue el interés colectivo en un Estado de derecho.

Por lo tanto, como empresario está sujeto a la legislación común que regula las actividades mercantiles. Entre todas las regulaciones vigentes para empresarios está la Ley de Competencia Desleal y la Ley General de la Publicidad, cuyas finalidades son la regulación del mercado, protegiendo la concurrencia con el fin de que los consumidores puedan acceder a los bienes y servicios del mercado en las mejores condiciones de precio y calidad.

La consecuencia de esta doble naturaleza del abogado es que el abogado está sometido, en cuanto a competencia desleal se refiere, a un doble ordenamiento, como empresario a las normas comunes y generales sobre la competencia y la publicidad y como institución a las normas profesionales y deontológicas. En definitiva, el abogado se sujeta a una normativa doble²⁷⁹. Las regulaciones deontológicas y estatales no se excluyen, sino que se complementan²⁸⁰.

Entonces, tanto los Tribunales como los órganos colegiales podrán imponer sanciones disciplinarias a los colegiados que incumplen sus deberes profesionales. La realización de una conducta desleal por parte de estos profesionales puede dar lugar no sólo a una sanción disciplinaria, impuesta por el respectivo colegio profesional, sino también a una sanción penal, si se da el caso de que aquella infracción tiene una mayor trascendencia que sólo la disciplinaria. El principio “non bis in idem” supone que no recaiga una duplicidad de sanciones –penal y administrativa– en aquellos supuestos en los que se aprecie la identidad de sujeto, hecho y fundamento. Sin embargo, el STC 2/1981 del 30 de enero –FJ 4º– se admite, de forma expresa, la doble imposición de sanción penal y administrativa cuando se trate de una relación de supremacía especial de la Administración. Esto justificará “el ejercicio del ‘ius puniendi’ por los Tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración”²⁸¹.

²⁷⁹ Merece la pena destacar la posibilidad de una sanción doble. Así, el artículo 85e) del EGAE indica que la firme sanción por competencia desleal, declarada por órgano competente, constituirá infracción grave en sede disciplinaria. Del mismo modo, el CDAE, en su artículo 8.2ª), señala como actos de competencia desleal “todos aquellos que contravengan las normas tanto estatales como autonómicas que tutelen la leal competencia”.

²⁸⁰ Fuertes-Planas, “Responsabilidad deontológica y jurídica en el ámbito de la profesión de abogado”, en AA.VV. *El concepto de relevancia jurídica*, monografías, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 2001, págs. 177 a 209.

²⁸¹ Compárense en este sentido las sentencias del Tribunal Supremo del 2 de febrero de 1984; 15 de junio de 1984; 5 de octubre de 1984, 19 de abril de 1985 y 29 de abril de 1985.

Además, las sanciones disciplinarias colegiales responden a un fundamento específico y distinto del resto de sanciones administrativas. Por ello, los profesionales tienen una relación de sujeción especial, de tal modo que, en principio, será posible, aunque exista una identidad de sujeto, hecho y fundamento, imponer una sanción penal o administrativa y disciplinaria, debido a esa relación especial de sujeción²⁸².

Un problema conectado con este sistema es, por lo tanto, la duplicidad de sanciones para los abogados que incumplen tanto las normas profesionales como las deontológicas.

b) Alemania

El UWG no menciona las profesiones liberales, sino sólo las comerciales. En diferentes regulaciones profesionales se determina que la profesión liberal no es una actividad comercial²⁸³. En el sentido del UWG se considera comerciante a cualquiera que a través de una actividad económica tenga la aspiración de hacer ganancias²⁸⁴. Por consiguiente, la aplicación del UWG no depende de las determinaciones de las normativas profesionales sobre las profesiones liberales. Los abogados ofrecen servicios de asesoramiento jurídico y son, por eso, comerciantes o empresarios en el sentido del artículo 1 del Código de Comercio o § 14 BGB²⁸⁵. La publicidad de un abogado sirve para el fomento y la realización de asesoramiento y representación judicial y de tal manera para el fomento de la prestación de servicios. No cabe duda de que las prestaciones de servicios son operaciones comerciales.

Entonces es aplicable el UWG (§ 2 párr. 1 núm. 1) a los actos publicitarios de los abogados. El carácter de la profesión liberal no contraviene a la aplicación de las leyes de competencia desleal a los abogados. En relación a la competencia entre el derecho de competencia desleal y profesional podemos constatar que las dos materias jurídicas son independientes una de la otra²⁸⁶. La independencia de las dos normativas resulta del hecho de que no cada infracción de derecho profesional/deontológico es al mismo tiempo una infracción del derecho de competencia.

²⁸² M. Montoro Puerto, *La infracción administrativa. Características, manifestaciones y sanción*, págs. 314 y 315.

²⁸³ Véase p. ej.: §§ 2 BRAO, 1 párr. 1, BÄO, 32 STBerG, 2 Pág. 3 NotO.

²⁸⁴ En este sentido también: Breuer, *Anwaltliche Werbung*, pág. 103.

²⁸⁵ BGB = Bürgerliches Gesetzbuch = Código Civil alemán.

²⁸⁶ Hartung en Hartung/Holl, Einf. Rdn. 80; Römermann en Hartung/Holl, vor § 6 Rdn. 131.

2. La competencia desleal / España

a) Aspectos generales

El derecho de competencia desleal en España es un campo donde durante muchos años el Estado español destacó por su ausencia. Es decir, se limitó a elaborar leyes de las comunidades autónomas sobre el derecho del consumidor y la protección de los pequeños comerciantes. Así que muchos autores en la literatura le reprocharon a la legislación su insuficiencia “tradicional”²⁸⁷.

De esta manera, el derecho de competencia desleal en España se desarrolló casi exclusivamente en la literatura²⁸⁸. Bajo el régimen de Franco prevalecieron, sobre todo, los intereses cooperativos y proteccionistas. El mercado libre no se apreciaba demasiado²⁸⁹. Exclusivamente en 1988, las leyes generales encontraron en la ley de la publicidad general y la ley sobre las marcas un reglamento parcialmente moderno. Pero estas normas no influyeron demasiado en la realidad legal. Tan sólo tres años después entraría en vigor la Ley de Competencia Desleal que las suprimiría. La Ley de Ordenación del Comercio Minorista y los últimos cambios del derecho de la publicidad han corregido el curso liberal de la LCD en España a favor del sistema conservador. Por lo tanto, este desarrollo está considerado como un paso hacia atrás.

Antes de la ley de la competencia desleal, retrocediendo al siglo XIX, las primeras leyes de la competencia desleal han sido de naturaleza penal. Se encuentran en los códigos penales de 1822, 1844, 1870, 1928, 1932, 1944 y finalmente 1973, junto a delitos clásicos, pero no obtuvieron un significado práctico en ningún momento²⁹⁰. Sólo una pequeña parte regula el decreto real sobre marcas de fábrica de 1850. La industrialización parcial de 1891 establecería un proteccionismo fuerte, especialmente a favor de la industria catalana de tejidos y la industria vasca del hierro, la cual caracterizó el paisaje jurídico en ese momento. En 1902, con la promulgación de la ley para la protección de la propiedad comercial (Ley de Propiedad Industrial, LPI), el derecho de compe-

²⁸⁷ Muñoz AC, Doctrina, 1991-II Rn 319.

²⁸⁸ Madrenas, pág. 43.

²⁸⁹ Leible ZfRV 1992, pág. 257.

²⁹⁰ Menéndez, pág. 40.

tencia desleal fue integrado en la protección jurídica comercial²⁹¹. La ley tiene como objeto de reglamento también en los artículos 131 y 132 la competencia ilícita. Estas normas no son de carácter civil, sino penal. Tampoco contienen una cláusula general, aunque la ciencia siempre intentó sacarlo del art. 131. Distintos comportamientos fueron prohibidos, pero únicamente en la medida que esto afectaba a la propiedad comercial²⁹². Para resolver estas insuficiencias, se intentó en 1912 aplicar el art. 1902 del CC para el campo de la competencia desleal. Pero todos estos esfuerzos no llegaron a una solución satisfactoria. De igual modo, el real decreto del 26 de julio de 1929 revocó el LPI a favor de una nueva normativa y reconoció, explícitamente, que la competencia ilícita como parte de la protección jurídica del comercio necesita una ley propia. Pero el decreto no reguló de ninguna manera la competencia ilegal, limitándose a su definición.

El decreto de 1931 deroga el decreto de 1929 y declara el LPI otra vez vigente en materia de la competencia desleal y, por lo tanto, establece de nuevo la situación de 1902. En 1963 España solicita la admisión a la Comunidad Económica Europea y reconoce unas nuevas leyes para acercarse al menos a los criterios de admisión. La Ley de Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia es un ejemplo de buena voluntad, pero sólo en el papel. En la práctica resulta escasamente efectivo y no perseverante. En 1964 sigue el Estatuto de la publicidad, que por primera vez reconoce la protección de los consumidores como materia protegida. Pero aun así queda lejos de las exigencias europeas y comparte el destino con la ley anterior. Es decir, continúa sin ser aplicada²⁹³. La Ley de Prensa de 1966 es una obra modesta, y acabó con un período liberal de la dictadura de Franco. Posterior a esta época, en la nueva Constitución de 1978²⁹⁴ se reconoce el principio de la protección del consumidor (art. 51CE) y el principio de la libertad empresarial (art. 38 CE). En los años 70 el Instituto de Derecho Industrial de la Universidad de Santiago de Compostela intenta sistematizar el derecho de competencia desleal orientándose en la jurisprudencia del UWG-alemán²⁹⁵. En los ochenta el legislador vuelve al terreno y divulgan en 1984 la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios LGCU como obra interdisciplinaria

²⁹¹ Bercovitz ADI 1975, 61 (69).

²⁹² Menéndez, pág. 52.

²⁹³ Leible WRP 1992, 1 (2 f).

²⁹⁴ <http://www.constitucion.es/constitucion/castellano/index.html>.

²⁹⁵ La regulación contra la competencia: ADI 1975, 665; ADI 1976, 663; ADI 1977, 565; ADI 1978, 623; ADI 1979, 1980, 401.

con elementos del derecho civil y público²⁹⁶. En 1986, el año de la adhesión de España a la Comunidad Europea, sigue la Ley de Patentes, 1988 es el período de la promulgación de la Ley de Marcas, LM y de la Ley General de la Publicidad, LGP. Todavía las normas eran de naturaleza provisional y perdieron su vigencia con la promulgación del LCD en 1991.

En el *Boletín Oficial del Estado* número 10, del 11 de enero de 1991, se publicó la Ley 3/1991, del 10 de enero, de Competencia Desleal, la cual entró en vigor a los veinte días de su publicación en el *BOE*.

Objetivo del LCD²⁹⁷ es la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado, y a tal fin de establecer la prohibición de los actos de competencia desleal, incluida la publicidad ilícita en los términos de la Ley General de Publicidad (compárese art. 1 “finalidad”).

El ordenamiento jurídico está materializado en la LCD y en la ley general de la publicidad 34/1988, del 11 de noviembre. El contenido de ambas leyes respecto a qué debe entenderse por publicidad desleal mantenía ciertas diferencias que fueron salvadas por la doctrina mediante la aplicación del principio “ley posterior deroga a la ley anterior”, por el cual la regulación de la Ley General de Publicidad se interpretaba y completaba con la Ley de Competencia Desleal. Sin embargo, la aprobación de la Ley 39/2002, por la que se modifica a la Ley General de Publicidad, permite dudar de la condición de ley posterior a la Ley de Competencia Desleal y en consecuencia de su primacía sobre la Ley General de Publicidad.

Con la última reforma a través de la Ley 29/2009²⁹⁸, se modificó otra vez el régimen de la competencia desleal y de la publicidad, con el fin de mejorar la protección de los consumidores y usuarios. Esta nueva legislación supone la trasposición al derecho español de las Directivas CE 2005/29 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, y la CE 2006/114/CEE del 12 de diciembre de 2006, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa.

²⁹⁶ Leible WRP 1992, 1 (3).

²⁹⁷ Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

²⁹⁸ BOE núm. 315, 31 de diciembre de 2009, Entrada en Vigor: 1 de enero de 2010.

b) Ley de Competencia Desleal - LCD

aa) Directiva 2005/29/CE - Trasposición de las Directivas Europeas al derecho nacional

La Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo se adoptó el 11 de mayo de 2005. Garantiza que los consumidores no son inducidos a error o expuestos a una comercialización agresiva, y que toda la información proporcionada por los comerciantes de la UE es clara, precisa y motivada, de manera que los consumidores puedan elegir con más información y mejor conocimiento. Los objetivos generales de la Directiva son contribuir a la realización del mercado interior mediante la eliminación de los obstáculos debidos a las diferencias entre las legislaciones nacionales en materia de prácticas comerciales desleales y garantizar un elevado nivel de protección de los consumidores. Los Estados miembros tenían que publicar y adoptar sus medidas de transposición de la Directiva a más tardar el 12 de junio de 2007, de manera que entraran en vigor a nivel nacional antes del 12 de diciembre de 2007 a más tardar. Hubo, no obstante, importantes retrasos en la transposición de la Directiva, debido sobre todo a la amplitud de su ámbito de aplicación. La pretensión de armonización plena de la Directiva, enunciada en su «cláusula del mercado interior», significaba también que los Estados miembros debían llevar a cabo una profunda revisión de su legislación nacional para asegurarse su conformidad. Sólo unos pocos Estados miembros transpusieron la Directiva a tiempo. La última transposición tuvo lugar a finales de 2009, mientras que la mayoría de las medidas nacionales aplicaron en el transcurso de 2008 y 2009-10. Las acciones emprendidas por la Comisión ante el Tribunal de Justicia Europeo («el TJUE») dieron lugar a sentencias del TJUE contrados Estados miembros 11, mientras que otros procedimientos se archivaron como consecuencia de la subsiguiente notificación de las medidas. En el caso español, la trasposición ha sido realizada extemporáneamente, lo que supuso que el TJUE declarara el incumplimiento de sus obligaciones.²⁹⁹

²⁹⁹La sentencia de fecha 23 de abril de 2009, de la Sala Octava del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el caso de la Comisión de las Comunidades Europeas contra España, declaró “*que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la 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 y sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) núm. 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo (Directiva sobre prácticas comerciales desleales), al no haber adoptado en el plazo fijado las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento en la citada Directiva*”

bb) Contenido jurídico de la LCD sobre la publicidad

La LCD actual contiene en su capítulo I las disposiciones generales, las cuales determinan la finalidad de la normativa y su campo de aplicación subjetivo y objetivo. El capítulo II contiene la cláusula general y tipificaciones de los actos de competencia desleal. El capítulo III regula ahora exclusivamente las prácticas comerciales con los consumidores o usuarios. En este capítulo se han transformado principalmente las especificaciones de la Lista negra de la Directiva CE 2005/29 de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales. El capítulo IV contiene normas sobre las posibilidades procesales y el capítulo V finalmente se dedica a los códigos de conducta.

(1) Cláusula General del LCD

En el segundo capítulo, artículo 4, encontramos la “Cláusula general”, la cual ha mantenido la declaración general anterior, que son “actos desleales los contrarios a las exigencias de la buena fe”. La segunda frase contiene la transformación de la Directiva 2005/29/CEE sobre prácticas comerciales desleales, la cual solamente se aplica entre empresarios y consumidores. En este sentido se considera un acto en contra de la buena fe,

... el comportamiento de un empresario o profesional contrario a la diligencia profesional, entendida ésta como el nivel de competencia y cuidados especiales que cabe esperar de un empresario conforme a las prácticas honestas del mercado, que distorsione o pueda distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio o del miembro medio del grupo destinatario de la práctica, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores.

La tercera frase finalmente define las circunstancias art. 4 a) – e) que deben ser relevantes en relación al comportamiento con los consumidores.

Lo importante es que la práctica comercial solamente tiene que ser apta para influenciar el comportamiento económico del consumidor. Por lo tanto, no es necesario que el consumidor haya sido influenciado de verdad. Aparte, la cuarta frase del art. 4 aclara lo que tenemos que entender como influencia del comportamiento económico.

La cláusula general tiene la función de poder sancionar aquellos comportamientos que el legislador no pudo prever en su momento como desleales. Sin embargo, no vale para los comportamientos sancionados por los artículos 6 y siguiente³⁰⁰. Por lo tanto, manifiesta la Sentencia del TS del 8 de octubre de 2009 que la cláusula general entra en juego en defecto de la existencia y fijación de actos de deslealtad tipificados, o sea, en relación con conductas no catalogadas. También, según la Sentencia del TS de junio de 2009, se castigan actos que contravienen los usos y las costumbres admitidos como correctos por todos los participantes en el mercado. [¡Equivale a la buena fe!] La cláusula general no se aplica de forma acumulada a las demás normas de la LCD, sino de forma independiente, con la finalidad de «reprimir conductas o aspectos de conductas que no han podido ser subsumidos en los supuestos contemplados en la tipificación particular».³⁰¹

La jurisprudencia tiene un precepto de la buena fe objetiva, que abstiene de la intencionalidad – dolo o culpa – del sujeto, que se recoge en el artículo 7.1 del Código Civil con carácter general para el límite en el ejercicio de los derechos subjetivos. La Sentencia del TS del 3 de julio de 2008 indica que la exigencia de buena fe objetiva, que es el elemento nuclear del precepto, supone un límite del derecho a desarrollar libremente una actividad en el tráfico económico, subordinando la libre iniciativa y su desarrollo a unos patrones de conducta socialmente aceptados y requeridos, pero adaptados a la perspectiva del buen orden en el mercado. Para que existan actos desleales por ser contrarios a la buena fe es preciso que además de ser un acto objetivamente contrario a la buena fe, resulte concurrentialmente eficiente, provocando una alteración en la estructura competitiva o en el normal funcionamiento del mercado.³⁰²

El párrafo 4.2 contiene la determinación de que la apreciación de una actividad comercial se tiene que basar en el consumidor medio. El 4.3 LCD transforma el contenido jurídico del art. 5 párr. 3 de la Directiva 2005/29/CEE, el cual contiene una serie de determinaciones acerca de concretar el tipo de consumidor o usuario en general.

³⁰⁰ Para el art. 6 Ley 1/1991 lo aclaró la jurisprudencia: Sentencia del TS de 20 de febrero de 2006, TS de 24 de noviembre de 2006, TS de 30 de mayo de 2007 y TS de 14 de mayo de 2007.

³⁰¹ Agustín Macías, Competencia desleal: actos de carácter desleal, (art. 4 LCD actual = art. 5 LCD versión 21.12.2003 - 01.01.2010): Actualidad Civil, Nº 3, Sección Fundamentos de Casación, Quincena del 1 al 16 Feb. 2008, pág. 359, tomo 1, Editorial LA LEY.

³⁰² Agustín Macías, Competencia desleal: actos de carácter desleal, (art. 4 LCD actual = art. 5 LCD versión 21.12.2003 - 01.01.2010): Actualidad Civil, Nº 3, Sección Fundamentos de Casación, Quincena del 1 al 16 Feb. 2008, pág. 359, tomo 1, Editorial LA LEY.

Aquí podemos destacar que en el caso de la publicidad de los abogados siempre tenemos que tener en cuenta que la publicidad no resulte contraria a las exigencias de la buena fe del art. 4, como lo tiene que respetar cualquier otra actividad comercial.

En general, podemos constatar que la cláusula general reformada se ha vuelto bastante compleja por las exigencias de la Directiva 2005/29/CEE. Ahora, por ejemplo, contiene términos como “la diligencia profesional”, para los cuales será necesaria una interpretación de la jurisdicción y la literatura. En la literatura se critica que el legislador no ha acertado con la sistemática interna de la Directiva 2005/29/CEE³⁰³, porque el texto literal no permite la conclusión de que entre los consumidores y los comerciantes se tiene que comprobar la deslealtad a través de una infracción a las *prácticas honestas del mercado*. La Directiva 2005/29/CEE emplea este término, en efecto, en el art. 2 h) en relación con la definición de la diligencia profesional. En el art. 4, sin embargo, este término solamente se emplea como una forma de diligencia profesional al lado de la buena fe. En fin, esta discrepancia entre el derecho comunitario y el derecho nacional habrá de ser solucionada por una interpretación conforme a la Directiva 2005/29/CEE.

Aparte de las determinaciones del art. 4 tenemos que tener en cuenta los actos de comportamientos desleales predeterminados:

³⁰³ Robles / Laborda, *Análisis de la Reforma*, pág. 36.

(2) Actos de engaño (art. 5 LCD)³⁰⁴

Las prácticas de engaño en el sentido estricto son aquellas que consisten en la difusión de información falsa y de información que induzca o pueda inducir a error al consumidor sobre ciertos extremos y que, por ello, pueden llevarle a tomar una decisión de mercado que de otro modo no hubiera tomado.

Objetivamente, las prácticas engañosas consisten en la difusión de información falsa, o en la difusión de información que, pese a no ser falsa, es adecuada para inducir a error a sus destinatarios.

El art. 5 CD obliga al abogado anunciante a hacer publicidad que sea digna, leal y veraz. Allí ya nos encontramos con la obligación de que la publicidad tiene que ser veraz. Sin embargo, queda la posibilidad de hacer publicidad veraz que aun siendo veraz es idónea para inducir a error al consumidor.

La información adecuada para inducir a error es aquella otra que es exacta u objetivamente correcta (esto es, que se corresponde efectivamente con la realidad de las cosas) y, no obstante,

³⁰⁴art. 5.1

Se considera desleal por engañosa cualquier conducta que contenga información falsa o información que, aun siendo veraz, por su contenido o presentación induzca o pueda inducir a error a los destinatarios, siendo susceptible de alterar su comportamiento económico, siempre que incida sobre alguno de los siguientes aspectos:

- a) La existencia o la naturaleza del bien o servicio.
- b) Las características principales del bien o servicio, tales como su disponibilidad, sus beneficios, sus riesgos, su ejecución, su composición, sus accesorios, el procedimiento y la fecha de su fabricación o suministro, su entrega, su carácter apropiado, su utilización, su cantidad, sus especificaciones, su origen geográfico o comercial o los resultados que pueden esperarse de su utilización, o los resultados y características esenciales de las pruebas o controles efectuados al bien o servicio.
- c) La asistencia posventa al cliente y el tratamiento de las reclamaciones.
- d) El alcance de los compromisos del empresario o profesional, los motivos de la conducta comercial y la naturaleza de la operación comercial o el contrato, así como cualquier afirmación o símbolo que indique que el empresario o profesional o el bien o servicio son objeto de un patrocinio o una aprobación directa o indirecta.
- e) El precio o su modo de fijación, o la existencia de una ventaja específica con respecto al precio.
- f) La necesidad de un servicio o de una pieza, sustitución o reparación.

puede transmitir una incorrecta representación de la realidad o generar infundadas expectativas. Así las cosas, lo relevante no es la veracidad de la información que se comunique a los consumidores en sí misma considerada, sino la exactitud de la creencia que inculca en sus destinatarios o, si se prefiere, la efectiva correspondencia de las expectativas que despierta en sus destinatarios con la realidad de las cosas³⁰⁵.

Cuando determinamos las expectativas de los consumidores, tenemos que considerar muchos factores. Por un lado, tenemos que tener en cuenta un conjunto de circunstancias internas y externas a la información, incluida su presentación (como se encarga de recordar la propia directiva), y a su difusión y, por otra parte, al consumidor que en cada caso sea relevante en función de los afectados o destinatarios de la práctica enjuiciada, y según proceda, será el consumidor medio, cuyo comportamiento económico pudiera ser distorsionado en un sentido que la empresa pudiera razonablemente haber previsto.

Por ejemplo no es acto de engaño, si no hay indicación incorrecta o falsa ni omisión de la verdad. Este caso sin embargo, puede figurar como acto de confusión (art. 6 LCD), si por ejemplo se utiliza diseños idóneos para crear la representación mental en el consumidor de comprar un producto o contratar el servicio original.³⁰⁶

Este caso nos lo podemos imaginar, por ejemplo, en la cuestión relativa a los honorarios del abogado o en relación a cuestiones procesales, donde el consumidor puede sacar falsas conclusiones por el desconocimiento de las consecuencias legales. Igual el abogado debería de tener cuidado hablando de las perspectivas de éxito de un posible litigio. Sí el litigio luego sale mal, el consu-

³⁰⁵STJCE 13-I-2000, asunto C-220/98.

³⁰⁶ Comparese Sentencia (“Super Verano Mix”) T.S. 888/2010 (Sala 1) de 30 de diciembre con el siguiente supuesto:

Sucedo en el caso que hay un determinado producto en el mercado, consistente en canciones interpretadas por artistas muy conocidos, comercializado por una determinada empresa. Por otra entidad se saca al mismo mercado musical otro producto que contiene las mismas canciones (además de otras) cantadas por un intérprete diferente, pero que se presentan de una forma que puede crear en el consumidor medio el riesgo de confusión de que las interpretaciones son las de los cantantes originales, bien porque las conoce o bien porque ha oído hablar de ellas. No hay propiamente acto de engaño, del art. 7 LCD, porque no hay indicación incorrecta o falsa ni omisión de verdadera, pero sí acto de confusión, del art. 6 LCD, porque se utiliza una forma de presentación de la carátula del recopilatorio idónea para crear la representación mental en el consumidor de que compra el fonograma original.

midor podría afirmar que su abogado le proporcionó información falsa en este respecto y que solamente por esta información falsa decidió llevar el asunto al juicio.

(3) Actos de confusión (artículo 6 LCD)

Según el art. 6 *“se considera desleal todo comportamiento que resulte idóneo para crear confusión con la actividad, las prestaciones o el establecimiento ajenos”*. El segundo apartado declara que *“el riesgo de asociación por parte de los consumidores respecto de la procedencia de la prestación es suficiente para fundamentar la deslealtad de una práctica”*.

El Juzgado Mercantil de 26 de marzo de 2008, SENTENCIA núm. 39/08 afirma que se trata de evitar que en el proceso de elección en el mercado el consumidor incurra en error.

Como consta en la Sentencia del AP Barcelona, el art. 6 LCD tiene antecedentes remotos en los arts. 1 y 10 bis 1.3.1 del Convenio de la Unión de París y trata de proteger la autonomía de determinación del consumidor, cuya decisión libre y no mediatizada, como árbitro de la lucha económica, se considera esencial para un buen funcionamiento del sistema concurrencial.

Según el T.S.³⁰⁷ *“El art. 6. LCD cumple la finalidad de proteger el mercado impidiendo que el consumidor tome sus decisiones con una conciencia viciada por error sobre el producto, o su origen empresarial (S. 30 de junio de 2.009); defiende el buen funcionamiento del mercado mediante la represión de actos que son aptos para eliminar o reducir la decisión del consumidor, colocado en la posición de tener que responder a las ofertas que recibe con una voluntad viciada por confusión -estricta y amplia-, esto es, por un error sobre la procedencia del producto ofertado (S. 19 de mayo de 2.008). El art. 6 atiende más al efecto del acto desleal, la confusión, que a su causa, la cual se describe con una amplia referencia a cualquier comportamiento (S. 25 de mayo de 2.010).”*

³⁰⁷ T.S. 888/2010 (Sala 1) de 30 de diciembre, compárese arriba.

El T.S. manifiesta, que el acto de confusión puede incluso solaparse con el art. 11 (acto de imitación)³⁰⁸, lo que obviamente dependerá en el grado del acto de confusión. Es decir, cuanto más apto es el comportamiento para crear una confusión, sería más posiblemente llegar a una imitación a su vez.

En otra ocasión³⁰⁹, el TS recuerda que «El art. 6.º LCD infringido, que tiene su antecedente en el art. 10 bis 1 del Convenio de la Unión de París, cumple la función de defender el buen funcionamiento competitivo mediante la represión de conductas que sean aptas para eliminar o reducir la autonomía del consumidor, colocado en la posición de tener que responder a las ofertas que recibe con una voluntad viciada por confusión, estricta y amplia, esto es, por un error sobre la procedencia empresarial de los productos ofertados, SS 19 de mayo de 2008 y 30 de junio de 2009».

Como destaca MACÍAS³¹⁰: *“El riesgo de confusión a efectos del control casacional presenta un doble contenido, uno fáctico y otro jurídico. El de carácter fáctico sólo puede combatirse con el recurso extraordinario por infracción procesal. El de carácter jurídico necesita de una correcta calificación en cada caso (SS, entre otras, 31 de diciembre de 1996 y 7 de julio de 2006), y es revisable en casación. Dicha revisión consiste en una valoración de la razonabilidad del juicio del juzgador a quo, en lo que se viene denominando criterio de buen sentido, pero también se extiende a verificar si se han observado las pautas adecuadas a las circunstancias de cada caso a fin de mantener un criterio uniforme en la aplicación de la normativa legal.”*

En cuestión a la publicidad de los abogados, casos de confusión inducida por los abogados, se puede imaginar especialmente que distintos despachos quieran ser confundidos por el cliente por despachos con mucho prestigio (lo que se puede llamar marca de un despacho de abogados). El concepto de la marca de un despacho o de la firma se está haciendo cada vez más importante en el mercado jurídico. Obviamente visto, el riesgo de confusión entre despachos es muy pequeño,

³⁰⁸ T.S. 888/2010 (Sala 1) de 30 de diciembre: [...] “y no cabe limitar el ámbito del precepto (art. 6.º LCD) a una comparación confusoria entre dos formas de presentación, ni menos todavía a una imitación de otra creación formal -lo que de darse incluso podría solaparse con el ilícito del art. 11 LCD”.

³⁰⁹ STS 26 de septiembre de 2.010 (Pte. Sr. Corbal Fernández) SAP Barcelona, Sección 15.ª, de 16 de febrero de 2006; Análisis de esta sentencia: Agustín Macías Castillo, Práctica de Derecho de Daños, Nº 87.

³¹⁰ Actos de competencia desleal por el empleo de productos y marcas con denominación similar (“Caribe mix 2002”) 26 de septiembre de 2.010 (Pte. Sr. Corbal Fernández) SAP Barcelona, Marcas con denominación similar, Agustín Macías Castillo, Práctica de Derecho de Daños, Nº 87.

ya que, normalmente, para el consumidor, el punto de referencia –también en un despacho grande– es un abogado distinto que se conoce por recomendación o por literatura de ranking o algo similar. Sin embargo, en el mercado de la abogacía se desarrollan más y más marcas con creciente importancia y por eso los actos de confusión a lo mejor tendrán más importancia en el futuro.

(4) Omisiones engañosas (artículo 7 LCD)

Según el art. 7 LCD se considera desleal la utilización o difusión de indicaciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que, por las circunstancias en que tenga lugar, sea susceptible de inducir a error a las personas a las que se dirige o alcanza, sobre la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud en el empleo, calidad y cantidad de los productos y en general sobre las ventajas realmente ofrecidas. Como indica la Sentencia del AP Barcelona del 4 de mayo de 2005, la deslealtad reside en el error que provoca o puede provocar en el consumidor la falsedad o inexactitud de las indicaciones sobre determinados aspectos de la prestación, y trata de proteger al consumidor en el momento de adoptar su decisión en el mercado, en concreto, para que la misma sea libre y consciente, cual corresponde a quien ha de ser árbitro en un sistema transparente de libre competencia. El Tribunal Supremo afirma³¹¹ que “el art. 7 trata de proteger el correcto funcionamiento del mercado, en el que la ley de la oferta y la demanda cumple una función trascendente, ante la posibilidad de que los consumidores, en el momento de tomar la decisión de adquirir o no los bienes, productos o servicios, estén errados sobre las características de los mismos que puedan influir en aquella”.

En el caso de los abogados, ya el propio Código Deontológico de la Abogacía tiene una reglamentación sobre las indicaciones que tiene que hacer el abogado cuando hace publicidad. Especialmente sólo podrá realizar publicidad, según el art. 7 CD, que sea digna, leal y veraz. Explícitamente, el CD no prohíbe la omisión de informaciones. Pero considerando solamente la jurisprudencia y normativa acerca de la responsabilidad del abogado por su asesoramiento jurídico, el

³¹¹ TS, Sentencia del 19 de mayo de 2008, núm. de resolución 365/2008: “El artículo 7 de la Ley de competencia desleal trata de proteger el correcto funcionamiento del mercado, en el que la ley de la oferta y la demanda cumple una función trascendente, ante la posibilidad de que los consumidores, en el momento de tomar la decisión de adquirir o no los bienes -productos o servicios-, estén errados sobre las características de los mismos que puedan influir en aquella”.

abogado debería mejor no omitir ninguna información a sus posibles clientes si quiere evitar posibles pretensiones por daños o perjuicios por el lado del cliente, si las cosas van mal. Por lo tanto, no nos queda aquí mucho ámbito de aplicación para el art. 7 CD.

(5) Códigos de conducta y abogados (artículo 5.2 LCD)

La antigua LCD de 1991 no estableció un precepto específico de la regulación del incumplimiento de los códigos de conducta. Sin embargo, los juzgados sí podían considerarlos, si según las circunstancias del caso, un acto de competencia desleal y en particular, un acto de engaño en sentido del antiguo 7 LCD. Ahora, el artículo 5.2 LCD³¹² determina que también las infracciones en códigos de conducta se consideran desleales por la LCD. En nuestro contexto, antes de todo, surge la pregunta de si el Código Deontológico de la Abogacía es un código de conducta en sentido de la LCD. El 5.2 del LCD se separa del texto de la normativa comunitaria. Primeramente, el art. 5.2 LCD hace de los empresarios y profesionales protagonistas activos y, sobre todo, de los destinatarios (y no de los consumidores) sujetos pasivos de este acto de competencia desleal. Lo denomina así, para aumentar el campo de aplicación del art. 5.2 LCD, ya que la Directiva ha excluido las relaciones entre empresarios. Esta solución es compatible con la Directiva, proporcionando una protección más fuerte al mercado y más que nada se adapta al planteamiento y la estructura general del régimen de la competencia desleal en España. En segundo lugar, el 5.2 LCD no estipula el incumplimiento de los compromisos derivados de códigos de conducta como actos de engaño. Esta diferencia a las disposiciones de la Directiva no son comprensibles, porque lo pide la fidelidad a la normativa en el proceso de trasposición y aparte lo exigía la coherencia sistemática con la construcción literal del tratamiento de los actos de engaño que establece el apartado primero de este precepto [“se considera desleal por engañosa (...)”].

En último lugar, la norma nacional sustituye la exigencia de que la conducta haga o pueda hacer que el destinatario de la práctica tome una decisión que de otro modo no habría tomado, por la exigencia de que sea susceptible para distorsionar de manera significativa su comportamiento económico. Así la LCD prescinde de señalar que habrán de tenerse en cuenta todas las caracterís-

³¹²Art. 5.2 LCD

“Cuando el empresario o profesional indique en una práctica comercial que está vinculado a un código de conducta, el incumplimiento de los compromisos asumidos en dicho código, se considera desleal, siempre que el compromiso sea firme y pueda ser verificado, y, en su contexto fáctico, esta conducta sea susceptible de distorsionar de manera significativa el comportamiento económico de sus destinatarios”.

ticas y circunstancias de la práctica enjuiciada e igualmente desiste en la advertencia de que el compromiso manifestado no sea una aspiración u objetivo.

La falta de cumplimiento con los compromisos asumidos de los códigos de conducta es un acto de engaño y, más en particular y tomando como referencia la clasificación comunitaria que se ha trasladado a la LCD con la reforma de 2009, una “acción engañosa”. Por eso, podemos comprobar que el reproche de deslealtad que se quiere sancionar con esta norma no se funda en la infracción del código en sí, sino en el engaño que esto conlleva.³¹³ La falta del término engaño en el texto del art. 5.2 LCD no debe de llevar a la conclusión que el legislador español ha desvinculado la deslealtad del incumplimiento de los códigos de conducta del engaño para fundarlo en la sola quiebra de sus disposiciones. Aunque la norma no menciona el acto de engaño, el incumplimiento de los compromisos asumidos en un código de conducta no es un acto de competencia desleal dotado de autonomía respecto del acto de engaño y, por ello, respecto de la defraudación, real o potencial, de las representaciones de la realidad que se crea en los destinatarios que están sometidos a un código de conducta. Más bien se trata propiamente de un supuesto particular de acto de engaño, que a su vez es fundamento de un reproche de la deslealtad por su afecto negativo a la competencia del mercado. Como dice *Massaguer* de otra forma: “El artículo 5.2 LCD no establece un reproche jurídico y habilita una sanción adicional a los que merecen el propio quebranto de la obligación impuesta por los códigos de conducta; por el contrario, tiene por objeto un aspecto específico de ese incumplimiento, cual es la frustración de las razones por las que los destinatarios de la conducta pudieran adoptar una decisión de mercado de resultados de la manifestación de aceptación de las obligaciones previstas en un código de conducta. [...] Por otra parte, la configuración de este acto de competencia desleal como particular modalidad de engaño permite advertir ya, desde una perspectiva sistemática, un extremo sobre el que se ha de volver al tratar del alcance que en este contexto debe darse a la exigencia de que el incumplimiento relevante sea precisamente el de compromisos libremente asumidos.

El art. 5.2 solamente se refiere a “empresario o profesional” como sujetos amparados por la norma, dejando, literalmente visto, fuera de su campo de aplicación cualquier otro tipo de actor,

³¹³ En este sentido: Tato Plaza, Fernández Carballo-Calero y Herrera Petrus (2010, p. 146), (2008-2009, pp. 110-111) o, en la doctrina alemana, Köhler/Bornkamm (2010, § 5 [5.164]).

teniendo un alcance más reducido que el de aplicación de la propia LCD. El destinatario mencionado en la norma tiene que ser el sujeto al que se le distorsiona su comportamiento económico de forma significativa. Los destinatarios podrán, debido a esto, ser tanto los proveedores como los clientes, incluyendo a los consumidores reales o potenciales del empresario o profesional.

La cuestión clave en el contexto de la presente investigación es, si en el ámbito de la publicidad jurídica el art. 5.2 puede tener relevancia. Los códigos de conducta poseen una naturaleza privada, sin perjuicio de su referendo público³¹⁴, y las obligaciones que en ellos se establecen derivan de la libre adhesión del empresario o profesional al código o a la asociación, institución que aprueba y administra el código, y no de una previsión legal, reglamentaria o administrativa (en los términos de la Directiva 2005/29/CEE)³¹⁵.

Por tanto concluye Massaguer que no son códigos de conducta a estos efectos: “[...] aquellos aprobados por disposiciones reglamentarias o cuya obligatoriedad resulta de una disposición legal, reglamentaria o de la pertenencia del empresario o profesional a la entidad o corporación que los aprueba para sus miembros cuando esa pertenencia viene legalmente impuesta, como puede ser el caso de los códigos deontológicos de las profesiones colegiadas”³¹⁶.

El Código Deontológico de la Abogacía encuentra su fundamento en base de Ley³¹⁷ y, por lo tanto, no es un código de conducta en el sentido del art. 5.2 LCD. Entonces, podemos concluir que el art. 5.2 LCD no es pertinente cuando se trata de una infracción del derecho profesional de los abogados. Por otro lado, sí sería aplicable si un despacho de abogados se hace miembro de Auto-

³¹⁴ Artículo 21 LCD. “Prácticas engañosas sobre códigos de conducta u otros distintivos de calidad.

1. Se reputan desleales por engañosas, las prácticas comerciales que afirmen sin ser cierto:

- a. Que el empresario o profesional está adherido a un código de conducta.
- b. Que un código de conducta ha recibido el refrendo de un organismo público o cualquier otro tipo de acreditación.
- c. Que un empresario o profesional, sus prácticas comerciales, o un bien o servicio ha sido aprobado, aceptado o autorizado por un organismo público o privado, o hacer esa afirmación sin cumplir las condiciones de la aprobación, aceptación o autorización”.

³¹⁵ Massaguer, *Códigos de conducta y competencia desleal: aspectos sustantivos y procesales*, pág. 14.

³¹⁶ Massaguer, *Códigos de conducta y competencia desleal: aspectos sustantivos y procesales*, pág. 14.

³¹⁷ Véase art. 72.3. c) del Estatuto General de la Abogacía Española, Real Decreto 658/2001 de 22 de junio.

control.³¹⁸ En este caso sucumbe al Código de Conducta y podría, aparte de las sanciones de Autocontrol, ser sancionado a través del art. 5.2 LCD.

(6) Prácticas agresivas, art. 8 LCD

Con la modificación de la Ley de Competencia Desleal realizada por la Ley 29/2009, del 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para mejorar la protección de los consumidores y usuarios, se ha trasladado el régimen de la Directiva 2005/29/CEE al derecho español. El contenido jurídico se ha materializado en el nuevo artículo 8 de la LCD.

El fundamento de la deslealtad de las prácticas agresivas se cimienta en particular en la indebida injerencia de la conducta del empresario en la autonomía de decisión del consumidor o, si se prefiere y como indica el nuevo artículo 8 LCD, en la afectación negativa a la libertad de decisión del consumidor. Esta influencia se tiene que concretar en inducir efectiva o potencialmente una decisión por el deseo de evitar una situación peligrosa, embarazosa o simplemente incómoda, sea en conseguir decisiones no suficientemente meditadas, sea en inducir a abandonar reclamaciones y peticiones a cambio de no afrontar los costes de transacción implícitos en ellas.

El artículo 8 caracteriza y concreta las prácticas agresivas por medio de la determinación de la conducta relevante, de los requisitos de deslealtad y de las circunstancias a las que debe atenderse para apreciar si la conducta valorada corresponde a la conducta relevante. La regulación se completa con el nuevo artículo 19 de la ley sobre las prácticas comerciales desleales con los consumidores, entre las que se encuadran las prácticas agresivas y los arts. 28 y 31 de la ley, que definen ciertas prácticas agresivas, las cuales en cualquier circunstancia serán desleales con los consumidores.

El núcleo de la regulación se contiene en el artículo 8³¹⁹ de la ley, el cual declara desleal todo comportamiento que es susceptible de mermar de manera significativa mediante acoso, coacción

³¹⁸ Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial.

³¹⁹ Art. 8 LCD

o influencia indebida, “...la libertad de elección o conducta del destinatario en relación al bien o servicio y, por consiguiente, afecte o pueda afectar a su comportamiento económico.”

La norma dispone las circunstancias a las que se debe prestar una especial atención para determinar si la conducta enjuiciada constituye o no un acoso, una coacción o una influencia indebida. Si comparamos el artículo 8 de la LCD con la Directiva 2009/25/CEE vemos que el artículo 8 reproduce, en lo esencial, lo que ya se estableció en el artículo 8 de la Directiva 2009/25/CEE. Sin embargo, el artículo 8 incorpora diferencias sustantivas igual que sistemáticas.

Las diferencias sistemáticas son de poca importancia: en el artículo 8 se agrupan tres previsiones en una, cuando en la Directiva 2005/29/CEE las encontramos en diferentes artículos (prácticas agresivas como conducta ilícita en el artículo 8 de la Directiva, la definición de influencia indebida como modalidad de la conducta en el artículo 2 y la disposición para determinar si una práctica comercial hace uso del acoso, la coacción, con inclusión del uso de la fuerza, o la influencia indebida, se encuentra en el artículo 9 de la Directiva 2005/29/CEE).

Luego, se ha adaptado el tenor del artículo 8 de la LCD al ámbito objetivo de la aplicación, el cual difiere de la directiva. La LCD se extiende a cualquier conducta realizada en el mercado con finalidad concurrencial incluidas las prácticas realizadas antes, durante y después de la contratación. La directiva se limita a las prácticas comerciales de las empresas en relación con los consumidores y usuarios (arts. 1, 2 d Directiva 2005/29/CEE). Entonces, podemos resumir que la

1. Se considera desleal todo comportamiento que teniendo en cuenta sus características y, sea susceptible de mermar de manera significativa, mediante acoso, coacción, incluido el uso de la fuerza, o influencia indebida, la libertad de elección o conducta del destinatario en relación al bien o servicio y, por consiguiente, afecte o pueda afectar a su comportamiento económico.

A estos efectos, se considera influencia indebida la utilización de una posición de poder en relación con el destinatario de la práctica para ejercer presión, incluso sin usar fuerza física ni amenazar con su uso.

2. Para determinar si una conducta hace uso del acoso, la coacción o la influencia indebida se tendrán en cuenta:

a) El momento y el lugar en que se produce, su naturaleza o su persistencia.

b) El empleo de un lenguaje o un comportamiento amenazador o insultante.

c) La explotación por parte del empresario o profesional de cualquier infortunio o circunstancia específicos lo suficientemente graves como para mermar la capacidad de discernimiento del destinatario, de los que aquél tenga conocimiento, para influir en su decisión con respecto al bien o servicio.

d) Cualesquiera obstáculos no contractuales onerosos o desproporcionados impuestos por el empresario o profesional cuando la otra parte desee ejercitar derechos legales o contractuales, incluida cualquier forma de poner fin al contrato o de cambiar de bien o servicio o de suministrador.

e) La comunicación de que se va a realizar cualquier acción que, legalmente, no pueda ejercerse.

LCD alcanza a “todo comportamiento” cualquiera que sea su destinatario cuando, a diferencia de esto, el artículo 8 de la Directiva solo comprende “toda práctica comercial”. La práctica comercial es por definición una conducta realizada por un empresario en relación con los consumidores. Esto tiene la consecuencia de que la LCD se extiende al ámbito de las relaciones entre empresarios y profesionales.

Aparte, el artículo 8 contiene algunas diferencias en cuanto al lenguaje para facilitar el texto normativo, sin perder el contenido jurídico.

La regulación del artículo 8 se completa con la inclusión de las prácticas agresivas en la particular categoría de actos de competencia desleal que tienen la consideración de prácticas comerciales desleales con los consumidores, establecida en el nuevo artículo 19.1 de la LCD. Aparte se han implementado algunas **modalidadeso grupos de prácticas agresivas** en el catálogo de prácticas comerciales con los consumidores. Éstas se consideran “en todo caso y en cualquier circunstancia” desleales (véase art. 19.2 LCD). Esto significa que estas prácticas se consideran desleales “per se” cuando se realicen por los empresarios en relación con los consumidores (art. 19 II Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios [LCU]).

Estas modalidadeso grupos de prácticas agresivas de la LCD³²⁰ se establecen en los art. 28 y 31 LCD.³²¹

³²⁰ Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, Publicado en BOE de 11 de Enero de 1991.

³²¹ **Art. 28. Prácticas agresivas por coacción. (Añadido por Ley 29/2009, de 30 de diciembre)**

Se reputan desleales por agresivas las prácticas comerciales que hagan creer al consumidor o usuario que no puede abandonar el establecimiento del empresario o profesional o el local en el que se realice la práctica comercial, hasta haber contratado, salvo que dicha conducta sea constitutiva de infracción penal.

Artículo 29. Prácticas agresivas por acoso. (Añadido por Ley 29/2009, de 30 de diciembre)

1. Se considera desleal por agresivo realizar visitas en persona al domicilio del consumidor o usuario, ignorando sus peticiones para que el empresario o profesional abandone su casa o no vuelva a personarse en ella.

2. Igualmente se reputa desleal realizar propuestas no deseadas y reiteradas por teléfono, fax, correo electrónico u otros medios de comunicación a distancia, salvo en las circunstancias y en la medida en que esté justificado legalmente para hacer cumplir una obligación contractual.

El empresario o profesional deberá utilizar en estas comunicaciones sistemas que le permitan al consumidor dejar constancia de su oposición a seguir recibiendo propuestas comerciales de dicho empresario o profesional.

Un cambio importante en la directiva es que el legislador español ha sacado la práctica agresiva del apartado 31) de su Anexo I de esta categoría de prácticas, para ubicarla en las prácticas engañosas “per se” mediante su consignación en el artículo 22.6 LCD.

Como vemos, el legislador ha intentado sistematizar y concretar las prácticas agresivas. Este intento de sistematizar la normativa de la Directiva 2005/29/CEE tiene la consecuencia de que estos preceptos no han sido del todo fieles a la directiva, aunque el artículo 5.5 de la Directiva 2005/29/CEE exige a los legisladores internos la trasposición literal.

Frente a la coacción, la influencia indebida se caracteriza por el aprovechamiento de una situación de poder que puede ser propia del oferente o propia del tercero del que se vale el oferente para trasladar su oferta o su posición respecto a la celebración o al cumplimiento del contrato, al que está sujeto el destinatario de la práctica.

Para que el consumidor o usuario pueda ejercer su derecho a manifestar su oposición a recibir propuestas comerciales no deseadas, cuando éstas se realicen por vía telefónica, las llamadas deberán realizarse desde un número de teléfono identificable.

Este supuesto se entenderá sin perjuicio de lo establecido en la normativa vigente sobre protección de datos personales, servicios de la sociedad de la información, telecomunicaciones y contratación a distancia con los consumidores o usuarios, incluida la contratación a distancia de servicios financieros.

El artículo 30 (Prácticas agresivas con menores)

- Este artículo no es de interés en el presente estudio. -

Artículo 31. Otras prácticas agresivas. Añadido por Ley 29/2009, de 30 de diciembre

Se considera desleal por agresivo:

1. Exigir al consumidor o usuario, ya sea tomador, beneficiario o tercero perjudicado, que desee reclamar una indemnización al amparo de un contrato de seguro, la presentación de documentos que no sean razonablemente necesarios para determinar la existencia del siniestro y, en su caso, el importe de los daños que resulten del mismo o dejar sistemáticamente sin responder la correspondencia al respecto, con el fin de disuadirlo de ejercer sus derechos.

2. Exigir el pago inmediato o aplazado, la devolución o la custodia de bienes o servicios suministrados por el comerciante, que no hayan sido solicitados por el consumidor o usuario, salvo cuando el bien o servicio en cuestión sea un bien o servicio de sustitución suministrado de conformidad con lo establecido en la legislación vigente sobre contratación a distancia con los consumidores y usuarios.

3. Informar expresamente al consumidor o usuario de que el trabajo o el sustento del empresario o profesional corren peligro si el consumidor o usuario no contrata el bien o servicio.

En el caso de la publicidad de los abogados, la mayoría de la normativa no tiene efecto. La única norma de relevancia es el artículo 29.2 (prácticas agresivas por acoso mediante los medios de comunicación). De todos modos, podemos decir que la publicidad mediante teléfono de parte de abogados no es una modalidad casual, la cual casi no tiene importancia práctica. Sin embargo, el abogado debe tener en cuenta el número 3 del artículo 31 LCD. Es posible infringir esta tipificación de práctica agresiva de parte del abogado sin querer, ya que el cliente se puede sentir agredido hasta por la información sobre las consecuencias posibles de un asunto jurídico de parte del abogado. Por lo tanto, el abogado no debería intentar forzar al cliente –aunque con buenas intenciones– a la contratación de su servicio, si el cliente no está seguro de lo que quiere.

(7) Actos de denigración, artículo 9 LCD

La publicidad no deberá denigrar ni menospreciar, implícita o explícitamente, a otras empresas, actividades, productos o servicios.

Según el primer apartado del artículo 9 LCD³²², solamente se considera desleal la difusión de manifestaciones que sean aptas para menoscabar su crédito en el mercado, si no son exactas, verdaderas y pertinentes. Es decir, la LCD admite la exceptio veritatis, de tal forma que si no procede esta excepción, se podrán invocar las dos normas, ya que ambas se complementan. Además, el último párrafo puntualiza que no serán pertinentes, aunque se suministren datos exactos, “las que tengan por objetivo la nacionalidad, las creencias... (véase arriba)”.

Por lo tanto, podemos llegar a la conclusión de que no es ilícita la publicidad cuando la denigración tiene un fundamento de datos “exactos, verdaderos y pertinentes”. Entonces, la publicidad solamente es denigratoria cuando se basa en datos “no exactos, no veraces e impertinentes”.

³²²Artículo 9 LCD

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.

En particular, no se estiman pertinentes las manifestaciones que tengan por objeto la nacionalidad, las creencias o ideología, la vida privada o cualesquiera otras circunstancias estrictamente personales del afectado.

Esto se explicita con el siguiente ejemplo:

Recientemente la A.P. Alicante en la sentencia 125/2012³²³ del 16 de marzo vió una denigración en el sentido del art. 9 LCD en el caso de la compañía ascensores SERVIATES. Esta mandó cartas-circulares a diferentes comunidades de pisos, advirtiendo que el servicio de reciente creación para el mantenimiento de ascensores podrían dar un mal servicio u ofrecer precios engañosamente falsos, incluyendo expresiones como la del tenor "¡Que no le engañen otra vez!". El Juzgado estimó que estas manifestaciones contravenían el art. 9 LCD porque eran aptas para menoscabar su crédito haber probado en el mercado, sin que fueran exactas, verdaderas y pertinentes.

En el 2007 el Tribunal Superior manifestó en una sentencia³²⁴ que el art. 9 LCD no exige un "animus o intencionalidad", sino un acto objetivamente apto para menoscabar el crédito en el

³²³A.P. Alicante 125/2012 de 16 de marzo: La empresa de ascensores KONE demandó a SERVIATES, alegando que unas cartas-circulares que mandó SERVIATES a unas comunidades de propietarios contuviesen información inveraz respecto de KONE sobre los servicios de mantenimiento de ascensores. En la comunicación remitida a varias comunidades de propietarios, con referencia expresa a KONE ELEVADORES, SA, que se decía que había adquirido su cartera de clientes a ASCENSORES IRIS, SL, decía que con la práctica de la venta de esa cartera se estaba cometiendo una irregularidad legal y administrativa a la vez, que si tenía concertado un contrato con ésta última, existían varios problemas (como carecer de conservador de ascensor, de cobertura de seguro...), e incluía expresiones claramente vejatorias, como la del tenor " ¡Que no le engañen otra vez!

El juzgado considera, que tales manifestaciones por parte de SERVIATES atinentes a la actividad y prestaciones de KONE ELEVADORES, SA, son aptas para menoscabar su crédito en el mercado, para afectar su reputación comercial y, por ello, y en cuanto no se ha probado que sean exactas, verdaderas y pertinentes (dicho sea de paso, en modo alguno podría serlo la expresión de que "no le engañen otra vez"), constitutivas de actos de denigración, prohibidos por el precepto del art. 9 LCD. Sin embargo, el juzgado solamente ha condenado a la actora a pagar una cantidad de 3.000 Euros por la infracción.

³²⁴TS 2007, 22 de marzo: Los antecedentes de la sentencia de 22 de marzo de 2007 fueron que el TS confirmó la sentencia de la AP de Madrid que había revocado la del juzgado de Primera Instancia núm 61 de Madrid, el cual condenó a la demanda por un acto de competencia desleal justificando en el art. 9 LCD. Los hechos fueron los siguientes: Hobby Press, S.A. presentó demanda contra Edición Mensuales, S.A. por la publicación en la revista del demandado "Superruegos" determinadas expresiones denigratorias contra la Revista Hobba Consolas, el Juzgado de Primera Instancia condenó a la demanda y la AP de Madrid, sección 19 mediante sentencia de 2 de febrero de 2007 revoca la sentencia esgrimiendo entre sus argumentos que no se trataba de un acto de denigración definido en el art. 9 de la LCD "pues no cabe inferir que tales manifestaciones vayan dirigidas para menoscabar el crédito en el mercado de la actora y hoy apelada con ánimo de captar lectores de dicha revista en beneficio propio y en una deslealtad concurrencial mercantil, que es precisamente la que prohíbe la citada Ley (...) la existencia del mencionado consultorio destinado a la denuncia de errores apreciados en la revista del sector – incluida la demanda – puede incluso llegar a fomentar la compra de las mismas, por lo que la torcida finalidad que se le imputa resulta frustrada". Las manifestaciones de la revista realizaban en una sección donde se aludía en tono "ironico y jocoso" y se aludía también a otras revistas. El TS no consideró en este caso la existencia de violación del art. 9 del LCD como pretendía la recurrente que en el recurso reprochó básicamente que se había interpretado erróneamente el art. 9 al exigir un componente subjetivo "al animus o intencionalidad", que la norma no exige, a lo que el TS respondió, en síntesis, que la apreciación de la aptitud objetiva para menoscabar el crédito en el mercado, alterar la reputación comercial o afectar a las decisiones de aquél corresponde a los Tribunales que conocen en instancia de modo que la revisión casacional se circunscribe a que exista un error en la valoración probatoria por un lado y, por otro, que el juicio ponderativo no es

mercado o alterar la reputación comercial. La existencia de esta aptitud que viola el art. 10 LCD es objeto de una ponderación o valoración conjunta.

En consecuencia para nuestra investigación podemos poner de relieve, que todas las manifestaciones publicitarias tienen que ser exactas, veraces y pertinentes, para asegurarse de no violar el art. 9 LCD, ya que una intención denigratoria no es necesaria. Es decir, si el abogado comunica una información no exacta, veraz y pertinente sobre otro actor y que éste entienda como agravio, ya infringimos el art. 9 LCD, si el juzgado confirma un acto de denigración objetivo.

(8) Actos de comparación e imitación (artículo 10, 11 LCD)

- Comparación, Art. 10 LCD³²⁵

El artículo 10 LCD regula la licitud de actos de comparación. El art. 10 LCD parte de la idea de la licitud de los actos comparativos, siempre que tengan un contenido no engañoso, introduciendo por primera vez un concepto y una enumeración de requisitos (puntos a - e).

Para nuestra investigación la publicidad comparativa no consta de mucha relevancia, ya que la publicidad de comparación, de todas maneras, se considera contraria al Código Deontológico de la Abogacía (artículo 7 g CD).

arbitrario o irrazonable. La valoración conjunta no permitió sentar la existencia del requisito de la aptitud de menoscabar el crédito en el mercado de la actora, ni era tal finalidad de la sección de la revista de la demandada.

³²⁵ Art. 10 LCD: *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.*
- c) En el supuesto de productos amparados por una denominación de origen o indicación geográfica, denominación específica o especialidad tradicional garantizada, la comparación sólo podrá efectuarse con otros productos de la misma denominación.*
- d) No podrán presentarse bienes o servicios como imitaciones o réplicas de otros a los que se aplique una marca o nombre comercial protegido.*
- e) La comparación no podrá contravenir lo establecido por los artículos 5, 7, 9, 12 y 20 en materia de actos de engaño, denigración y explotación de la reputación ajena.*

Según éste, se entiende que vulnera el Código Deontológico aquella publicidad que comporte, entre otros supuestos: “Establecer comparaciones con otros abogados o con sus actuaciones concretas o afirmaciones infundadas de autoalabanza”.

El legislador, sin embargo, como ya mencionamos en un principio parte de la libertad de comparación, permitiendo todos actos de comparación, pero sólo si cumplen con los requisitos del art. 10 LCD.

La comparación de cierta manera también afecta al derecho de las marcas. Según los considerandos decimotercero y decimoquinto de la Directiva 55/1997 CE del 6 de octubre, el legislador comunitario consideró que la necesidad de favorecer la publicidad comparativa implicaba limitar en cierta medida el derecho conferido por la marca, ya que el requisito exigido para apreciar el carácter comparativo de un anuncio publicitario es la alusión explícita o implícita a un competidor del anunciante. En una referencia a ese competidor o a los bienes y a los servicios que ofrece hay publicidad comparativa en el sentido del artículo 2 de la Directiva 450/1984. Toda comparación implica un cierto grado de descrédito para la actividad, prestaciones o los establecimientos ajenos.³²⁶ Como constata MACÍAS³²⁷ concluyendo: “*Ningún operador se atreverá a efectuar publicidad comparativa para terminar afirmando que sus productos o servicios son de inferior calidad o categoría que los del competidor.*” Según la sentencia del TS del 22 de febrero de 2006³²⁸ “*...la medida del tolerable depende del contenido del mensaje, que ha de ser interpretado en su conjunto, sin descomponerlo en partes y atendiendo a la impresión global que sea susceptible de generar en los destinatarios, así como de la necesidad de utilizar la minusvaloración para llevar a cabo una comparación adecuada a todas las exigencias legales que la convierten en lícita.*”

Consecuentemente, la Sentencia del TJCE de 12 de junio de 2008³²⁹ concluye que para conciliar la protección de las marcas registradas con el uso de la publicidad comparativa, el artículo 5 de la

³²⁶ Agustín Macías Castillo, Publicidad comparativa ilícita que deviene en práctica de competencia desleal, pag. 1390.

³²⁷ Agustín Macías Castillo, Publicidad comparativa ilícita que deviene en práctica de competencia desleal, pag. 1390.

³²⁸ TS, 1. Sentencia de 22 de febrero de 2006: véase también el artículo de Agustín Macías Castillo, Publicidad comparativa ilícita que deviene en práctica de competencia desleal, pag. 1389.

³²⁹ TJCE de 12 de junio de 2008: *El derecho de marca no permite oponerse al uso de un signo idéntico o similar a una marca en publicidad comparativa si no hay riesgo de que el consumidor confunda al anunciante con el titular de la marca, o las marcas, bienes o servicios del anunciante con los del titular de la marca.*

Directiva 95/2008 de 22 octubre, apartados 1 y 2 y el artículo 3 bis 1 Directiva 450/1984 de 10 de septiembre se deben interpretar en el sentido de que el titular de una marca registrada no puede prohibir el uso de un signo idéntico o similar a su marca por parte de un tercero en publicidad

Según la Directiva comunitaria sobre marcas, el titular de una marca registrada está facultado para prohibir el uso en el tráfico económico de un signo idéntico a la marca para productos o servicios idénticos y el uso de un signo similar a la marca si existe riesgo de confusión, que comprende el riesgo de asociación entre el signo y la marca.

La Directiva comunitaria sobre publicidad comparativa establece la licitud de la publicidad comparativa si se cumplen determinadas condiciones, entre otras que no sea engañosa, que no dé lugar a confusión en el mercado entre el anunciante y un competidor o entre las marcas, que no desacredite ni denigre la marca y que no saque indebidamente ventaja de la reputación de una marca.

Para promocionar sus servicios de telefonía móvil, O2 utiliza imágenes de burbujas de varios tipos y es titular de dos marcas nacionales británicas, consistentes en una imagen estática de burbujas.

En 2004, Hutchison 3G («H3G»), un competidor de O2 que comercializa sus servicios con el signo «3», lanzó una campaña publicitaria para su servicio de prepago denominado «Threepay». En el marco de ésta, se emitió en televisión un anuncio en el que comparaba el precio de sus servicios con los ofrecidos por O2. Este anuncio comenzaba usando el nombre «O2» e imágenes de burbujas en negro y blanco en movimiento a las que seguían imágenes de «Threepay» y de «3», así como con un mensaje que indicaba específicamente que los servicios de H3G eran menos costosos.

O2 interpuso ante la High Court una demanda por violación de sus marcas con burbujas, aunque admitió que la comparación de precios efectuada en el anuncio controvertido era exacta y que, en su conjunto, dicho anuncio no era engañoso. Dicha demanda fue desestimada. O2 interpuso entonces un recurso de apelación frente a la mencionada resolución ante la Court of Appeal, que preguntó al Tribunal de Justicia si el titular de una marca registrada puede prohibir el uso de un signo idéntico o similar a su marca en una publicidad comparativa que no da lugar a confusión entre el anunciante y un competidor o entre las marcas, bienes o servicios del anunciante y los de un competidor.

Con carácter preliminar, el Tribunal de Justicia explica la interacción entre la Directiva sobre marcas y la Directiva sobre publicidad comparativa. Considera que el uso por parte de un anunciante, en publicidad comparativa, de un signo idéntico o similar a la marca de un competidor para identificar sus productos o servicios puede prohibirse con arreglo a la Directiva sobre marcas. Sin embargo, el Tribunal de Justicia señala que la intención del legislador comunitario era favorecer la publicidad comparativa, a cuyo fin se limita en cierta medida el derecho conferido por la marca.

Para conciliar la protección de las marcas registradas con el uso de la publicidad comparativa, el Tribunal de Justicia señala que el titular de una marca registrada no está facultado para prohibir el uso de un signo idéntico o similar a su marca por parte de un tercero en publicidad comparativa, si ésta cumple todas las condiciones de licitud. No obstante, si existe riesgo de confusión entre el anunciante y un competidor o entre las marcas, bienes o servicios del anunciante y los de algún competidor, la publicidad no cumple todas las condiciones de licitud enunciadas en la Directiva sobre publicidad comparativa y el titular de la marca puede prohibir el uso de un signo idéntico o similar a su marca.

En respuesta a la cuestión planteada por la Court of Appeal, el Tribunal de Justicia recuerda que el titular de una marca registrada puede prohibir el uso de un signo idéntico o similar a su marca cuando se reúnan los cuatro requisitos siguientes: dicho uso debe producirse dentro del tráfico económico; tiene que producirse sin el consentimiento del titular de la marca; tiene que producirse para productos o servicios idénticos o similares a aquellos para los que la marca esté registrada, y debe menoscabar o poder menoscabar la función esencial de la marca, que es garantizar a los consumidores el origen de los productos o servicios, debido al riesgo de confusión por parte del público. El Tribunal de Justicia indica que en el litigio principal se cumplen los tres primeros requisitos. En cambio, señala que, según comprobó el propio órgano jurisdiccional remitente, el uso por H3G de imágenes de burbujas similares a las marcas con burbujas en el anuncio controvertido no dio lugar a riesgo de confusión por parte de los consumidores. En efecto, en su conjunto, el anuncio no era engañoso y, en particular, no sugería que hubiera ninguna relación comercial entre O2 y H3G. Por consiguiente, en el litigio principal no se cumple el cuarto requisito.

En esas circunstancias, el Tribunal de Justicia declara que el titular de una marca registrada no puede invocar sus derechos de marca para prohibir el uso en publicidad comparativa, por parte de un tercero, de un signo similar a esa marca para productos o servicios idénticos o similares a aquellos para los que dicha marca está registrada, cuando tal uso no dé lugar a riesgo de confusión por parte del público.

comparativa, sí la publicidad cumple todas las condiciones de licitud enunciadas en el mencionado artículo (ahora el artículo 10 LCD). Como en el caso de la abogacía, la publicidad comparativa infringe el artículo 7 g) del Código Deontológico de la Abogacía, queda prohibido por el derecho deontológico, y no queda espacio para la aplicación del art. 10 LCD.

- Acto de imitación, Art. 11 LCD

El artículo 11 LCD³³⁰ regula tanto los actos de imitación como las conductas desleales. Su ámbito de protección es el esfuerzo ajeno. El aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno se produce, evitando todo coste de desarrollo y suprimiendo la ventaja temporal del que se adelantó en la creación; se evita el retraso temporal natural de la introducción en el mercado de la imitación; se determina que los costes de producción del imitador sean bajos o escasos y ese ahorro de costes se traducirá en un precio de venta más bajo. Sin embargo, el art. 11 LCD establece en su apartado primero que “la imitación de prestaciones e iniciativas empresariales o profesionales ajenas es libre, salvo que estén amparadas por un derecho de exclusiva reconocido por la Ley”. Esto significa que la norma parte de la libre imitación. Es decir, que las formas no registradas o protegidas por un derecho de exclusiva al amparo de la legislación de propiedad industrial, en principio, no pueden ser salvaguardadas y son libremente imitables. Por lo tanto, el artículo 11 quiere establecer un equilibrio entre el principio general de la libre imitación de las creaciones y la protección temporal que las leyes otorgan a ciertas creaciones que cumplen determinados requisitos.

³³⁰Artículo 11. Actos de imitación. Redacción según Ley 29/2009, de 30 de diciembre.

1. La imitación de prestaciones e iniciativas empresariales o profesionales ajenas es libre, salvo que estén amparadas por un derecho de exclusiva reconocido por la Ley.

2. No obstante, la imitación de prestaciones de un tercero se reputará desleal cuando resulte idónea para generar la asociación por parte de los consumidores respecto a la prestación o comporte un aprovechamiento indebido de la reputación o el esfuerzo ajeno.

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

3. Asimismo, tendrá la consideración de desleal la imitación sistemática de las prestaciones e iniciativas empresariales o profesionales de un competidor cuando dicha estrategia se halle directamente encaminada a impedir u obstaculizar su afirmación en el mercado y exceda de lo que, según las circunstancias, pueda reputarse una respuesta natural del mercado.

El principio expresado - imitación libre - tiene como excepciones: que la creación esté amparada por un derecho de exclusiva reconocido por la Ley (art. 11.1 LCD); que la imitación 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, salvo inevitables riesgos de asociación o aprovechamiento de la reputación (art. 11.2 LCD); o que se trate de imitación sistemática encaminada a impedir u obstaculizar a un competidor su afirmación en el mercado, excediendo de lo que pueda reputarse una respuesta natural del mercado (art. 11.3 LCD).³³¹

Como vemos en el segundo apartado del art. 11 LCD, el legislador establece una serie de excepciones al inicio de la libre imitación. Por eso no hace falta que la imitación esté amparada por ley, el imitador se aprovecha a través de la asociación, de la reputación o del esfuerzo ajeno. El art. 11.3 de la Ley tipifica como desleal la imitación sistemática de las prestaciones e iniciativas empresariales de un competidor. La imitación sistemática tiene lugar cuando el competidor plagia, de modo más o menos inmediato, todos o la mayoría de los nuevos productos, iniciativas, estrategias de marketing, etc., de un competidor. Como fórmula el legislador, la imitación sistemática no es desleal “per se”, sino solamente en el caso tipificado. Es necesario atender sus efectos sobre el mercado, que integran el reproche de la deslealtad y se identifican con los de obstaculización u obstrucción que provoca sobre el pionero, produciendo a la postre la desincentivación de la generación de innovaciones³³².

Para vulnerar el art. 11 LCD, es necesario que la imitación exceda de la respuesta normal del mercado ante las innovaciones. Sin embargo, es claro e indubitado que el derecho de exclusiva no es un requisito indispensable para la existencia del acto de imitación.³³³ Cuando se enjuicia la imitación sistemática hay que tener en cuenta como factor necesario para fundar el reproche de deslealtad, el tamaño o la fortaleza de la empresa imitadora, que debe ser mayor que la imitada. En la Sentencia del Tribunal Supremo del 16 de noviembre de 2011³³⁴ se reitera que el art. 11

³³¹ Compárese T.S. 888/2010 (Sala 1) de 30 de diciembre.

³³² Veliero Reboredo, *Mercado y Competencia*, pág. 80.

³³³ Agustín Macías, *Competencia desleal: actos de carácter desleal*, Actualidad Civil, Nº 3, Sección Fundamentos de Casación, Quincena del 1 al 16 Feb. 2008, pág. 359, tomo 1, Editorial LA LEY.

³³⁴ STS 16 de noviembre de 2011: L’Oreal, S.A. demandó a una empresa de competencia, llamada Cotyastor, S.A. L’Oreal solicitó que se declarase que la comercialización de determinados productos en España es un acto de competencia desleal, y se condene a la demandada cesar inmediatamente toda actividad que viole o perturbe los productos

LCD (actos de imitación) se aplica a las imitaciones de productos y el art. 6 (actos de confusión) a las imitaciones de signos distintivos. Además, se aclara que para que haya imitación desleal no basta con que se imite la finalidad o destino de uso del producto. Es necesario que la copia se refiera a un elemento esencial y que incida sobre denomina "singularidad competitiva" o "peculiaridad concurrencial".

Según lo antes expuesto no nos podemos imaginar con una violación del art. 11 LCD, ya que esta norma apunta hacia productos y, en el ámbito jurídico, nos encontramos con prestaciones de servicios jurídicos, alejándonos del campo de aplicación del art. 11 LCD.

que señala el actor, asimismo a remover los efectos producidos por su actuación y retirar del mercado los rótulos, envoltorios etc... El Juzgado de lo Mercantil de Barcelona desestima la acción basada en el art. 5 LCD porque considera que la imitación está amparada por el principio de libre imitación de las prestaciones [...]

Se interpuso recurso de casación. El STS desestima una infracción del art. 11.2 de la LCD y pone de relieve, que *"...aunque en ocasiones se solapan, responden a perspectiva distintas, pues el art. 11 se refiere a la imitación de las creaciones materiales, características de los productos o prestaciones, en tanto el art. 6º alude a las creaciones formales, actividades, prestaciones o establecimientos."* *"...En segundo lugar, el STS considera que resulta acertada la conclusión de la resolución recurrida con arreglo a la que el juicio de contraste de la imitación debe circunscribirse a los productos, y, según dicción de la citada sentencia "centrarse en la naturaleza, composición y prestaciones de cada uno de ellos."* *Sucedo, sin embargo, que el juzgador "a quo" no efectúa el juicio en tales perspectivas o aspectos de los productos, sino que se limita a apreciar la existencia de imitación con base en el tipo o clase de producto - crema para..., o para..., lo que es claramente insuficiente, especialmente si tenemos en cuenta que nos hallamos en el sector o campo de la cosmética en el que todos los fabricantes tienen diferentes tipos de crema para diversos usos. Obviamente, no cabe negar con carácter absoluto la posibilidad de que un tipo de producto pueda dar lugar a un derecho exclusivo o a un ilícito concurrencial de imitación, pero ello no ocurre en el caso. **La imitación es un concepto jurídico indeterminado cuya apreciación por el Tribunal, que conoció en instancia, es verificable en casación, y su concurrencia exige que recaiga sobre una "singularidad competitiva" o "peculiaridad concurrencial" del producto, que en el caso no se fija en modo alguno por la sentencia recurrida. En tal sentido se manifiesta la doctrina de esta Sala. Las Sentencias del 17 de julio de 2007 y 15 de diciembre de 2008 declaran que la "imitación" consiste en «la copia de un elemento o aspecto esencial, no accidental o accesorio, que incide sobre lo que se denomina "singularidad competitiva" o "peculiaridad concurrencial" que puede identificarse por un componente o por varios elementos».** Por ello, al faltar el presupuesto básico de la imitación se excluye cualquier posibilidad de estimación del ilícito del art. 11.2 de la LCD. EL STS rechaza la aplicación del art. 5º LCD por agotarse el juicio de antijuricidad en el ámbito del art. 11 LCD y recurre a la sentencia impugnada que efecto señala: «La conducta [anteditada] no se encuadra dentro de las tres excepciones al principio de libre imitación y debe considerarse lícita y amparada por el mismo, siempre y cuando no vaya acompañada de ninguna otra conducta que por sí sea desleal a efectos concurrenciales, que no es el presente caso»; «[...] si la conducta está expresamente permitida por la Ley no puede considerarse contraria a las exigencias de la buena fe, sin perjuicio de que constituya una práctica incómoda para la actora»; y no está justificado acudir a la cláusula general «cuando el modelo de conducta ha alcanzado ya una realidad positiva, al haberla incorporado el legislador a una norma jurídica reguladora del comportamiento activo u omisivo de que se trate». Por lo expuesto el STS finalmente desestima el motivo del recurso de casación.*

(9) Publicidad ilícita, artículo 18

El artículo 18 determina que se reputará un comportamiento desleal, si lo es por la Ley General de la Publicidad (LGP).

El sentido de esta norma no está muy claro. Podría pensarse que, como se verá, al eliminarse un régimen propio de las acciones de publicidad ilícita, podría servir para posibilitar que toda la publicidad ilícita, incluida la de los apartados a-d del artículo 3 LGP, tuviera el régimen procesal de la competencia desleal, pero para ello basta la previsión del nuevo artículo 6.1 LGP según el cual "las acciones frente a la publicidad ilícita serán las establecidas con carácter general para las acciones derivadas de la competencia desleal por el capítulo IV de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal"³³⁵.

No se sabe muy bien qué sentido tiene que una publicidad sexista, racista o atentatoria a los derechos de la infancia sea considerada desleal, pues no distorsiona la transparencia del mercado ni impide la competencia por méritos de las propias prestaciones, sin perjuicio de que esté justificado su carácter ilícito por atacar contra otros bienes jurídicos, de naturaleza no económica y en ocasiones de rango constitucional (sin olvidar el amparo que la libertad de expresión puede prestar a la actividad publicitaria en su conflicto, real o aparente, con otros bienes jurídicos, v. g. ¿STS, 1ª, núm. 860/2009 de 15 enero), pero diferentes en todo caso de la protección de un sistema competitivo no falseado a que responde la legislación sobre la competencia desleal³³⁶.

La referencia del art. 18 explica que la Ley 29/2009 también ha modificado la redacción de la LGP para considerar ilícita (art. 3), además de la publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución, la publicidad dirigida a menores que los incite a la compra de un bien o de un servicio explotando su inexperiencia o credulidad o en la que aparezcan persuadiendo de la compra a padres o tutores; la publicidad subliminal; la que infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios; la "publicidad engañosa, la publicidad desleal y la publi-

³³⁵ Sarazá Jimena, La nueva regulación de la publicidad ilícita (documento electrónico sin paginación)..

³³⁶ Sarazá Jimena, La nueva regulación de la publicidad ilícita (documento electrónico sin paginación)..

cidad agresiva, que tendrán el carácter de actos de competencia desleal en los términos contemplados en la Ley de Competencia Desleal”³³⁷.

Por lo tanto, podemos hablar de una doble remisión entre la LCD y la LGP: La primera dispone que la publicidad considerada ilícita por la LGP da lugar a un acto de competencia desleal. Y la LGP, para delimitar cuándo es ilícita la publicidad, remite a la LCD.

(10) Prácticas comerciales con los consumidores o usuarios

El capítulo III contiene la prohibición de prácticas comerciales con consumidores o usuarios que se consideran desleales de todos modos. Véase el comentario al art. 8 LCD arriba que contiene una descripción detallada de esta regulación.

c) Relación entre la LCD y la LGP

Desde la inserción de la Ley de Competencia Desleal, la relación con la LGP ha sido difícil. En la literatura regía la opinión de que la LGP debería haber sido abrogada con la entrada en vigor de la LCD³³⁸. Esto, de hecho, no ha sido realizado y la LGP ha quedado en vigor al lado de la LCD. La cuestión desde luego es: ¿En qué relación?

Antes de la última modificación de la LGP por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, se consideraba que la LGP y su desarrollo jurisprudencial era Ley especial y, por lo tanto, resultaba de aplicación prevalente sobre la LCD, si el acto ilícito se manifestaba por cualquier medio publicitario, siendo representativas las sentencias que –con refrendo del Tribunal Supremo– dictó la Audiencia Provincial de Madrid el 8 de marzo de 1993 (Sección 19) y el 4 de febrero de 1997 (Sección 21). Sin duda, la prioridad de la LGP, en ocasiones aplicada “de forma excluyente” sobre la LCD, alimentó frecuentes debates en torno a concursos de leyes, acumulación de acciones, competencia territorial y especialmente legitimación pasiva, ya que la LGP (arts. 25 a 27) pone por encima la responsabilidad del anunciante sobre cualquier efecto pernicioso de la publicidad más allá de la que puedan contraer las agencias de publicidad o incluso los medios. En cuanto a la concurrencia

³³⁷García Vidal, Análisis 2010 (documento electrónico sin paginación)..-

³³⁸ Por ejemplo: Gimeno, *La LEY* 1993 – III, 941 (942).

de las acciones por publicidad ilícita, y por competencia desleal, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid de 24 de enero 2008 y de 30 de diciembre de 2009 manifiestan, siguiendo la jurisdicción del Tribunal Supremo³³⁹, que el ilícito competencial y, por tanto, las acciones publicitarias pueden ser al mismo tiempo ilícito competenciales y, por tanto, las acciones por publicidad ilícita no pueden desplazar a las de competencia desleal y el cliente puede optar por interponer unas u otras, acumularlas o ejercitarlas alternativamente³⁴⁰.

Massaguer se encargó de resumir las distintas tesis sobre la relación de la LCD con la LGP. Allí nos encontramos desde la derogación que la LCD debería hacer a los supuestos de publicidad ilícita consignados en la LGP, hasta los que se decantan por proclamar la especialidad de la LGP frente a la LCD. Luego, también se encuentran opiniones intermedias, las cuales proponen una convivencia entre las dos normativas, con una aplicación conjunta³⁴¹. En total, la falta de derogación tanto expresa como implícita de la LCD hacia las normas de la LGP tiene como consecuencia un doble control de legalidad concurrential entre las dos normativas.

También *Massaguer* al final se queda con la prevalencia de la LCD:

“Ahora bien, siendo la Ley de Competencia Desleal una norma posterior que regula con carácter unitario el fenómeno concurrential (al que pertenece la actividad publicitaria sin que en ella se den cita particulares elementos de especialidad) o en cualquier caso una ley general que obedece a diferentes presupuestos de política legislativa e incorpora respuestas diversas para la resolución de los conflictos (que por ello se imponen sea directamente, sea por vía de interpretación), puede (y debe) destacarse enteramente que el enjuiciamiento material de la actividad publicitaria sea distinto según se aplique una u otra norma, a pesar de las diferencias de tenor entre los preceptos de la Ley General de Publicidad y de la Ley de Competencia Desleal. Un eventual conflicto entre la Ley General de Publicidad y la Ley de Competencia Desleal ha de resolverse, en efecto, a favor esta última³⁴².”

Ahora, con la mencionada reforma actual de la LGP, quedará a expensas de conocer su desarrollo por jueces y tribunales. Durante los próximos años se podría abrir la vía a promover su unificación casacional por el Tribunal Supremo, al parecer asume una prevalencia de la LCD, en línea

³³⁹ TS 4 de julio de 2005.

³⁴⁰ Veleiro Reboredo, *Mercado y competencia*, pág. 101.

³⁴¹ Massaguer, *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, pág. 62.

³⁴² Massaguer, *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, pág. 67, con consideraciones abundantes sobre este tema.

con la doctrina incipiente que ha sentado el Tribunal Supremo en Sentencia de 4 de julio de 2005 y la propia Audiencia Provincial de Madrid en Sentencia de 21 de diciembre de 2005 (Sección 9) bajo el “Caso Capitán”.

El núcleo de la LCD es la responsabilidad solidaria entre todos los agentes del mercado (véase el artículo 3 LCD) de cualquier comportamiento económico con la finalidad de prohibir los actos de competencia desleal.

La actual jurisprudencia viene configurando la responsabilidad civil, tanto contractual como extracontractual, con un carácter objetivo y solidario a la hora de indemnizar los daños y perjuicios, bajo el llamado “principio pro damnato”. De este modo, el anterior art 20.1 LCD, ahora convertido en art 34.1, permite actuar contra “cualquier persona que haya realizado u ordenado el acto de competencia desleal o haya cooperado a su realización”. [Esto va en consonancia con la responsabilidad solidaria que también establecen la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios en sus artículos 103 y 132 (“las personas responsables del mismo daño lo serán solidariamente ante los perjudicados”) o bien la Ley 7/1998 sobre Condiciones Generales de la Contratación en su art 17.4 (“las acciones [...] podrán dirigirse conjuntamente contra varios profesionales del mismo sector económico o contra sus asociaciones que utilicen o recomienden la utilización de condiciones generales idénticas que se consideren nulas”).]

La Ley 29/2009 introduce concretamente el nuevo régimen legal de la publicidad adoptando varias remisiones fundamentales a otras leyes que consolidan una aplicación en nuestra opinión subsidiaria o complementaria de la LGP. La LGP está cada vez más sujeta al creciente protagonismo de los códigos de conducta. Éstas –según define y fomenta el art. 37 LCD– dimanan de las corporaciones, asociaciones u organizaciones comerciales, profesionales y de consumidores³⁴³. Por lo tanto, nos queda esperar a la jurisprudencia futura para saber si la LGP se vuelve superflua.

³⁴³ Como nos enseña Juan Casulá en el artículo “Principales novedades de la Ley General de Publicidad”, <http://www.diariojuridico.com/opinion/principales-novedades-de-la-ley-general-de-publicidad.html>, Fecha del artículo 3/02/2010:

1º.- A su actual art. 3.e), tras tipificar como ilícita cualquier publicidad “que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución”, aquélla “dirigida a menores que les incite a la com-

d) Ley General de la Publicidad (LGP)

La norma central del sistema legislativo publicitario español es la Ley General de la Publicidad (Ley 34/1988, de 15 de noviembre). Ésta nació por la necesidad de adaptación a la normativa comunitaria y la adecuación a las nuevas circunstancias de todo orden en el ámbito publicitario. Las innovaciones más importantes respecto a la normativa traspuesta se refieren al tratamiento de la publicidad ilícita y al perfeccionamiento de las normas procesales. La última reforma a través de la Ley 29/2009 modificó tanto el orden de la competencia desleal como el de la publicidad para mejorar la protección de los consumidores y usuarios. Esta reforma pretende incorporar al derecho español la Directiva 2005/29/CEE relativa a las prácticas comerciales desleales (como ya

pra de un bien o de un servicio, explotando su inexperiencia o credulidad”, la subliminal, y aquélla que contraría la normativa publicitaria específica de determinados bienes o servicios, acaba considerando ilícita:

“La publicidad engañosa, la publicidad desleal y la publicidad agresiva, que tendrán el carácter de actos de competencia desleal en los términos contemplados en la Ley de Competencia Desleal”.

2ª.- En su art. 5.6, tras especificar el régimen publicitario de determinados bienes o servicios (en función de exigencias públicas de salud, seguridad o equivalentes) bajo cuantos reglamentos y/o autorizaciones administrativas correspondan en cada sector, acaba proclamando que: “El incumplimiento de las normas especiales que regulen la publicidad de los productos, bienes, actividades y servicios a que se refieren los apartados anteriores, tendrá consideración de infracción a los efectos previstos en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y en la Ley General de Sanidad”.

3ª.- Y como novedad especialmente relevante, el art. 6.1 de la LGP se remite al catálogo de acciones judiciales que regula la LCD: “Las acciones frente a la publicidad ilícita serán las establecidas con carácter general para las acciones derivadas de la competencia desleal...”.

En consecuencia cualquier publicidad ilícita actualmente podrá ser cesada, rectificadora y/o indemnizada, con especial importancia de “la publicación total o parcial de la sentencia”, bajo los mecanismos procesales que establece la LCD (art. 32) y una aplicabilidad general de la responsabilidad solidaria (art. 34.1).

En esta nueva primacía material y especialmente procesal de la LCD, por la referida remisión del art 6.1, también cobra especial relevancia la regulación de la prescripción de acciones. El silencio dedicado a tal materia por la LGP motivó intensos debates doctrinales, que solían concluir la aplicabilidad del plazo general de quince años que establece el Código Civil para la prescripción de las acciones personales. Sin embargo, la vigente remisión que opera la LGP a la LCD, concretamente su art. 35, supone con distinta suerte para la seguridad jurídica que:

1º – En general, las acciones para reprimir la publicidad ilícita quedan claramente limitadas porque “prescriben por el transcurso de un año desde el momento en que pudieron ejercitarse y el legitimado tuvo conocimiento de la persona que realizó el acto de competencia desleal; y, en cualquier caso, por el transcurso de tres años desde el momento de la finalización de la conducta”. **2º.** - Pero en caso de acciones para defender los intereses generales, colectivos o difusos de los consumidores y usuarios, las acciones de cesación son imprescriptibles (de forma que la nueva regulación merma gravemente la seguridad jurídica para favorecer las iniciativas “públicas”), con la concreta salvedad de un plazo de cinco años para la anulación de Condiciones Generales de la Contratación.

hemos visto arriba con la LCD). En el caso de la LGP se opta por mantener una regulación específica de la publicidad, en una norma general. Se modifica la LGP con objeto de disponer de un mismo cuerpo de acciones y remedios contra todas las prácticas que perjudiquen los intereses económicos de los consumidores, pero sin renunciar a la regulación específica de la publicidad y sin menoscabo de la legislación especial que en la LGP se establece frente a la publicidad ilícita por utilizar de forma vejatoria o discriminatoria la imagen de la mujer.

El contenido de la ley se distribuye en cuatro títulos, una disposición adicional, una transitoria y una derogatoria. En el primer título se establecen disposiciones generales, en el segundo las reglas sobre la publicidad ilícita. El tercer título trata de la contratación publicitaria y el cuarto título de la acción de cesación y rectificación de los procedimientos.

Subsidiariamente se aplica la Ley de la Defensa de los Consumidores y Usuarios (Ley 26/1984, de 19 de julio), se aplicará en el ámbito público siempre que la Ley General de la Publicidad no determine una conducta a seguir respecto a la adecuación y divulgación correcta de la información de los diferentes productos o servicios a los consumidores. Con la mencionada reforma también se modificó el texto refundido de la LGDCU, con el objetivo de establecer claramente en él que las prácticas comerciales de los empresarios dirigidas a los consumidores se rigen únicamente por lo dispuesto en la Ley de Competencia Desleal y en el propio texto refundido de la LGDCU y otras leyes complementarias, sin que quepa imponer a los empresarios o profesionales otras obligaciones, exigencias o prohibiciones distintas de las previstas en dichas normas cuando el título en que éstas se fundan es la protección de los legítimos intereses económicos de los consumidores.

La Ley 29/2009 ha modificado el título II LGP regulador de la publicidad ilícita, de modo que la LGP ya no contiene una tipificación propia de la publicidad engañosa y de la publicidad desleal (publicidad desleal que, según el artículo 6 LGP en su redacción previa a la reforma, era la denigratoria, la confusoria y la comparativa que no respetara los requisitos que para su licitud establecía el artículo 6-bis LGP), anteriormente definidas en los artículos 4 y 6 LGP de modo no totalmente coincidente con los tipos correspondientes de actos denigratorios (art. 7), confusorios (art. 6) y de comparación (art. 10) previstos en la LCD. Con la reforma de la LGP, el artículo 3.e LGP

se remite en bloque a la LCD en cuanto a la publicidad engañosa, la desleal y la agresiva. Los apartados a-d de dicho artículo 3 LGP tipifican como publicidad ilícita la que atente contra la dignidad de las personas o vulnere valores y derechos constitucionales, determinada publicidad dirigida a menores, la subliminal y la infractora de normativa sectorial. Esto es porque la LGP sigue regulando la publicidad ilícita cuando el juicio de desvalor no se refiere al perjuicio de los intereses económicos de los consumidores, sino a otros valores protegidos por el ordenamiento jurídico (aunque esto es dudoso en el caso de la publicidad subliminal).

aa) Publicidad denigrante

Según la redacción original del artículo 6 de la Ley General de Publicidad, aquella publicidad que por su contenido, forma de presentación o difusión provoca el descrédito, la denigración o el menosprecio directo o indirecto de una persona, empresa o de sus productos, servicios o actividades se considera desleal. Sin embargo, tras la promulgación en 1991 de la Ley de Competencia Desleal, la interpretación acerca de qué es publicidad denigrante se vio modificada en el sentido de entender que no hay denigración cuando la publicidad se apoye en alegaciones que sean exactas, verdaderas y pertinentes. Pero, como indicamos anteriormente, la promulgación de la Ley 39/2002 nos hace dudar de esta interpretación. Según el texto actual del artículo 6 de la Ley General de Publicidad no existe ninguna excepción a la publicidad desleal.

En nuestra opinión, la exclusión de la excepción en la Ley General de Publicidad, carece de relevancia jurídica en materia de consumidores. La publicidad desleal afecta a los consumidores de un modo concreto desde el momento en que se puede producir un engaño y afectar a su decisión final, por lo cual entendemos que en cualquier caso este tipo de publicidad, en lo que afecta a los consumidores, queda prohibida en tanto sea engañosa. En relación con este punto resulta interesante la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 2002. En este caso, un empresario había difundido un cartel para anunciar el cierre de un establecimiento competidor por problemas sanitarios; a pesar de que el cierre se había producido, la información no era exacta, se había omitido la reapertura del establecimiento, de forma que la ambigüedad del anuncio inducía fácilmente al consumidor a creer en la permanencia del cierre el día de la difusión del anuncio, de tal forma

que el Tribunal entendió que el anuncio no era veraz. Como se puede observar, el Tribunal no se plantea objetivamente si el anuncio había provocado el menosprecio indirecto hacia el establecimiento (el cual sin duda se da aunque la información sea cierta: “el establecimiento fue cerrado”), sino si desde el punto de vista del consumidor se había producido un engaño.

bb) Publicidad comparativa

Se define la publicidad comparativa como “aquella en la que el empresario anunciante compara su oferta con la de uno o varios competidores, identificados o inequívocamente identificables, con el fin de destacar las ventajas de sus propios productos o servicios frente a los ajenos”, y en ella se plantea el mismo problema que anteriormente. En la regulación que se hacía en la Ley General de Publicidad se decía que es ilícita la publicidad comparativa “cuando no se apoye en características esenciales, afines y objetivamente demostrables de los productos o servicios, o cuando se contrapongan bienes o servicios con otros no similares o desconocidos, o de limitada participación en el mercado”, a lo que la Ley de Competencia Desleal añadía la “exceptio veritatis”. En este supuesto, a diferencia de lo que ocurre en la publicidad denigrante, el artículo 6 bis de la Ley 39/2002 mantiene la excepción y señala expresamente en el punto 2 del citado artículo que la comparación estará permitida si se realiza entre bienes o servicios con la misma finalidad o que satisfacen las mismas necesidades, siempre que se realice de un modo objetivo entre una o más características esenciales, pertinentes, verificables y representativas de los bienes o servicios entre las cuales podrá incluirse el precio. La conclusión a la que llegamos en este punto se asemeja a lo que ya hemos dicho, pues entendemos que en materia de consumidores la publicidad comparativa estaría prohibida en cualquier caso (lo dijera expresamente la ley o no) cuando produzca engaño en el receptor del mensaje, dado que la interpretación de la publicidad se realiza de acuerdo con la interpretación del consumidor medio.

Los conceptos de la publicidad engañosa³⁴⁴ y comparativa³⁴⁵ artículo 6-6 bis han sido introducidos por la trasposición de la directiva europea. Las directivas mencionadas quedaron derogadas

³⁴⁴Directiva 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.

por la Directiva 2006/114/CEE a partir del 12 de diciembre de 2007 sobre la publicidad engañosa y comparativa. Efectivamente, esta última deroga y codifica (es decir, unifica) la citada directiva y todas sus modificaciones en un único acto jurídico. El contenido jurídico de esta directiva ha sido introducido con la última reforma por la Ley 20/2009, de 30 de diciembre.

En este sentido, la SAP de Madrid de 8 de marzo de 1993 (*Actualidad Civil*, 1029/1993) consideró que la publicidad comparativa es lícita cuando se apoye en características esenciales, afines y objetivamente demostrables de los productos o servicios. En esta sentencia el Tribunal define la publicidad comparativa como “aquella mediante la cual el anunciante contrapone la propia oferta a la del competidor con la finalidad de demostrar la inferioridad de los productos ajenos frente a los propios”.

cc) Publicidad de confusión

- Publicidad que induce a confusión o explotación de la reputación ajena:

En relación con la publicidad de confusión, la Ley 39/2002 ha tomado textualmente el precepto que se recogía en la Ley General de Publicidad y ha añadido el matiz que lo diferencia de la Ley de Competencia Desleal, resultando ilícita la publicidad “que induce a la confusión con las empresas, actividades, productos, nombres, marcas u otros signos de los competidores, así como la que haga uso injustificado de la denominación, siglas, marcas o distintivos de otras empresas o instituciones, o (aquí se añade el matiz) de las denominaciones de origen o indicaciones geográficas de otros productos competidores”. Destaca en este aspecto la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 25 de octubre de 2001, la cual apoya nuestra opinión acerca de la ilicitud de la publicidad en función de la interpretación del receptor del mensaje. En la sentencia referida se señala que sólo se produce un indebido aprovechamiento de la reputación ajena cuando el público al que se dirige la publicidad transfiera la reputación de los productos del referido fabricante a los productos del competidor. Tal y como señala Jiménez de Parga “la

³⁴⁵Directiva 97/55/CE, esta directiva introduce el concepto de publicidad comparativa, que se define como «toda publicidad que aluda explícita o implícitamente a un competidor o a los bienes y servicios ofrecidos por un competidor».

confusión se produce a través de todas aquellas actividades que son aptas o idóneas para provocar en el consumidor un error acerca de la procedencia de la prestación que se ofrece en el mercado”³⁴⁶.

dd) Prohibiciones

El artículo 8 de la LGP contiene prohibiciones concretas, donde en ningún caso se podrá hacer publicidad. En el número 5, por ejemplo, queda prohibida la publicidad de tabacos y la de bebidas con graduación alcohólica superior a 20 grados, por medio de la televisión.

Sin embargo, en cuanto se refiere a las consecuencias jurídicas, el artículo 8 LGP remite a los efectos previstos en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y la Ley General de Sanidad: “El incumplimiento de las normas especiales que regulen la publicidad de los productos, bienes, actividades y servicios a que se refieren los apartados anteriores, tendrá consideración de infracción a los efectos previstos en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y en la Ley General de Sanidad”.

ee) Conclusión

Ahora sí, parece que la Ley de la Publicidad pierde protagonismo en la práctica en favor de la normativa general que establece la también reformada Ley 3/1991 de 10 de enero de competencia desleal. Como vemos, con la última reforma por la Ley 29/2009 de 30 de diciembre el legislador ha optado por la prevalencia de la LCD ante la LGP. La LGP remite en muchas partes a la LCD y otras leyes. De esta manera, el legislador ha solucionado en gran parte las discusiones de la literatura sobre la relación de la LCD con la LGP. Respecto a la publicidad de los abogados debemos aún así tener en cuenta ambas normativas, aunque con más peso la regulación de la LCD.

³⁴⁶ Jiménez de Parga, Otras modalidades de publicidad desleal; la publicidad confusionista y la protección de las creaciones publicitarias, págs. 16 s.

3. Alemania

a) Aspectos generales

En Alemania entró en vigor la nueva Ley de Competencia Desleal (UWG - *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*)³⁴⁷. La nueva versión del UWG es el cambio más amplio que se ha realizado desde que la ley entrara en vigor en 1896. El actual UWG ha sido una reacción a la jurisprudencia del imperio alemán. La jurisprudencia del siglo 19. intentó más que nada defender la libertad del comercio, cuando los juzgados ingleses y franceses ya lucharon contra la competencia desleal. En el tiempo siguiente la jurisprudencia toleró las tendencias de formación de cárteles y rechazó la protección contra la competencia desleal.³⁴⁸

El primer UWG no tenía ninguna cláusula general. Se limitaba a unas situaciones de prohibición. Estaban vedados, entre otros, el engaño y la calumnia. La intención de protección de esta ley se desarrolló en dos direcciones. Primeramente, tuvo el fin de proteger a la industria de prácticas desleales. Como finalidad secundaria tenía como objetivo proteger al público de prácticas engañosas. Las consideraciones de la finalidad eran muy similares a las que tiene por objeto la enmienda actual del UWG.

Después de poco tiempo resultó que en la práctica el UWG no pudo garantizar una protección de prácticas desleales efectiva. Es por eso que el legislador complementaría en 1909 la ley con la gran cláusula general del § 1 UWG. De esta manera le dio a la jurisprudencia una herramienta excelentemente idónea para combatir las prácticas desleales en la competencia.

Las enmiendas, después de la Segunda Guerra Mundial, han estado caracterizadas por la cesión del legislador frente a círculos que intentaban instrumentalizar el derecho de la competencia para la protección de las empresas de clase media. A partir del año 1994 prevalecen tendencias flexibles. En el año 2000 se ha permitido la publicidad de comparación sobre la base del reglamento europeo³⁴⁹.

³⁴⁷ § 22 UWG, Bundesgesetzblatt [BGBL.], I pág. 1414.

³⁴⁸ RGZ 3, 67, 69; 18, 93, 99; 20, 71, 75 y ss.

³⁴⁹ Directiva 97/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de octubre de 1997 por la que se modifica la Directiva 84/450/CEE sobre publicidad engañosa, a fin de incluir en la misma la publicidad comparativa *DO L 290 de*

Paralelamente a los desarrollos del nivel europeo, en Alemania se estaban realizando verdaderos esfuerzos para la enmienda del UWG. Este último fue creado por el Ministerio de Justicia sobre la base de dos dictámenes de Fezer³⁵⁰ y Schricker/Henning-Bodewig³⁵¹ que mostraron perspectivas para armonizar y modernizar el derecho de competencia. Todavía en el año 2002, Köhler, Bornkamm y Hennig-Bodewig presentaron un proyecto para un nuevo UWG alemán al igual que para una nueva directiva europea del derecho de competencia desleal³⁵².

Después del procedimiento habitual, el 16 de junio de 2004 aprobaron en el Parlamento alemán (Bundestag) la ley que finalmente entraría en vigor el 7 de julio de 2004.

b) La Ley de Competencia Desleal (UWG)

El objetivo del UWG³⁵³ alemán es, según su párrafo § 1, la protección de los competidores, de los consumidores y los demás actores del mercado de la competencia desleal y el interés de la comunidad.

Desde la reforma del UWG se encuentra –que antes no era común– una declaración rotunda de la finalidad de la ley en § 1 UWG. Los conceptos protectores que habían sido desarrollados por la jurisprudencia, fueron materializados en dicha ley. Los conceptos son: 1. La captación de clientes³⁵⁴, 2. El impedimento de actividades comerciales libres de la competencia³⁵⁵, 3. la ventaja por infracción de Ley³⁵⁶ 4. La imitación de rendimientos ajenos³⁵⁷ y la disfunción del mercado.³⁵⁸

23.10.1997, pág. 18/23 Directiva 97/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de octubre de 1997 por la que se modifica la Directiva 84/450/CEE sobre publicidad engañosa, a fin de incluir en la misma la publicidad comparativa, DO L 290 de 23 de octubre de 1997, pág. 18/23, véase también: GRUR 1998, 117 y ss.

³⁵⁰ Fezer, WRP 2001, 989 y ss.

³⁵¹ Schricker/Henning-Bodewig, WRP 2001, 1367 y ss.

³⁵² Köhler/Bornkamm/Henning-Bodewig, WPR 2002, 1317 y ss.

³⁵³ Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb in der Fassung der Bekanntmachung vom 3. März 2010 (BGBl. I S. 254).

³⁵⁴ BGH, Urt.v.26.4.1957 – I ZR 220/55, GRUR 1957, 491 – „Wellaform“; BGH,

Urt.v.15.3.1967 – I b ZR 25/65, GRUR 1967, 596, 597 – „Kuppelmuffenverbindung“.

³⁵⁵ BGH, Urt.v.27.6.1975 – I ZR 97/74, GRUR 1976, 427 – „Einfirmenvertreter“; BGH,

Urt.v.31.1.1979 – I ZR 21/77, GRUR 1979, 321, 323 – „Verkauf unter Einstandspreis“.

³⁵⁶ BGH, Urt.v.27.6.1975 – I ZR 97/74, GRUR 1976, 427 – „Einfirmenvertreter“; BGH,

Urt.v.9.7.1987 – I ZR 140/85, GRUR 1987, 832, 833 – „Konkurrenzschutzklausel“.

³⁵⁷ BGH, Urt.v.26.10.1962 – I ZR 21/61, GRUR 1963, 152, 156 – „Rotaprint“; BGH,

Urt.v.4.1.1963 – I b ZR 96/61, GRUR 1963, 423, 425 – „Coffeinfrei“.

³⁵⁸ BGH, Urt.v.22.2.1957 – I ZR 68/56, BGHZ 23, 365, 375 – „Suwa“; BGH,

Por lo tanto, en la versión actual, la UWG pone de manifiesto el fin de la protección de los competidores, consumidores y otros operadores del mercado. Aparte de eso, ahora se ha introducido la protección del interés público en una competición no falsificada. Atención especial merece la diferencia entre la protección de los competidores y los demás participantes del mercado (§§ 8 III núm. 1, 9 UWG).

Con la revisión del año 2008³⁵⁹ se ha traspuesto la directiva UE de las prácticas desleales (2005/29/CEE) a derecho nacional alemán.

El § 2 define los términos básicos de la ley. Los conceptos “comportamiento de competencia”, “operador del mercado” y “competidores” están explicados por parte del legislador. Con la definición del mensaje en § 2 I Cf. 4 UWG se realizó la incorporación de la directiva UE para la protección de datos de la comunicación electrónica³⁶⁰.

Consumidores y empresarios, por fortuna, están definidos conjuntamente. Más bien, el UWG en su § 2 II establece un vínculo con las definiciones correspondientes del Código Civil (*Bürgerliches Gesetzbuch*, BGB), § 13,14 BGB.

Los §§ 3 y 4 son las normas centrales del tipo prohibitivo. La cláusula general del antiguo § 1 UWG ha sido implementada en el nuevo § 3 UWG. Esta nueva cláusula general se completa con ejemplos reglamentarios en el § 4 UWG. Pero esto no lleva a una ruptura del principio de cláusula general. El § 4 sólo tiene una función aclaratoria del legislador. En el caso alemán, el legislador se había decidido por un concepto de reglamento similar al UWG suizo. El nuevo sistema tiene la ventaja que codifica distintos ejemplos de comportamientos desleales, bajo el punto de vista de la seguridad judicial. Para el destinatario de la norma ahora es más fácil saber lo que está prohibido. Pero, por otro lado, existe el peligro de que la codificación de unos pocos ejemplos no

Urt.v.22.2.1957 – I ZR 205/55, GRUR 1957, 363 – „Sunil“; BGH, Urt.v.26.2.1965 – I b ZR 51/63, BGHZ 43, 278, 284 – „Kleenex“.

³⁵⁹ El actual UWG entró en vigor el 30 de diciembre de 2008.

³⁶⁰ Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas), ABl. EG 2002 núm. L 201 pág. 37 y ss.

deje el suficiente espacio de interpretación para la jurisprudencia y de esta manera se dificulte una adaptación dinámica a circunstancias cambiantes del mercado.

La actual cláusula general del § 3 UWG prohíbe comportamientos desleales que perjudiquen al consumidor, la competencia u otros operadores en el mercado. El término “buenas costumbres, que es anticuado y, en este contexto a su vez, confuso ha sido abandonado del UWG. La exigencia de una “violación no solamente inapreciable” excluye violaciones insignificantes de la aplicación del UWG. El actual § 3 determina, que el comportamiento comercial desleal tiene que ser por lo menos tiene que ser apto para influenciar los intereses de los operadores en el mercado de manera “apreciable”. La apreciabilidad constituye por lo tanto el límite inferior de un acto desleal enjuiciable. El BGH por ejemplo, ha decidido en este contexto en su sentencia del 09.09.2010³⁶¹ que un comportamiento que infringe los códigos de conducta de una asociación profesional no necesariamente tiene que constituir un comportamiento desleal en el sentido del § 3 párr. 1 UWG, porque no sería la tarea de las Leyes de Competencia de sancionar cualquier violación de todas las posibles normativas.

El § 3 UWG ya no requiere ninguna condición subjetiva del actor. El UWG antiguo requería la intención de fomentar la propio u otra competencia. El nuevo UWG sigue una visión absolutamente objetiva. En este contexto hay que mencionar que en algunos casos de una violación de la ley de competencia, por ejemplo en la publicidad desleal, las consideraciones no pueden quedarse en el nivel objetivo. Además, para la pretensión de indemnización (§ 9 UWG) es premisa el comportamiento imprudente.

³⁶¹ BGH, sentencia del 09.09.2010, I ZR 157/08: En el caso presente, la demandada - una empresa que vende fármacos genéricos - ofreció a médicos y a sus empleados eventos gratuitos sin referencia a los honorarios de los médicos. La demandante era la asociación de Autocontrol libre de la industria farmacéutica, a la cual la demandada no quiso ingresar. La asociación de Autocontrol reclamaba la deslealtad de este comportamiento y demandó a la empresa con la intención de conseguir una omisión. La demandante fundamentó una violación del Código del Comportamiento de Autocontrol núm. 21, según el cual en el caso de una publicidad no relacionada y un producto solamente se puede hacer regalos en eventos especiales. Este evento no era un evento especial según el pertinente art. 21 párr. 2. En tercera instancia el TC decidió que el § 4 núm. 11 UWG no era aplicable, porque el Código de Comportamiento no es una normativa con rango de Ley en el sentido del núm. 11. La cláusula general del § 3 UWG tampoco sería de aplicación porque el contenido de deslealtad tendría que tener, por lo menos, la misma intensidad como los ejemplos del art. § 4 núm. 11 UWG. Además el BGH manifestó que las propias reglas de las asociaciones solamente podrían tener un significado de indicio de deslealtad.

Además, el § 3 párr. 3 UWG remite a una “Blacklist” con ejemplos de comportamientos desleales sin excepción. Esta nueva lista con comportamientos desleales codificados ha sido introducida con la revisión de 2008. Según esta nueva ley, los tribunales tienen la obligación de aclarar cuáles de las tipificaciones de la “Blacklist” del § 3 párr. 3 son comportamientos desleales. En el contexto de la publicidad de los abogados destaca especialmente el comportamiento número 12: “...declaraciones inciertas sobre el tipo y la dimensión de peligros para consumidor o su familia.” Estas situaciones pueden suceder cuando el cliente se encuentra en un momento de miedo y poca racionalidad por problemas jurídicos. Se puede imaginar como ejemplo, la situación cuando un abogado abusa de un cliente, contándole que tiene un problema jurídico muy grave y que necesita urgentemente de sus servicios para formular, pongamos, una demanda aunque en realidad no hubiera habido necesidad de hacerla. En estos momentos un cliente medio sin conocimientos jurídicos no podría verificar los consejos de su abogado y, como conclusión, contrataría probablemente los servicios del letrado.

En los §§ 4-6 se encuentra una precisión a través de un catálogo de ejemplos. El § 4, por ejemplo, contiene un catálogo ejemplar de prácticas desleales. Están prohibidas las prácticas dirigidas a perjudicar competidores o consumidores. Una práctica es apta para perjudicar a los grupos mencionados, si lo es de manera abstracta. La escala para determinar la mencionada práctica es un participante del mercado con información e inteligencia media. El catálogo de ejemplos tiene dos funciones: en primer lugar, debe acoger grupos de casos de la jurisprudencia consolidados y, en segundo, es su cometido acoger problemas actuales. Del catálogo del § 4 UWG los siguientes números merecen una atención especial.

d) Contenido jurídico del § 4 número 1-6 UWG

Las situaciones de los números 1 a 6 del § 4 UWG tienen la finalidad de proteger la libertad de decisión de los consumidores y los otros operadores del mercado. En particular el § 4 número 1 UWG prohíbe cualquier perjuicio por una influencia inadecuada y poco pertinente. Según esta concreción, queda prohibido cualquier comportamiento dirigido a perjudicar la libertad de decisión del consumidor a través de presión indigna o por presión psicológica.

aa) Influencia indebida, § 4 núm. 1 UWG

Esta norma protege tanto al consumidor como al competidor comercial. Requisito para un comportamiento desleal del § 4 núm. 1 es, un acto comercial en sentido de la Ley (§ 2 párr. 1 núm. 1 UWG), una influencia indebida y que esta sea apta para influenciar la libertad de decisión. La presión y la manera indigna son modos de la influencia indebida. El § 4 núm. 1 UWG remite – como los otros ejemplos de tipos legales – solamente a la deslealtad del § 3 núm. 1 UWG. Esto tampoco cambió por el hecho de que el legislador - con la Reforma del 2008 - borrara las palabras “en el sentido del § 3” del § 4. Según las consideraciones del anteproyecto de la reforma, el legislador borró estas palabras porque la formulación anterior dió la impresión de que el § 3 UWG fuese la definición de la deslealtad.³⁶² Esto de hecho, no cambia el contenido del § 4 UWG, pero deja claro que tampoco se quería cambiar el contenido. Pretensiones que se fundamentan en la Ley de Competencia Desleal solamente se dan, si las otras premisas del § 3 UWG se cumplen. Prácticamente no existen casos, donde se vea una deslealtad del § 4 núm. 1 UWG sin que se cumpla el § 3 UWG.

La del § 4 número 1 UWG: se fundamenta en presión. La primera alternativa equivale a la coacción del art. 8 de la Directiva 2005/29/CEE. Los casos en los que un consumidor está presionado por un empresario son bastante poco frecuentes en la práctica.

Definición de la presión: Bajo el término de presión se entiende la amenaza o la realización de desventajas en el caso de que el lado contrario tome una decisión contraria a la decisión deseada del empresario. Medidas para las presiones mencionadas son: la fuerza física, la amenaza y la presión moral o económica. El uso de violencia siempre es desleal sin que la desventaja amenazada tenga que ser indebida. La presión psíquica tiene que tener una intensidad significativa. El límite de lo permitido sólo se sobrepasa cuando la presión es tan fuerte que el consumidor ya no es capaz de tomar una decisión de libremente³⁶³. La regulación respeta la jurisdicción del Tribunal Constitucional que exige para que un acto pueda ser considerado desleal, que a la vez, está afectada la libertad económica de la persona. Esta norma, abarca también situaciones donde los

³⁶² Compárese: Gesetzesbegründung des Regierungsentwurfs eines ersten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, BT-Drs. 16/10145, pág. 43.

³⁶³ Götting/Nordemann, UWG, pág. 252.2

consumidores se encuentran en una situación de compulsión, de la que - en su percepción subjetiva- solamente podrán salir si concluyen un contrato³⁶⁴. Sin embargo, no cualquier influencia que perjudica a la libre voluntad tiene que ser desleal³⁶⁵. La finalidad de esta norma es más que nada la protección de una influencia subjetiva³⁶⁶. La influencia subjetiva es ilícita si está ejercida con una medida ilegal para una finalidad ilegal o si es una relación de finalidad-medida no justificada³⁶⁷. El § 4 núm. 1 no se limita a los consumidores, sino también ampara a los comerciantes de presión indebida. En este ámbito sin embargo, la importancia de esta normativa es poca, ya que también hay normas concurrenciales pertinentes a estos casos, como la Ley de Defensa de la competencia.³⁶⁸

bb) Actos comerciales que abusan de deficiencias físicas o mentales por enfermedad o edad, inexperiencia, credulidad, miedo o aprieto del consumidor, § 4 núm 2.

Con este caso de deslealtad nos encontramos especialmente en ventas a domicilio, cuando el comerciante se encuentra con ancianos o jóvenes sin experiencia. Este caso de deslealtad no tiene relevancia para nuestra investigación y queda por lo tanto sin profundizar.

cc) Publicidad encubierta, § 4 núm. 3

El § 4 I número 3 caracteriza la deslealtad de la publicidad encubierta. La primera cuestión que surge en este contexto es: ¿Por qué es desleal una publicidad encubierta?

El consumidor debe decidir si se deja influenciar por la publicidad. Para poder tomar esta libre decisión, debe saber si está expuesto a una medida publicitaria o si se trata de una información objetiva. Si no se puede reconocer que se trate de una medida publicitaria, se trata de una medida desleal. Un caso típico de publicidad encubierta es la publicidad escondida en textos periodísti-

³⁶⁴ Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, § 12 II 1.

³⁶⁵ OLG Hamburg, v. 25.11.2004 („OTTO“) - 5 U 22/04, WRP 2005, 1033.

³⁶⁶ Henning-Bodewig, GRUR 2004, págs. 713 ff.

³⁶⁷ Köhler en Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, § 4 Rn 1.15.

³⁶⁸ Ley de Defensa de la Competencia „Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen“ en la versión de la publicación del 26 de junio de 2013 (BGBl. I S. 1750, 3245), cambiado por el art. 2 párr. 78 de la Ley del 7 de agosto de 2013 (BGBl. I S. 3154).

cos. Igualmente ilícita es la publicidad en forma de recomendaciones en la televisión, la radio o en los periódicos, sin aviso de que se trata de publicidad.

Sin embargo, son lícitos, por ejemplo, libros que tratan de hacer un ranking de los mejores abogados, como por ejemplo Bestlawyers.com o JUVE. Estas valoraciones son de manera subjetiva y constan solamente de opiniones de clientes. El ranking sería ilícito si se vulnerara el principio de competición por rendimiento. Los rankings normalmente están elaborados a través de cuestionarios de terceras personas y también están señaladas como tales. Por lo tanto, no hace falta indicar que se trata de publicidad³⁶⁹.

dd) § 4 núm. 4 - 10

Los números 4-6 se pueden entender como norma para concretar. En la nueva versión del UWG, tampoco está permitido un enlace con la participación en concursos de compra del producto. Dentro del UWG, el núm. 4 contiene reglas especiales acerca del fomento de ventas, como reba-

³⁶⁹Tews/Bokel, *Werbung und Wettbewerbsrecht*, pág. 68; BVerfG, Beschluss v. 7.11.2002, Az. 1 BvR 580/02; BGH, Sentencia del 09.02.2006, Az. I ZR 124/03: En el caso concreto un despacho de abogados demandó a la editorial JUVE que publica rankings anuales de los mejores abogados en Alemania, estructurados por campos de derecho y regiones. El libro está dividido en una parte redaccional y una parte con publicidad. La parte redaccional contiene una visión conjunta sobre el mercado de los abogados nacionales y despachos internacionales en Alemania. También tiene una visión conjunta sobre los despachos regionales más importantes ordenados por especializaciones en distintos campos de derecho. En la introducción la redacción manifiesta que la elección de los abogados y cancillerías refleje solamente las investigaciones de la redacción. La editorial no indicaría la elección realizada con una descalificación hacia otros despachos. Los compendios de los distintos despachos no tendrían un carácter publicitario y, por lo tanto, no sería posible pagar por distintas evaluaciones. Los demandantes consideran que la clasificación realizada a través de JUVE no sería ilícita ya que no se mencionan una multitud de despachos importantes. También sería ilícito hacer una comparación de calidad, porque faltan criterios fiables. Por lo tanto, se trataría de una publicidad comparativa ilícita y publicidad encubierta. El TC decidió que no se trata de publicidad comparativa porque no se compara directamente ningún despacho con otro. Tampoco había una pretensión de abstención a través del art. 3 UWG. El demandante no puede exigir una prohibición de este tipo de rankings que además tampoco sería necesario para eliminar confusiones. Una limitación de la libertad de expresión fundamentada en el art. 3 UWG requiere que se compruebe un peligro concreto para el mercado de competencia, el cual no se ha probado en el caso presente. Una deslealtad de competencia no puede derivar de una investigación que en realidad no se ha realizado. Según el TC, el ranking presente tampoco deriva de la falta de revelación de sus fuentes. El grupo destinatario son profesionales que serían perfectamente capaces de evaluar críticamente este tipo de rankings. Tampoco se probó que los demandados hubiesen influido a los abogados de manera indebida de tal manera que estos introdujesen publicidad en el manual. La publicidad se publica además en su segunda parte. En total el manual no infringe las Leyes de la Competencia con la intensidad necesaria para poder justificar una limitación de la libertad de expresión. El TC constata que los demandados actuaron con la intención no rebatida de fomentar la competencia entre los despachos. Tampoco sería una publicidad no objetiva. Según la decisión del TC lo que importa es que la editorial advierta explícitamente la subjetividad de su evaluación. El TC aclaró que tampoco es aplicable el derecho profesional, porque este apunta exclusivamente a los profesionales y no a terceros como la editorial presente.

jas y regalos. El núm. 5 y 6 contiene reglas para concursos y loterías. Los núm. 4-6 no regulan, de manera concluyente, los casos de fomento de venta, por lo que se complementa con en § 4 núm. 1 y en el caso del núm. 5a con la cláusula general del § 3 párr. 2 núm. 1 UWG.

El § 4 número 7 UWG regula una forma de impedimento individual, el desprestigio. En el número 8 se ubica la desacreditación, cuando en el número 9 se regula la protección complementaria del rendimiento, que comprende el impedimento individual como cláusula general.

Según el § 4 número 10, cualquier tipo de obstrucción de la competencia intencionada es desleal. La publicidad con medidas para fomentar la venta puede también ser desleal bajo el punto de vista de la obstrucción de competidores. Este es el caso, cuando intencionadamente se emplea un servicio sin o casi sin contraprestación para suplantar la competencia del mercado.³⁷⁰

ee) Infracción de leyes, § 4 núm. 11

Otro comportamiento desleal del § 4 es el número 11. Según el número 11 es desleal un comportamiento competitivo, si incumple una ley dirigida a regular el mercado. Este ejemplo de deslealtad proviene de la jurisprudencia, ya que el BGH decidió, el 24 de mayo de 2002 en el caso “Elektroarbeiten”, que una empresa municipal que ofrecía instalaciones eléctricas no infringía las Leyes de Competencia solamente porque una normativa municipal prohibía esta actividad, ya que esta norma municipal no era una ley de protección³⁷¹. Bajo el término leyes se entiende en este contexto no solamente leyes formales, sino también reglamentos legales, si son vinculantes para los actores del mercado³⁷².

³⁷⁰BGH, del 29 de junio del del 2000 – I ZR 128/98 – GRUR 2001, 80, 81 – ad hoch Mitteilung: Las empresas de la bolsa quieren informar a los medios de comunicación a través de comunicados ad hoc. Estas empresas están dispuestas a pagar dinero por la difusión de este tipo de información. La cuestión en este juicio era, si una empresa obstruye a otra, facilitando los comunicados ad hoc gratuitos aunque este servicio objetivamente tenga un valor monetario. El TS decidió que para poder calificar si el comportamiento constituye una obstrucción de la competencia individual, el punto decisivo se centra en si la otra empresa ha perdido facturación y clientes por culpa de los servicios gratuitos o no. En relación a la cuestión de si el servicio gratuito significa una obstrucción de la competencia en general hay que examinar si este servicio pone en peligro la competencia en el mercado. En el caso concreto nos encontramos con un monopolio, porque solamente existen dos empresas y una de ellas estaba dispuesta a ofrecer el servicio gratuito constantemente.

³⁷¹ BGH sentencia del 25.4.2002, I ZR 250/00. GRUR 2002, 825, 826 (Elektroarbeiten).

³⁷² BGH sentencia del 21.07.2005 – I ZR 170/02, GRUR 2005, 960, 961: En el caso presente un municipio ubicó su servicio funerario en un edificio del cementerio municipal, al lado de la administración del cementerio. La deman-

Una norma de especial relevancia para el número 11 es, en nuestro caso, el § 43b BRAO y las §§ 6-10 BORA, ya que estas normas sirven para la protección de la administración judicial y especialmente los posibles clientes. Esto significa que una infracción de las reglas profesionales siempre será una infracción de la Ley de Competencia Desleal (UWG). Sin embargo, hay que destacar aquí que esta regla al revés no vale. Cada infracción de una norma profesional no es necesariamente una infracción del UWG. El § 43b BRAO por ejemplo determina, que el abogado podrá hacer publicidad mientras esta informa de manera objetiva sobre la persona y la actividad. En la decisión “Kanzlehomepage” (página web del despacho), el BGH decidió, que un autoretrato subjetivo (es decir que presume) de un abogado no es un acto que necesariamente está prohibido ni por el Derecho de Competencia ni por el Derecho Profesional, mientras su forma y su contenido tengan una cierta objetividad.³⁷³ En el mismo contexto el BGH decidió en el año 2001³⁷⁴ que no es un acto de competencia desleal si un despacho de abogados ofrece un evento informativo para comerciantes para notificar los temas relacionadas con el derecho del comercio. Tampoco infringe al principio de objetividad del § 43b BRAO si el despacho ofrece a los invitados una merienda, ya que el evento duro varias horas. Tampoco supone necesariamente un comportamiento desleal si el jurista contacta a través de una carta con un cliente potencial, sabiendo que este tiene una necesidad de asesoramiento legal. Este comportamiento no infringe la Ley de Competencia Desleal, si el destinatario no se siente molesto o acosado y si esta oferta de servicios le puede ser útil en su situación.³⁷⁵

ff) Comportamiento engañoso

La prohibición de la publicidad engañosa para abogados ya resulta del precepto de objetividad del § 43b BRAO. En el § 5 UWG se encuentra la prohibición de un comportamiento comercial engañoso según el derecho de la competición desleal. La publicidad engañosa, según § 5 UWG, está unida -por su tipo legal- al § 3 UWG. Mejor dicho: las premisas adicionales del § 5 tienen

dante reclamó que esto significaba un acto de competencia desleal. Entre otras razones fundó su queja en el § 20 de la Ley de Defensa de Competencia (GWB), alegando que la demandada obstruía la competencia en el mercado de las funerarias a través de la ubicación de su negocio junto al de la administración del cementerio. El TS manifestó, que la Ley de Defensa de la Competencia no sería pertinente para la empresa municipal porque no tendría una posición dominante en el mercado, solamente en este cementerio.

³⁷³BGH, sentencia del 27.01.2005, I ZR 2002/02, GRUR 2005, 520-522.

³⁷⁴BGH, sentencia del 01.03.2001, I ZR 300/98, GRUR 2002, 84-86.

³⁷⁵BGH, sentencia del 13.11.2013, I ZR 15/12, GRUR 2014, 86-88.

que estar cumplidas en conjunto con las del § 3 UWG para que la publicidad sea desleal en el sentido del UWG. Por la conexión con el § 3 UWG resulta que los casos leves no son desleales, porque determinan la necesidad de una infracción “no insignificante”. El texto literal del § 5 UWG se acerca de forma bastante estricta a la reglamentación de la Directiva 84/450/EEC contra la publicidad engañosa.

El párrafo 1 del § 5 define que un acto comercial es de confusión, cuando contenga datos falsos o datos aptos para engañar sobre distintas circunstancias. Las circunstancias, como objeto del engaño, están definidas en los núm. 1-7 del párr. 1. Entre estas circunstancias se encuentra por ejemplo la confusión sobre características de un producto o un servicio, ventajas, desventajas, composición, accesorios etc. (núm. 1). Un comportamiento es confuso o engañoso, si una indicación es objetivamente falsa. Sin embargo, también las indicaciones objetivamente correctas pueden ser engañosas, si el afectado se plantea una idea incorrecta³⁷⁶. No es necesaria una causalidad entre la conclusión de contrato y el engaño, sino solamente una confusión del destinatario³⁷⁷.

Importancia práctica para la publicidad de los abogados deben tener los números dos (precio y cálculo) y tres (indicaciones sobre las condiciones del anunciante y su capacidad). En este caso también tenemos las reglas de orden profesional, las cuales determinan las indicaciones permitidas para abogados.

gg) Publicidad comparativa

El § 6 UWG sobre la publicidad comparativa se corresponde completamente con la Directiva 97/55/CEE. Según el § 6 párrafo uno, es publicidad comparativa si es reconocible el producto o servicio de un competidor. En el § 6 encontramos un catálogo concluyente sobre la publicidad comparativa desleal. La conclusión inversa, por lo tanto, no permite conocer la publicidad comparativa lícita.

³⁷⁶ BGH v. 23.10.1997 – I ZR 98/95, GRUR 1998, 1043 (todavía a base de la antigua normativa); similar en relación a los abogados: 4 HKO1680/00 Landgericht München I: En relación a la confusión en el sentido del § 3, el Tribunal regional superior de Múnich decidió en el 2001 en un caso de publicidad de abogados, que la indicación de características en un contexto publicitario, en este caso en una página web, como calificaciones especiales aunque en realidad resulten de la calificación profesional general de abogado, son aptas para inducir una confusión – aunque sean objetivamente correctas – si el comercio habitualmente no lo conoce y, por lo tanto, puede pensar que se ofrece un servicio superior al de otros abogados.

³⁷⁷ Véanse los motivos legislativos acerca del § 5 UWG BT-Drucks.

Publicidad comparativa, según el § 6 UWG es cualquier publicidad, que directamente o indirectamente haga reconocible a un competidor o los productos de un competidor.³⁷⁸ Esta norma proviene de la ratificación del art. 2 núm 2ª de la Directiva 84/450/CEE del consejo del 10 de septiembre de 1984 sobre publicidad de confusión o comparativa en su versión modificada por la Directiva 97/55/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo del 6 de octubre 1997. El término publicidad comparativa se tiene que interpretar conforme a la Directiva. Publicidad comparativa, según este reglamento, al lado de su aptitud para fomentar la venta de uno con desventaja del otro, requiere la intención de fomentar la competición propia o ajena.³⁷⁹ En el caso del manual de abogados JUVE³⁸⁰ (compárese para el supuesto de esta sentencia el pie de página de la publicidad encubierta) el BGH omitió que se cumpliera el supuesto de la publicidad comparativa porque le faltaba la intención del fomento de competición ajena. El BVerfG (Tribunal Constitucional alemán) constató que no se puede suponer esta intención, por el tan sólo hecho de que la editorial necesite en su manual anuncios publicitarios de despachos de abogados, ya que, en productos de prensa la venta de anuncios es lo habitual. No se pudo probar que la venta de anuncios estuviera conectada con el escalafón (“ranking”) de los abogados.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) tiene su propia jurisprudencia abundante de la publicidad comparativa.³⁸¹ Desde 1984, cuando salió la primera Directiva sobre publicidad de confusión y comparativa, el TJUE hizo aclaraciones importantes. Lo más importante de estas decisiones era la evolución del término “consumidor medio”. Este término se codificó más adelante en el año 2005 por la Directiva contra Prácticas Desleales, la que ahora regula la publicidad entre empresas y consumidores. Aparte de eso, el TJUE examinó varias veces las condiciones para publicidad de comparación. Esto se debe, al hecho de que la publicidad comparativa en muchos estados miembros era un nuevo tipo de marketing y había que definir sus límites. En este sentido, el TJUE describió por ejemplo las condiciones para la comparación del nivel de precios

³⁷⁸ BGH, sentencia del 09.02.2006, I ZR 124/03, GRUR 2006, 875-867 “JUVE”.

³⁷⁹ BGH, sentencia del 17.1.2002 - I ZR 161/99, GRUR 2002, 633, 635 “Hormonersatztherapie”

³⁸⁰ BGH, sentencia del 09.02.2006, I ZR 124/03, GRUR 2006, 875-867 “JUVE”.

³⁸¹ Compárese especialmente los siguientes casos: C-362/88 GB-INNO-BM; C-373/90 Prodecumiento penal contra X; C-126/91 Asociación de protección contra el exceso en la economía; C-210/96 Gut Springenheide y Tuský; C-220/98 Estee Lauder; C-112/99 Toshiba Europe; C-44/01 Pippig Óptica; C-71/02, Herbert Karner Subastas industriales; C-228/03 Gillette; C-59/05 Siemens; C 533/06 O2 Holdings; C-487/07 L'Oréal; C-414/06 Lidl Belgium; C-159/09 Lidl.

general³⁸² y definió el precepto para las comparaciones entre productos con denominación de origen.³⁸³

Según el § 6 UWG es ilícita la publicidad de abogados, por ejemplo, si se hacen indicaciones no correctas sobre la persona o el servicio de los competidores. Sin embargo, la publicidad comparativa es lícita, en general, ya que el § 6 II número 1 declara ilícita la publicidad comparativa si la comparación trata de servicios que no tienen la misma finalidad.

Según el § 6 párrafo dos número dos la comparación tiene que ser objetiva y, por lo tanto, considerar hechos comprobables. El gusto o las preferencias personales, por lo tanto, no son lícitos. El abogado, por ejemplo, no podrá hacer publicidad con el mensaje de que el otro despacho prefiere empleadores en vez de empleados en los procesos en el Juzgado Laboral.

Aparte, las propiedades mencionadas tienen que ser relevantes. Una propiedad es relevante si tiene una importancia no insignificante respecto al servicio anunciado³⁸⁴. En el caso de la publicidad de los abogados, el criterio de la relevancia no tiene importancia práctica, ya que los factores para la selección de un abogado son bastante complejos y subjetivos.

hh) Descalificación de competidores, § 6 II número 5, § 4 número 7 UWG

La descalificación de competidores está prohibida tanto por el § 4 número 7 UWG, como por el § 6 II número 5 UWG. Es decir, tanto en publicidad “normal” como de comparación no es lícito descalificar a los competidores. Hay que tener en cuenta que la publicidad de comparación siempre descalifica en cierta manera a la competencia. Por lo tanto, la publicidad solamente es ilícita si la publicidad conlleva unas circunstancias adicionales, las cuales, aparte del efecto negativo que conlleva una comparación prácticamente siempre, hacen parecer la comparación inadecuada, subjetiva o desfavorecida³⁸⁵. Según el Tribunal sería decisivo si la declaración publicitaria se

³⁸² C-356/04 Lidl Belgium.

³⁸³ C-381/05, De Landtsheer Emmanuel SA.

³⁸⁴ BGH v. 5.2.2004 – I ZR 171/01 BGHZ 158, 26, 35; BGH 30.09.2004 – I ZR 14/02, GRUR 2005, 172, 175.

³⁸⁵ Constante Jurisdicción : BHGZ 139, 378, 385. Véase WRP 2001, 1441, 1445; Gloy/Bruhn GRUR 1998, 226, 237.

encontrara todavía dentro de los límites de una descripción objetiva o si contuviera una descalificación global de la competencia³⁸⁶.

ii) Molestias inaceptables

La última concreción de la cláusula general del § 3 UWG se encuentra en el § 7 UWG. El § 7 I UWG prohíbe las molestias inaceptables (*unzumutbare Belästigungen*). Las molestias inaceptables en relación a la publicidad están consideradas por los tipificaciones legales (*Regelbeispiel*) del § 7 UWG. No es ilícita cualquier molestia, sino una molestia inaceptable, ya que cada medida publicitaria puede conllevar una cierta molestia, dependiendo del receptor. Por lo tanto, se refiere a estos casos cuando una molestia se densifica, con tal intensidad, que una mayoría de los participantes del mercado lo considera inaceptable³⁸⁷. Si el cliente, por ejemplo, concluye el contrato con el abogado para eludir las molestias, se trata de publicidad desleal, porque le quita su libre voluntad de decisión. El interés general del abogado/empresario tiene que hacer sitio a la protección del consumidor que le corresponde a través del derecho de competencia desleal.³⁸⁸.

El § 7 I frase 2 determina que una publicidad es especialmente ilícita si es reconocible que el destinatario no la quiere.

El párrafo 2 del § 7, sin embargo, estipula qué medidas de por sí son inaceptables. Entre ellas tenemos, por ejemplo, la publicidad mediante llamadas, la cual, según el § 7 II núm. 2 UWG, está considerada desleal si el consumidor no está de acuerdo con la llamada o sin consentimiento anterior.

En el párrafo 3 encontramos las excepciones a los tipificaciones legales del párrafo 2. Es decir, que bajo distintas circunstancias la publicidad generalmente prohibida sí puede ser lícita. En lo concerniente a las llamadas telefónicas, el legislador se decidió por una directiva de protección de datos para la comunicación electrónica “Opt-in”. “Opt-in” significa que el receptor (consumidor en este caso) de la publicidad tiene que confirmar anteriormente que está de acuerdo con la re-

³⁸⁶ BGH WPR 2002, 828, 831 – Hormonersatztherapie.

³⁸⁷ Motivación de la Ley oficial, BT-Drucks. 15/1487, 20.

³⁸⁸ Plaß, in Ekey/Klippel HK-WettbR, § 7 Rn. 7.

cepción del mensaje³⁸⁹. El § 7, sin embargo, contiene una formulación que suaviza esta normativa un poco, ya que basta un consentimiento presumible del consumidor.

Para otros operadores del mercado basta con el consentimiento supuesto en la llamada. Con § 7 II número 3, la situación judicial se ha vuelto más restrictiva. Ahora también la publicidad mediante fax y e-mail de empresa a empresa (“business to business”) únicamente es lícita cuando el publicitario tiene el consentimiento supuesto, sólo si ya había contacto comercial (§ 7 III UWG) y el cliente no revocó el uso de sus datos. Sin un consentimiento de parte del consumidor se trata de publicidad desleal.

El § 7 II número 3, sin embargo, no diferencia entre consumidores y otros participantes del mercado. Más que nada, las medidas publicitarias mediante e-mail, fax y máquinas de llamadas automáticas solamente son lícitas con el consentimiento previo del destinatario. Esta regla estricta se fundamenta en el conocimiento de que estas formas de publicidad, especialmente en el campo del comercio, pueden molestar bastante³⁹⁰.

No obstante, en el § 7 III también limita esta regla, si el empresario ha recibido la dirección e-mail en conjunto con la venta de una mercancía o un servicio, el empresario usa la dirección para anunciar mercancías similares o servicios, el cliente no ha protestado contra el uso, y el anunciante ha advertido al cliente al recopilar los datos que en todo momento puede protestar el uso sin costes. Todas estas condiciones tienen que estar presentes de forma acumulativa. Por lo tanto, puede ser lícita la publicidad telefónica si el cliente potencial contacta con el abogado anteriormente.

jj) § 8, Pretensión de eliminación y abstención

El § 8 concede una pretensión de eliminación y abstención cuando hay violaciones de la ley. Según el § 8 III, la pretensión de abstención solamente la tiene el competidor (§ 2I núm. 3 UWG). Otros comerciantes ya no tienen ninguna pretensión de omisión. El legislador no ve un interés digno de protección para ellos³⁹¹.

³⁸⁹ <http://de.wikipedia.org/wiki/Opt-In>.

³⁹⁰ Proyecto de ley, sobre el § 7, BT-Drucks. 15/1487, pág. 21.

³⁹¹ Motivación del legislador: BT-Dr. 15/1487, pág. 22.

Todos los competidores tienen una prestación de indemnización según el § 9 UWG, en el caso de una violación de la ley en su contra, sin embargo, no ha sido introducida una indemnización para el consumidor, aunque sí reclamada por algunas partes³⁹², debido a las posibles desventajas de emplazamiento³⁹³ que conllevarían todas las demandas de los consumidores a las empresas. Aunque el razonamiento es comprensible, no puede convencer completamente porque un empresario que ha actuado con intención desleal en relación al consumidor no debe ser protegido por ley.

El § 10 conlleva una innovación espectacular. Las violaciones intencionadas que perjudican los compradores pueden ser sancionadas –con un pago de gravamen compensatorio que se rige por las ganancias obtenidas por el comportamiento desleal³⁹⁴. Las demandas pueden ser formuladas por los autorizados del § 8 II número 2-4 UWG. Las ganancias tienen que ser entregadas a la nación. El fin de este reglamento es posibilitar la consecución del derecho en los casos de los así llamados daños de dispersión. Por ejemplo, si un empresario vende intencionalmente unos productos fraudulentos, el consumidor probablemente en muchos casos no va a formular sus demandas acorde con el Código Civil (BGB). En esta situación, al menos en la actualidad, no le quedarían ganancias por su comportamiento desleal. Sin embargo, esta reglamentación es objeto de disputas en investigación y docencia³⁹⁵.

En el § 11 UWG se encuentran las normas de la prescripción (*Verjährung*) y en los §§ 12-15 UWG la imposición de las pretensiones. Respecto a la prescripción no hay divergencias respecto a la del BGB.

La autoridad competente para los litigios sobre el UWG es la audiencia provincial (*Landgericht*) de primera instancia según el § 13 UWG.

³⁹² Schricker, *Schadensersatzansprüche der Abnehmer wegen täuschender Werbung?*, GRUR 1975, págs. 111, 112 y ss.

³⁹³ Motivación del legislador: BT-Dr. 15/1487, pág. 22; ebenso Köhler, GRUR 2003, 265.

³⁹⁴ Comentando el § 10 UWG: Stadler/Micklitz, WRP 2003, 559 y ss.; Wimmer-Leonhardt, GRUR 2004, págs. 12 y ss.

³⁹⁵ Véase como ejemplo: Stadler/Micklitz, WRP 2003, 559, 562; R. Sack, WRP 2003, 549 y ss.

El UWG se completa con distintas normas de carácter penal, las cuales se fundan en determinados comportamientos peligrosos conforme el UWG³⁹⁶.

ii) Conclusión

Como hemos visto, se encuentran coincidencias entre las normativas profesionales y la ley de la competencia desleal (UWG).

En total, podemos resumir que la terminología de la publicidad es la misma en el derecho profesional que en la competencia desleal. El objetivo de protección de ambas normativas es, sin embargo, formalmente diferente. Para el derecho profesional el objetivo de protección son los clientes o posibles clientes. El derecho de competencia tiene la finalidad de proteger los intereses de los consumidores (y los participantes en el mercado). Sin embargo, el objetivo de la protección es el mismo, ya que los receptores de las medidas publicitarias son los objetivos de la protección en ambos casos. Por otro lado, el derecho profesional quiere controlar a los abogados a través de las normas sobre la publicidad, para que los colegas se traten de manera justa, *fair*. Por lo tanto, el derecho profesional tiene también una función de regulación de la competencia de los abogados entre ellos.

Resumiendo, podemos constatar que el derecho de competencia desleal alemán comparte la misma terminología del acto publicitario con el derecho profesional, es decir, el § 43b BRAO. Hasta el área de protección del § 43b BRAO en relación a las formas de publicidad no supera lo ya garantizado a través del derecho de competencia desleal. El § 48b más que nada prohíbe – considerando una interpretación constitucional– la publicidad que coge al posible cliente por sorpresa o publicidad que molesta. En este caso, generalmente predominará el derecho de ámbito privado del posible cliente sobre el derecho del abogado de hacer publicidad. Por lo tanto, está justificada una prohibición general de estos tipos de publicidad, las cuales violan la esfera privada de los posibles clientes, como publicidad a través de llamadas telefónicas o mediante fax, etc. Estas formas de publicidad, de todas maneras, están prohibidas explícitamente por el § 7 UWG.

³⁹⁶ Alexander, Die strafbare Werbung in der UWG-Reform, in: Wettbewerb in Recht und Praxis (WRP) 2004, 407, 410.

El § 4 número 1 prohíbe medidas publicitarias a través de ejercer presión para limitar una decisión racional del destinatario. En conclusión, podemos decir que la cláusula general del derecho profesional (§ 43b BRAO) – en la cuestión de los tipos de medidas publicitarias - no ofrece una protección adicional a la protección ya existente por el derecho de competencia desleal.

En relación al contenido publicitario tenemos que tener en cuenta tanto el § 48b BRAO como el § 6 I BORA. Ambas normas contienen el mismo contenido jurídico, es decir, la disposición de que la publicidad del abogado tiene que ser objetiva. A través de la interpretación constitucional de las normas, esta regulación prohíbe solamente la publicidad engañosa. Aparte de esta regla, encontramos una variedad de exigencias sobre el contenido de la publicidad de los abogados en los §§ 6-10 BORA. Como ya hemos mencionado, las reglas de los §§ 6 y s. son nada más que concreciones de la prohibición general de publicidad engañosa. También el derecho de competencia desleal impide la publicidad engañosa a través del § 5 I UWG, el cual se concreta en los párrafos 2 y s.

La misma situación se encuentra con el § 5 segundo párrafo primera frase número tres, el cual denomina explícitamente la calificación del anunciante, al igual que el § 7 BORA, como posible criterio para una publicidad engañosa. Por lo tanto, podemos decir que las reglas profesionales del BRAO no tienen un contenido adicional, en relación a la publicidad engañosa, respecto de las reglas generales de competencia desleal. Todas las reglas detalladas del § 7 BORA se refieren igualmente a la prohibición de la publicidad engañosa y, por lo tanto, ya están comprendidas en el el derecho de la competencia desleal. La única regla del derecho profesional que sobresale de las reglas generales del UWG es el § 6 II frase 2 BORA, que prohíbe publicidad con informaciones sobre clientes y mandatos sin que el afectado dé su consentimiento previo.

Luego, el § 43b prohíbe la publicidad para conseguir un mandato en concreto. Bajo esta norma podemos subordinar solamente la publicidad que se dirige a un círculo de personas determinado, donde hay una necesidad de asesoramiento jurídico. La interpretación constitucional limita a esta norma de tal manera, que sólo vale para medidas publicitarias que infringen los derechos del destinatario de manera desproporcionada. Sería el caso de si está afectada la libertad del destinatario

de decidirse a favor o contra del abogado anunciante. Una protección contra la publicidad que limita la libertad del destinatario la encontramos también en el § 4 núm. 1 UWG.

En total, podemos concluir que las exigencias del derecho profesional de los abogados y el derecho general de competencia desleal coinciden en su contenido jurídico y el área de protección, menos una norma, donde el derecho profesional llega más lejos que el derecho general de competencia desleal.

e) Relación de competencia jurídica entre el derecho profesional y el derecho de competencia

Como hemos visto en el análisis del derecho profesional y el derecho de competencia general, el derecho profesional casi (con una excepción) no sobresale de la protección jurídica del derecho de competencia desleal. Por lo tanto, queda aclarar qué relación tienen estas dos materias.

La mayoría de la literatura tiene la opinión de que los dos campos de derecho serían independientes³⁹⁷. La jurisdicción aplica las normas también simultáneamente con sus correspondientes consecuencias jurídicas. A diferencia de la literatura no se ocupan del problema de la competencia de las normas.

Desde luego, tampoco se puede concluir desde el punto de vista jerárquico cuál de las normas tiene primacía, ya que ambas (BRAO y UWG) son leyes formales. Pero la primacía de una norma podría resultar de su especialidad lógica, porque, como sabemos, vale el siguiente principio en la ciencia jurídica: “Lex specialis derogat legi generalis.”³⁹⁸ Aquí la especialidad no resulta en sí de la especialidad material, porque el derecho profesional (BRAO) en este caso no contiene todas las características de la otra y algo adicional, sino que el UWG contiene reglas más detalladas. Tampoco podemos decir que el UWG sería la norma más especial, porque una interpretación teleológica lleva a la conclusión de que el derecho profesional de los abogados debería ser más especial

³⁹⁷ Köhler en: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG § 4 Rn. 11.85; Breuer, *Anwaltliche Werbung*, pág. 103; Döbelt, *Werbebeschränkungen im anwaltlichen Berufsrecht*, pág. 309; Henssler/Prütting/Eylmann, BRAO, § 43b Rn. 57 f.

³⁹⁸ Bydlinski, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, pág. 465.

que la ley general de la competencia, ya que tiene un ámbito de protección definido, el cual es independiente del UWG.

En conjunto, podemos resumir que ni una ni otra normativa es más especial. Como las dos normativas son de diferente naturaleza –el UWG es parte del derecho civil, el BORA, del derecho público–, tienen diferentes consecuencias jurídicas. En el caso del UWG las posibles sanciones son pretensiones de supresión, indemnización y exacciones de las ganancias del anunciante. Las sanciones del BRAO son reprimendas o es posible un juicio ante el Tribunal de la Abogacía. El Tribunal de la Abogacía puede imponer una multa o una inhabilitación profesional temporal o definitiva.

Estas dos sanciones no se excluyen y, por lo tanto, pueden aplicarse paralelamente. La situación de la relación del UWG con el derecho deontológico (BORA) es, de todas maneras, algo diferente. Como hemos visto arriba, el § 6 II frase 2 es más estricto que la normativa del UWG y contiene aparte concreciones de la prohibición general de la publicidad engañosa. Aparte, el BORA no tiene rango de ley formal y, por lo tanto, según la regla “lex superior derogat legi inferior” podría primar. Pero el derecho deontológico es más estricto que el UWG en su contenido jurídico y, por lo tanto, es una ley más especial, que a su vez prevalece sobre las leyes generales (véase arriba). Vamos a dejar abierta esta cuestión, ya que los tribunales no diferencian entre las leyes profesionales o las normas deontológicas de la abogacía por lo que son aplicables paralelamente. En este contexto, cabe destacar que para la normativa del derecho de competencia desleal y profesional existen diferentes vías jurídicas y diferentes competencias de los tribunales.

4. Comparación entre las sistemáticas de las normativas de la competencia desleal de España y Alemania

a) La técnica de legislación

El UWG actualmente en vigor contiene una cláusula general y un catálogo de ejemplos/tipificaciones de la competencia desleal. También a diferencia de la versión antigua (antes del 2004) comienza con una descripción sobre su finalidad, antes de empezar a definir los con-

ceptos esenciales de la ley. El LCD subdivide el primer capítulo de las disposiciones generales en cuatro normas: finalidad, ámbito objetivo, ámbito subjetivo y territorial. La cláusula general da inicio al segundo capítulo y destaca por su contenido conciso.

b) Finalidad

Las dos leyes contienen una descripción de su finalidad. El LCD tiene como propósito la protección de la competencia en interés de todos los participantes del mercado, el UWG la protección de los competidores, del consumidor y el público de la competencia desleal.

c) Comportamientos

El campo de aplicación del UWG aborda todos los “actos de competencia”, los cuales están definidos como “cada acto de una persona con el fin de, a favor de su propia o ajena empresa, fomentar la venta o la adquisición de bienes o la prestación o la adquisición de servicios remunerados, incluidos objetos inmóviles, derechos u obligaciones”. El LCD se limita a los actos de competencia desleal siempre que se realicen en el mercado y con fines concurrentes (artículo 2 número 1). Aunque parezca que el LCD y el UWG coinciden, esta impresión no es correcta.

El UWG prefiere, antes que un comportamiento abstracto, la descripción de la actividad comercial como comportamiento que tiene como objetivo la venta, la prestación de bienes o de servicios. De esta manera, la legislación le confiere un toque subjetivo a los requisitos objetivos del UWG.

El LCD se refiere, al contrario que el UWG, en vez de a “comportamientos” a “actos”, lo que es lingüísticamente más exacto, pero no conlleva consecuencias prácticas, porque también en Alemania una omisión puede ser la base de una infracción del derecho desleal. Las actividades puramente soberanas no están comprendidas ni por el UWG, ni por el LCD.

El LCD atiende al efecto de cada comportamiento. En la antigua versión, el UWG lo llamaba “el acto al efecto de la competencia”. Hoy se refiere explícitamente al “comportamiento de la competencia” (*Wettbewerbsbehandlung*).

Sin embargo, las diferencias de la base académica del derecho de competencia en España y Alemania son considerables. En el UWG, la interpretación del comportamiento comercial se basa en un acto con intención de competencia. La intención tiene que ser por lo menos una de varias razones. La mera conciencia del fomento de la propia o ajena competencia no es suficiente. Mientras que en el antiguo § 13 II número 1 UWG todavía tenían capacidad de demanda todos los empresarios que estaban activos en el mismo mercado. Esto significaba que, por ejemplo, un panadero en Konstanz podía demandar a un panadero en Marburg (a 450 km)³⁹⁹. Ahora, la relación de competencia de los empresarios tiene que ser concreta. De esta manera el círculo de posibles clientes ha sido reducido considerablemente.

La LCD, por el contrario, establece en su artículo 3 II, bajo la advertencia expresa del cambio del funcionamiento del derecho de competencia, que su aplicación no depende de una relación de competencia. Esto supone el fin de la competencia, si la correspondiente acción “presume la finalidad concurrente del acto cuando, por las circunstancias en que se realice, se revele objetivamente idóneo para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero” (art. 2 II LCD). De esta manera, lo decisivo es el efecto verdadero o potencial del acto en el mercado. De esta manera, el concepto obviamente subjetivo de la “finalidad concurrente” resulta una característica objetiva. Las características subjetivas contrarias al UWG v.a. ya casi no tienen importancia. El UWG actual abarca actos que persiguen el fin de “a favor del propio o de una empresa de un tercero (para) fomentar la venta o la adquisición de servicios”. Eso suena bastante similar a la versión española, aunque parece que para el UWG los aspectos subjetivos son más relevantes. Además, el derecho alemán no renuncia a la relación de competencia. En la práctica, estas diferencias de aplicación no son de mucha importancia, porque el tribunal federal supremo (*Bundesgerichtshof*, BGH) lo interpreta de forma tan amplia que la diferencia teórica casi no tiene relevancia.

d) Campo de aplicación personal

El campo de aplicación personal del LCD tan sólo está constituido por tres normas (arts. 2-4). Según el artículo 3 número 1, la ley será de aplicación a los empresarios y a cualquier otra perso-

³⁹⁹Hadding, JZ 1970, 305.

na física o jurídica que participa en el mercado. El UWG menciona en su § 1 a los competidores, consumidores y otras personas que participan en el mercado. De esta diferenciación no resultan, sin embargo, disparidades en cuanto al contenido. Como hemos visto arriba, el resultado en cuestión a la aplicación a la publicidad de los abogados es la misma. Ambas leyes son aplicables a la publicidad de los abogados.

e) Cláusula de relevancia

La aplicación del LCD no depende de una relevancia mínima que se refiere a las consecuencias del acto o comportamiento en el mercado. Pero el UWG entiende, en el § 3, que el comportamiento tiene que ser válido para una “influencia los intereses de los consumidores no insignificante”⁴⁰⁰, aunque este obstáculo no es muy grande, sirve para descartar casos de mínima relevancia (bagatela).

En la práctica estas diferencias no tendrán efecto, ya que los jueces mismos valorarán si hay una infracción a las reglas de la competencia desleal o si el acto es todavía lícito, considerando las costumbres en el mercado, etc.

f) Concepto indeterminado

El UWG alude a “la deslealtad” y “la alteración de la competencia”, el LCD a “la buena fe”. Mientras en la interpretación de los tres conceptos y más todavía en su comparación resultan diferencias considerables, en la práctica estas diferencias se desvanecen. Como en muchos campos del derecho, también ésta causa la impresión de que no parece que hubiera un concepto al principio, para que todos los casos individuales se puedan subsumir bajo este concepto para llegar a unos resultados razonables. Sino más bien, el resultado se encuentra al principio y se adapta la justificación según el concepto deseado.

El UWG actual y el LCD no consideran el concepto de la violación de las “buenas costumbres”. El primero, porque eso imputa innecesariamente al competidor el defecto de inmoralidad. El reproche de esto también concierne al UWG, porque la deslealtad está definida como algo que se

⁴⁰⁰ § 3 UWG: (1) Unlautere geschäftliche Handlungen sind unzulässig, wenn sie geeignet sind, die Interessen von Mitbewerbern, Verbrauchern oder sonstigen Marktteilnehmern spürbar zu beeinträchtigen.

opone a “las costumbres honradas en el comercio, profesión o de una actividad de régimen propio”. La interpretación del concepto de “buena fe” del derecho español se concentra, al contrario, en la competencia de rendimiento. Un comportamiento es por lo tanto desleal, si la ventaja competitiva que consigue no se basa en su superioridad de rendimiento, sino en el impedimento de sus competidores. Esta interpretación no está muy lejos de la “buena fe” del UWG v.a., porque su teoría atiende a la competencia del rendimiento. También el enfoque funcional de concretar la “buena fe” se pudo avenir con la competencia del rendimiento. Lo mismo vale para el planteamiento de la autorización jurídicajudicial, como en la interpretación de los conceptos indeterminados, el juez se apoyará en criterios conocidos y comprensibles porque en la mayoría de los casos se remite a la competencia de rendimiento. Asimismo, la teoría que atiende a las normas convencionales se basa en el concepto de la competencia del rendimiento en cuanto se trate de la valoración de una costumbre como “buena”. Sin embargo, no puede esconder su “gustillo” estamentalista, cuando define “la fe” como una costumbre elevada y una norma entre los comerciantes.

La fórmula de moral que desarrolló el tribunal supremo del Reich que atendió al sentimiento de todos los que piensan de forma equitativa y justa, considerando el comerciante promedio, ya no ha sido aplicada en muchos años. También el BGH se fundaba en sus consideraciones en la competencia del rendimiento.

El actual UWG tiene el criterio de las “honradas costumbres” (*die guten Sitten*), que no tiene una concreta definición legal. Por lo tanto, habría que ver si con la explícita referencia a las “honradas costumbres...” en el actual UWG no se ha ido un paso atrás dogmáticamente.

g) Premisas subjetivas

Existían de forma única en el antiguo UWG alemán. Tal y como el afectado ve la situación, es tan irrelevante como si tenía claras las circunstancias de su acto. Lo decisivo es la violación de la “buena fe”. El nuevo UWG tampoco tiene premisas subjetivas y se basa igualmente en la violación de sus conceptos. El LCD tampoco considera premisas subjetivas, sino que se limita a actos objetivos.

h) Contenido jurídico de la Ley de Competencia Desleal y la Ley de la Publicidad en comparación con el UWG alemán

El orden jurídico sobre la competencia desleal se materializa en España en dos leyes: la LCD y la Ley General de la Publicidad (LGP).

La LGP ha sido promulgada con anterioridad a la LCD, pero la LCD no la ha derogado por completo. Hasta la modificación operada por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, la doble regulación general, sustantiva y procesal, de la publicidad ilícita en estas dos leyes provocaba serios problemas por la existencia de diferencias de la regulación sustantiva de determinadas modalidades de publicidad ilícita en una y otra ley, especialmente a partir de la modificación de la LGP por la Ley 39/2002, y por la existencia de una regulación procesal específica de las acciones de publicidad ilícita en la LGP que dificultaba el ejercicio de las acciones de publicidad ilícita, especialmente por la exigencia de requerimiento previo para las acciones de cesación y rectificación⁴⁰¹. Con la Ley 29/2009 de 30 de diciembre, se modificó el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad con objeto de la trasposición de directivas europeas. Con dicha ley se ha modificado el título II LGP regulador de la publicidad ilícita, de modo que la LGP ya no contiene una tipificación propia de la publicidad engañosa y de la publicidad desleal (publicidad desleal que, según el art. 6 LGP en su redacción previa a la reforma, era la denigratoria, la confusoria y la comparativa que no respetara los requisitos que para su licitud establecía el art. 6-bis LGP), anteriormente definidas en los arts. 4 y 6 LGP de modo no totalmente coincidente con los tipos correspondientes de actos denigratorios (art. 7), confusorios (art. 6) y de comparación (art. 10) previstos en la LCD. Tras la reforma, el art. 3.e LGP se remite en bloque a la LCD en cuanto a la publicidad engañosa, la desleal y la agresiva⁴⁰².

En Alemania, por otro lado, no existe una ley independiente de la publicidad, sino solamente el UWG, que comprende a su vez la publicidad ilícita (§ 3 en conjunto con §§ 5, 6, 7 UWG).

La aplicación de las leyes españolas, por su lado, parece más difícil que en el caso alemán.

⁴⁰¹ Sarazá Jimena, La nueva regulación de la publicidad ilícita (documento electrónico sin paginación)

⁴⁰² Sarazá Jimena, La nueva regulación de la publicidad ilícita.(documento electrónico sin paginación).

La Ley General de Publicidad diferencia según el artículo 3 b)-d) LGP bajo el concepto de publicidad ilícita cuatro tipos:

- publicidad engañosa
- publicidad desleal
- publicidad subliminal
- la que infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios.

En los artículos 4-7 LGP se encuentra las definiciones legales de la publicidad ilícita según el artículo 3b)-d). El artículo 6, que ha sido introducido posteriormente⁴⁰³ y el artículo 6bis⁴⁰⁴ de la vigente LGP define la publicidad desleal y abarca tres figuras delictivas:

- a) el contenido, la forma de presentación o difusión de la publicidad
- b) publicidad que induce confusión
- c) publicidad comparativa.

El UWG, de hecho, no diferencia entre casos de publicidad, los cuales en el caso español, por su lado, comprenden todavía otras subtipificaciones como las del LGP, sino que se basa en la cláusula general del § 3 UWG, que determina la ilicitud de cualquier comportamiento de competencia desleal. Luego en los § 5-7 UWG se encuentran tipificaciones de comportamientos desleales fijados por la ley (*Regelbeispiele*).

El § 5 describe ejemplos de la publicidad de confusión, § 6 la publicidad comparativa y el § 7 la publicidad molesta. La publicidad de confusión del § 3, 5 UWG acoge la publicidad engañosa del

⁴⁰³ Artículo 6 introducido por el artículo 9.1.º de la Ley 39/2002, de 28 de octubre, de trasposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios (*BOE* de 29 de octubre).

Vigencia: 18 de noviembre de 2002.

⁴⁰⁴ Artículo 6 bis introducido por el artículo 9.2.º de la Ley 39/2002, de 28 de octubre, de trasposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios (*BOE* de 29 de octubre).

Vigencia: 18 de noviembre de 2002

artículo 3, 4 LGP y la publicidad que “...induce a confusión...” del artículo 6 LGP. Como los § 5-7 UWG son técnicamente subcasos del § 3 UWG (cláusula general), siempre hay que verlo en conjunto. El § 5 UWG define que se comportade forma desleal quien hace publicidad confusa. En § 5 II número 1-3, III, IV, IV se encuentran ejemplos de un comportamiento desleal, pero por el enlace con la cláusula general estos grupos de casos (lógicamente) no son exclusivos. En los § 6 y 7 se encuentran de igual manera ejemplos que no son exclusivos, pero siempre cuando hay casos similares, su deslealtad está indicada por la ley.

Destaca una tipología de casos que el UWG determina como desleal, porque no existe de igual manera en la LGP. Es la publicidad molesta del § 7 UWG, que declara ilícita la publicidad individual que el receptor no desea.(§ 7 II número1). Igualmente es desleal la publicidad que se efectúa mediante llamadas telefónicas al consumidor, si éste no lo hubiese aprobado con anterioridad. De este reglamento resulta una situación legal un poco extraña. Ahora las compañías nacionales no pueden hacer publicidad mediante telefonía, pero las empresas con su sede fuera del país pueden llamar sin problema, porque no es aplicable el UWG. El derecho de colisión determina el principio de “lex fori”, así que siempre se aplica el orden jurídico del Estado correspondiente.

i) Conclusiones

La comparación entre los dos sistemas nos revela que generalmente en el UWG se encuentra un reglamento menos específico que en la LGP. El UWG se caracteriza por centrarse en la cláusula general del § 3, aunque también se apoya en los ejemplos reglamentarios de los artículos siguientes.

La Ley de la Publicidad es un reglamento especial sobre la publicidad, que es bastante más cabal que el UWG. No hay que olvidar que la LGP se completa con la cláusula general del artículo 5 LCD y las demás normas competentes del LCD, que tienen prioridad ante las normas del LGP siempre y cuando haya intersecciones. Su gran ventaja es seguramente la escasa claridad creada por la interrelación de las dos leyes.

En total nos encontramos con una regulación bastante similar, debido a la influencia de las regulaciones europeas. Sin embargo, podemos constatar que los órdenes jurídicos de los dos países difieren en cuestión sistemática y también en distintos puntos en relación a su contenido jurídico. Como hemos mencionado con antelación, la diferencia sistemática entre los ordenamientos jurídicos es que el español se materializa en dos textos normativos: la Ley General de Publicidad y la Ley de Competencia Desleal. El UWG, al contrario, es una normativa completa para todo el ámbito de la competencia desleal, también la publicidad.

La similitud más importante es el uso de cláusulas generales combinadas con tipificaciones (en alemán *Regelbeispiele*). Las cláusulas generales aportan a las leyes una gran flexibilidad para la jurisprudencia, y los ejemplos reglamentarios les añaden mayor transparencia. En cuestión de transparencia, el UWG supera al LCD, el cual se complementa con la LGP. Las dos normas en conjunto no son tan fáciles de abarcar como el UWG.

j) Consecuencias prácticas para la publicidad de los abogados

Finalmente, podemos concluir que el UWG y el LCD abarcan todos los comportamientos de la publicidad de los abogados. También el fin protector de las leyes del comportamiento desleal es idéntico al de las reglas profesionales.

En la legislatura alemana nos encontramos con otro valor normativo que en la española. En España, las reglas profesionales no dejan prácticamente ámbito de aplicación de la normativa de competencia desleal, ya que el Estatuto General de la Abogacía y el Código Deontológico contienen un sistema regulador exhaustivo. El § 43 BRAO es más bien una cláusula general abierta a interpretación por parte de la jurisdicción. El § 6 BORA concreta esta regla general con algunos detalles.

Aparte, podemos concluir que ni el derecho profesional alemán ni el español son normativas completas acerca de la publicidad. Siempre hay que tener en cuenta las leyes generales sobre la publicidad y el derecho de competencia desleal.

5. Propuesta de un nuevo marco jurídico para la publicidad de abogados

El marco jurídico disciplinario tiene tanto en Alemania como en España un sistema dividido. Por un lado, las leyes generales contienen sanciones para la parte empresarial del abogado y, por el otro lado, el régimen deontológico tiene sanciones disciplinarias profesionales. Como propone también el Tribunal Constitucional español, sería conveniente para garantizar una mayor seguridad jurídica que la normativa disciplinaria de los colegios profesionales tenga rango de ley especial, para una mayor certeza y seguridad de las normas deontológicas y de las sanciones que las acompañan. Esto significaría que los colegios profesionales tendrían que adaptar sus normas a las exigencias constitucionales, como el principio de la legalidad. Esto concretamente significaría una tipificación más detallada de los ilícitos disciplinarios colegiales y sus correspondientes sanciones en un mismo texto normativo. Éste no sólo permitiría evitar los abusos y arbitrariedades tan criticados hasta el momento, sino que también parece que solucionaría los problemas de la duplicidad de sanciones. De esta manera, los colegios podrían establecer sus correspondientes sanciones, teniendo en cuenta las infracciones y sanciones procesales y penales ya establecidas, se evitaría, en principio, la duplicidad normativa y sancionadora.

6. El derecho de competencia en otros Estados europeos

En Francia, el derecho de Competencia (DC) se ha desarrollado a partir del derecho penal, que evoluciona de la jurisprudencia. En Alemania los juzgados empleaban el derecho penal solamente en casos particulares, en cuanto a preguntas de derecho de competencia se trataba. Por eso, en el año 1896 promulgaron una ley contra la competencia desleal. La cláusula general ha sido añadida ya en 1909. Inglaterra no conoce ningún verdadero campo de derecho que garantice el comportamiento correcto en la competencia⁴⁰⁵.

En distintos países la DC derivó a un derecho de mercado, que comprende tanto la protección de los trabajadores como de los consumidores y el público, cuando en otros países la protección del

⁴⁰⁵ Westerholt, 1.

público está garantizada por leyes especiales. También en Bélgica, Dinamarca, Países Bajos⁴⁰⁶ y Luxemburgo⁴⁰⁷ se puede observar la integración de la protección del consumidor⁴⁰⁸.

En Inglaterra el derecho de competencia desleal se rige por una regulación que consiste de pretensiones del derecho civil, de otras materias jurídicas y códigos de comportamiento.⁴⁰⁹ Hay una segregación estricta entre el derecho de los consumidores y de los competidores.⁴¹⁰ No existe efectivamente una verdadera ley de protección de competencia desleal,⁴¹¹ por lo que la protección jurídica se basa en gran medida en las leyes generales como ya mencionados. Sin embargo, se tiene que ver la protección del consumidor también en conjunto con el funcionamiento del mercado.

En las organizaciones de autorregulación se pueden efectuar las quejas del consumidor y de las asociaciones⁴¹². Solamente cuando estas posibilidades han sido aprovechadas, está disponible la demanda a los órganos estatales (DGFT, ITC, RA).

Un sistema similar se emplea en Irlanda. Suecia sigue otra opinión, que ve el derecho de competencia desleal no solamente como herramienta para la protección de los competidores, sino igualmente para el consumidor⁴¹³. En Finlandia los consumidores están protegidos por una ley separada, pero los trámites se enjuician ante el mismo juzgado que los litigios entre los competidores⁴¹⁴.

⁴⁰⁶ Hucke, 306.

⁴⁰⁷ Hucke, 258.

⁴⁰⁸ Kocks en Handbuch des Werberechts in den EU-Staaten (Editor: Schotthöfer): Belgien stellt den Verbraucherschutz in Gestalt einer Generalklausel der Generalklausel des Lauterkeitsrechts gleichberechtigt an die Seite, pág. 11 (Fikentscher, comentando el desarrollo internacional, pág. 65, Hucke, 245 y ss.).

⁴⁰⁹ Kamperman Sanders, pág. 52 ss.

⁴¹⁰ Ohly, Richterrecht, pág. 19.

⁴¹¹ Kamperman Sanders, pág. 52; zudem Hucke, pág. 347.

⁴¹² Hucke, págs. 348 y ss.

⁴¹³ Hucke, págs. 282, 288.

⁴¹⁴ Hucke, pág. 292.

En Portugal el amparo se realiza por la ley de la publicidad⁴¹⁵. Grecia, igualmente, ha realizado un cambio de la finalidad de la protección. Allí también se ampara a los competidores, los consumidores y el público.

Mediante esta comparación jurídica de países europeos se pueden comprobar dos conceptos de protección:

Distintos derechos protegen de manera tradicional únicamente al competidor, cuando otros han ampliado sus órdenes jurídicos a leyes relativamente completas.

Esencial en esta observación es que en casi todas las naciones, la protección de los consumidores se ha reconocido como un problema del mercado para que éste funcione. En Estados con un derecho de competencia desleal que radica en el derecho penal, se codifica, por lo tanto, en leyes separadas⁴¹⁶.

En conclusión, se puede constatar que aunque en distintos Gobiernos el derecho de competencia desleal está codificado en varias leyes, al final todos ofrecen una protección íntegra.

Esto tiene que ver incluso con las dispares culturas de derecho y técnicas de codificación que se encuentran en las diferentes naciones. Solamente un punto de vista abierto nos permite la consideración de las desigualdades del derecho de colisión entre la unificación de los derechos europeos. En todos los Estados europeos existen normas para la protección de la competencia, del público y de los consumidores, porque la publicidad está siempre enlazada con el público y el consumo.

En total, podemos constatar que las combinaciones de la regulación del derecho de competencia desleal con el derecho profesional no contribuyen a un orden normativo transparente. Esto significa, para la mayoría de los países europeos, que en cuestiones de publicidad de abogados siem-

⁴¹⁵ Hucke, pág. 378 y ss.; Schricker/Henning-Bodewig, pág. 1368: „es handelt sich um ein separates Verbraucherschutzgesetz“.

⁴¹⁶ Henning-Bodewig, Zwischenbilanz, pág. 391.

pre hay que tener en cuenta, aparte del derecho profesional y deontológico, también el derecho de competencia desleal.

7. Derecho de colisión de la competencia desleal

Los mercados europeos están uniéndose cada vez más. En consecuencia, la venta de los productos se realiza de manera transfronteriza.

Esto deriva en más violaciones contra las leyes de competencia de los diferentes países. El espacio económico de Europa no se corresponde con un espacio legal uniforme. La ley de la competencia desleal se caracteriza por un número descomunal de medidas para la armonización que radican en el derecho secundario. Aún así, la avenencia incluye unos campos limitados. Cuando se trata de actos transfronterizos de competencia, siempre surge la cuestión del derecho aplicable. Incluso en la UE falta todavía una unificación del derecho de colisión. Esto tiene como desenlace que la correspondiente “lex fori” determina la aplicación del orden jurídico. En el caso de Alemania, el derecho aplicable se determina por el lugar de los hechos o, mejor dicho, por el lugar del mercado donde el comerciante ha actuado (artículo 40 I EGBGB). Este sitio es a la vez el lugar de la acción y del resultado⁴¹⁷.

Hasta ahora sólo en partes del derecho de competencia se encontraban otros planteamientos que no se basan en la lex fori. Estas normas diferentes son la directiva de la televisión⁴¹⁸ y la directiva del E-Commerce⁴¹⁹ que determinan la competencia judicial a través del derecho de colisión al derecho comunitario. En el caso de la televisión, el criterio principal para determinar el derecho aplicable es la sede. En el caso del E-Commerce es manifiestamente el principio de origen.

⁴¹⁷ COM (2006) 566 final. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo con arreglo al párrafo segundo del apartado.

⁴¹⁸ Directiva 89/552/CEE del Consejo, de 3 de octubre de 1989, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, DO L 298 de 17.10.1989 S. 23 y ss.; Directiva 97/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de junio de 1997 por la que se modifica la Directiva 89/552/CEE del Consejo sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, DO L 202 de 30.7.1997 S. 60/70.

⁴¹⁹ 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 (Directiva sobre el comercio electrónico) DO L 178 de 17.7.2000, pág. 1.

El 27 de septiembre de 2006 la Comisión Europea presentó una Propuesta de una Ordenanza sobre el derecho aplicable en relaciones no contractuales⁴²⁰ al Parlamento Europeo para su aprobación. Es un nuevo intento de constituir un acuerdo sobre un espacio europeo jurídico de relaciones no contractuales, ya que el proyecto originario del año 1972 fracasó.

La ordenanza propuesta unificará las diferentes reglas de colisión de los Estados miembros. Queda esperar el futuro contenido de la ordenanza. En la Propuesta de la Comisión está excluida la aplicación a daños del derecho de la persona que resultaran a través de los medios de comunicación, pero el artículo 6 de la Propuesta incluye en la última proposición la aplicación a las obligaciones extracontractuales derivadas de un incumplimiento de las normas de competencia.

Sin embargo, la Comisión estipuló en la Exposición de Motivos, que en el curso del procedimiento de codecisión, podría apoyar una solución diferente para los casos de competencia. La Comisión se reservó el derecho de una decisión concreta, con el fin de preservar la eficacia del derecho de las personas físicas y jurídicas, para buscar compensación por la pérdida causada por una infracción de las normas de competencia. Vista la Posición Común del Consejo, la Comisión mantiene su postura según la cual podría apoyar una solución diferente para los casos de competencia en el curso del procedimiento de codecisión⁴²¹.

Como la Comisión dejó abierta la cuestión de la aplicación de la ordenanza al derecho de competencia, no queda más remedio que esperar a la promulgación, para saber si el espacio jurídico del derecho de colisión también va a incluir el derecho de competencia.

Por el momento, el derecho de colisión está marcado por la aplicación de la “lex fori”, menos en los casos de la televisión y el E-Commerce. Es decir, se aplica normalmente el derecho del Estado correspondiente, menos en los casos mencionados.

⁴²⁰ COM (2006) 566 final. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo con arreglo al párrafo segundo del apartado 2 del artículo 251 del Tratado CE acerca de la posición común adoptada por el Consejo con vistas a la adopción de un Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II»).

⁴²¹ http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/es/com/2006/com2006_0566es01.pdf.

IX. Jurisdicción de la publicidad de abogado

1. Alemania

Una página web propia para un despacho de abogados ya casi es el estándar. En el caso de la dirección web “presserecht.de” (derecho de prensa), el cliente alegó que faltaba cualquier advertencia de que se trata de una página web de un despacho de abogados. Por parte del juzgado, esto ha sido valorado como un engaño a los usuarios de Internet⁴²². Los jueces razonaron que la introducción de esta dirección web por los usuarios indica que buscan información sobre el tema del derecho de prensa. El método de introducir directamente la dirección de un dominio sería una técnica bastante común en la búsqueda de información en Internet. De esta manera, los usuarios de Internet se vieron forzados de emplear su tiempo y esfuerzo en dicha página. Los usuarios que buscan información sobre un tema distinto no quieren llegar a una página de unos abogados. Por lo tanto, el juzgado decidió que se trataba de una práctica engañosa (§ 3 UWG). Por otro lado, a través de esta página web, los abogados consiguieron una cierta canalización de flujos de clientes. Esto les proporcionó también una cierta ventaja y una posición destacada en relación a los demás abogados. Esto convierte la publicidad en una publicidad no objetiva que infringe el mandamiento de objetividad del § 43 b BRAO⁴²³.

El Tribunal Superior Nacional (BGH) decidió, en otra sentencia, que la mera canalización de flujos de clientes no sería desleal⁴²⁴. Pero, en el presente caso, había que considerar que no se trata de una publicidad de un comerciante común, sino de un abogado, el cual es un órgano de la justicia y por lo tanto ocupa una posición especial. Su comportamiento debe fortalecer la confianza del cliente, que los abogados no ejercitan con la mera intención de conseguir ganancias monetarias. La publicidad intrusiva u orientada solamente a las ganancias constituye una práctica desleal también en el sentido del código deontológico. El aprovechamiento consciente de los hábitos de consumidores y la ocupación monopolizada del término “derecho de prensa” proporciona al despacho un acceso privilegiado a los clientes⁴²⁵.

⁴²² AGH (Anwaltsgerichtshof = Tribunal de la Abogacía), Berlín, Beschluss vom 25.04.2002 – I AGH 11/01; <http://www.jurpc.de/jurpcpdf/20020182.pdf>.

⁴²³ AGH Berlín, Beschluss vom 25.04.2002 – I AGH 11/01.

⁴²⁴ BGH, Urteil vom 17.05.2001 – ZR 216/99.

⁴²⁵ AGH Berlín, Beschl. V. 25.04.2002 – I AGH 11/01.

Los jueces tampoco aceptaron la instalación de un libro de visitas en la página web, el cual es usado por los visitantes. Los jueces razonaron que “por experiencia de vida” el elogio sería el elemento dominante de los comentarios, lo que lo convierte en una forma distinta de publicidad. Este tipo de publicidad sería ilícita, ya que los comentarios traspasarían el mandamiento de objetividad (§ 43 b BRAO)⁴²⁶.

Desde el punto de vista de los jueces es inapreciable que el autor de los comentarios no sea el abogado, sino terceros. Porque está prohibido para el abogado según § 6 IV BORA⁴²⁷ fomentar que terceros hagan la publicidad que está prohibida para el mismo abogado. Según § 43b BRAO, el abogado solamente puede destacar sus rendimientos por manifestaciones reales, pero no por juicios valorativos, éstos no serían comprobables y, por lo tanto, no son objetivos⁴²⁸. Con la disposición de un libro de visitas, el abogado colaboraría, ya que abre la posibilidad a los usuarios de publicar publicidad no objetiva⁴²⁹.

Curiosamente, el tribunal no vio una infracción al mandamiento de objetividad, cuando un despacho especializado en la representación de inversores perjudicados hace publicidad en Internet con informaciones referentes a oportunidades y desventajas del mercado de finanzas. En su página web se encontró una circular para interesados, donde se expuso en detalle un procedimiento jurídico contra una empresa conocida, por la que un gran número de inversores se sentían perjudicados. En el escrito hasta se encontraban cuestiones sobre los honorarios y una carta para contratar dicho despacho. Contrariamente a la opinión de los colegas, el juzgado no vio un caso de una ilícita publicidad por la referencia a un caso específico.

En algunos casos, hasta la publicidad objetiva es ilícita, en concreto, cuando se trata de una publicidad para conseguir un mandato específico⁴³⁰. El Tribunal de Múnich no ha visto una publicidad de mandato específico en el presente caso, porque el § 43 BRAO permite la publicidad con

⁴²⁶ Werbung ist dem Rechtsanwalt nur erlaubt, soweit sie über die berufliche Tätigkeit in Form und Inhalt sachlich unterrichtet und nicht auf die Erteilung eines Auftrags im Einzelfall gerichtet ist.

⁴²⁷ BORA (Código Deontológico del Colegio de Abogados Federal – Bundesrechtsanwaltskammer) § 6 III = Der Rechtsanwalt darf nicht daran mitwirken, dass Dritte für ihn Werbung betreiben, die ihm selbst verboten ist.

⁴²⁸ BGH, NJW 2001, 2087.

⁴²⁹ OLG Nürnberg-Fürth, Urteil vom 23.03.1999 - § U 3977/98.

⁴³⁰ Huff, Martin, EWIR 2002, págs. 155 y ss. y 166 y ss.

distintos clientes, si tiene la intención de conseguir el mandato por unos servicios concretos. Estaría prohibida solamente la publicidad que está enfocada a la captación de un cliente para un caso en especial⁴³¹, ya se conocía el posible cliente pero no el demandado, porque existía una multiplicidad de accionistas perjudicados por la empresa causante. Por eso, un visitante de la página web podría informarse con libertad completa sobre la oferta del despacho y decidir autónomamente si quiere contratarlo. Según el tribunal, en esto no se podría ver un comportamiento prohibido⁴³².

En el sector de “eslóganes” provocativos, por lo visto, no se ha dicho la última palabra. El título de un mapa de localización en una página web de un abogado fue “Así realiza usted su derecho”. Un Tribunal Superior lo vio ilícita por falta de objetividad, pero el Tribunal Superior Constitucional (BVerfG) no pudo compartir este punto de vista. Una interpretación tan estrecha desconocería el contenido interpretativo y el humor lingüístico de esta publicidad. Esta formulación en el contexto con un mapa de localización sólo parece sustituir la expresión “Así usted llega a nuestro despacho”. Ningún lector comprensivo relacionaría el término “derecho” con competencias especiales o con una garantía de éxito. Por lo tanto, el tribunal no vio una violación de la Ley de Competencia en esta redacción⁴³³.

La tendencia hacia la liberalización se muestra también en la decisión del BGH (Tribunal Superior Nacional) sobre la licitud de eventos informativos.⁴³⁴ En este caso, un despacho hizo publicidad en las tiendas locales sobre un evento de información. Para el evento los abogados anunciaron la presentación de cuestiones jurídicas del derecho mercantil y un ágape.

Según el Tribunal Superior Nacional (BGH), la carta de invitación en sí ya es “publicidad”, porque sirve para que los clientes recurriesen a los servicios ofrecidos⁴³⁵. El Tribunal opinó que si un escrito contuviese valoraciones sobre el rendimiento de un abogado no sería objetivo y por lo tanto sería ilícito según § 43 BRAO. No obstante, los jueces declararon que si un escrito sola-

⁴³¹ OLG München, ZIP 2002, 683.

⁴³² Huff, Martin EWIR 2002, págs. 155 y ss.

⁴³³ BVerfG, Beschl, v. 12.09.2011 – 1 BvR 2265/00 citado por: <http://www.brak.de/seiten/pdf/613eugh.pdf>.

⁴³⁴ BGH Urt. v. 01.03.2001 – ZR 300/98, NJW 201, págs. 2087 y ss.

⁴³⁵ BGH NJW 1992, 45.

mente anunciase “consejos fundados” de “abogados experimentados” no habría problemas. Esto no sería una manifestación no comprobable y así no sería una valorización ilícita.

El evento de información en sí mismo también cumple los requisitos del § 43 BRAO. Como en el evento les advierten a los invitados que el anunciante trabaja de abogado, les informa de manera objetiva sobre la profesión de abogado⁴³⁶. Informaciones por encima de esto solamente serían lícitas si estuvieran en un contexto en el que el justiciable quisiera contratar al abogado⁴³⁷.

Una subjetividad prohibida puede surgir por la manera de realizar la publicidad. En concreto, cuando su imagen está en el centro de la atención de una forma que el contenido se queda atrás⁴³⁸. En eventos de información sólo es el caso cuando se ofrecen servicios jurídicos aptos para hacer participar a los invitados en vez de informaciones de Servicios jurídicos adicionales⁴³⁹. Por ejemplo, cuando al invitado se le ofrecen acciones adicionales aunque éstas normalmente implicarían tasas. Igualmente ilícita sería entonces una comida gratis si sirviera para atraer clientes. Si, por otro lado, el evento durara varias horas pasando el tiempo de la comida, una comida gratis estaría justificada⁴⁴⁰.

Según § 43 BRAO (antigua versión), la publicidad de la práctica jurídica estaba prohibida. Cuando un abogado invita a varias personas para hablar de temas profesionales en una comida, sin tener una relación de cliente, constituía una infracción⁴⁴¹. Según la actual versión del § 43 BRAO, ya solamente está prohibido hacer publicidad exclusiva para un mandato en concreto. La publicidad hacia un cliente en especial es generalmente lícita⁴⁴². En el presente caso, el Tribunal decidió que el evento de información sería lícito, ya que no se dirige a cada cliente en exclusiva. La situación sería valorada diferente en el caso de que el cliente tuviera obviamente problemas legales y el abogado hace la publicidad exclusiva en consideración a esta situación. El elemento ilícito de ello sería el abuso de la situación problemática del cliente en la que éste, por su estado

⁴³⁶ Henssler/Prütting/Eylmann, BRAO § 43b, Rn. 21.

⁴³⁷ Henssler/Prütting/Eylmann, BRAO § 43b, Rn. 21.

⁴³⁸ BGH, NJW 2001, 2087.

⁴³⁹ BGH, NJW 2001, 2087.

⁴⁴⁰ BGH, NJW 2001, 2087.

⁴⁴¹ BGHZ 115, 105.

⁴⁴² BGH, NJW 2001, 2087.

emocional, no se puede decidir libremente por un abogado⁴⁴³. Es ahora también inofensivo, si el destinatario de la publicidad pertenece a la clientela del abogado. Esto lo muestra el texto del § 43b BRAO⁴⁴⁴.

Por la reforma de la BRAO, la antigua jurisprudencia sobre el contacto deseado con invitación o no deseado ha quedado desfasada⁴⁴⁵. Ahora, el contacto no deseado no se ve como una forma inadecuada de publicidad según el BRAO. Sin embargo un contacto publicitario personal no deseado puede ser ilícito según el § 7 UWG

Por lo tanto, los jueces no pusieron reparos a una circular de un despacho que utilizó un cambio de legislación para “informar” a 160 destinatarios que habría que “asegurar a través de un abogado” la “configuración optima”. El hecho de que la necesidad de actuación en los destinatarios se crea solo por este escrito no estaría abarcado por la finalidad de la ley⁴⁴⁶. Entonces, el envío de un folleto del despacho a 30.000 empresarios tuvo que ser lícito. Igualmente, un folleto en color y con imágenes ha sido valorado como lícito por los jueces⁴⁴⁷. Por lo tanto, podemos constatar que, en Alemania, la opinión sobre publicidad lícita de abogados ha evolucionado hacia un punto de vista más liberal⁴⁴⁸.

Aun así debemos destacar que el abogado mantiene una posición especial en el ámbito de la publicidad, ya que se trata de un órgano jurisdiccional e independiente. La diferencia con un empresario autónomo es, que el trabajo del abogado no se debe orientar únicamente al beneficio material, sino a la realización de la justicia para los clientes. Por lo tanto, debemos aceptar que el trabajo tan responsable del abogado, de tanta responsabilidad, debería apoyarse en una configuración seria de la publicidad.

⁴⁴³ En este sentido: BGH, NJW 2001, 2886, 2087.

⁴⁴⁴ BGH, NJW 2001, 2087.

⁴⁴⁵ Véase, por ejemplo, BGHZ 115, 105, 110.

⁴⁴⁶ BGH, NJW 2001, 2886, 2888.

⁴⁴⁷ OLG München, NJW 2000, 2824 y ss.

⁴⁴⁸ BVerfG, NJW 2000, 1635.

2. Jurisdicción de la publicidad jurídica en España

Aunque en España la jurisprudencia no ha sido el único motor de innovación de la liberalización de la publicidad jurídica, parece imprescindible tener en cuenta las sentencias más importantes sobre la publicidad de los abogados.

Existen numerosas resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) en relación con prácticas llevadas a cabo por los colegios profesionales. El TDC manifiesta que, aunque el Tribunal no tiene autoridad para revisar los actos administrativos de un colegio profesional frente a sus colegiados (esto corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa, la cual tiene autoridad para analizar si un acto de un colegio profesional, o de cualquier otra institución que tenga delegadas funciones públicas), sin embargo, el TDC sí tiene la competencia judicial para revisar las conductas de los colegios profesionales:

Es doctrina consolidada del TDC su competencia para analizar las conductas de los Colegios Profesionales en el ámbito de las funciones que éstos tienen atribuidas, pues la LCD es desde el año 1989 una norma de ámbito general, sin excepciones sectoriales, que obliga a todos los sujetos públicos y privados y ha de ser respetada por todos ellos en sus actuaciones⁴⁴⁹.

Por ejemplo, en el asunto Abogacía Española⁴⁵⁰ el TDC impulsó la modernización del derecho de la publicidad de los abogados. El TDC analizó el Reglamento de Publicidad adoptado por el CGAE. Ante los argumentos del Consejo, que pretendía justificar el Reglamento en la ordenación de la profesión, el TDC se mantuvo firme:

La respuesta a esta cuestión es evidente, es indudable que establecer condiciones para realizar la publicidad de unos servicios, imponiendo una serie de prohibiciones y limitaciones en cuanto al contenido de la información y medios soporte de la misma, como los que figuran en los hechos probados tiene trascendencia económica. Precisamente el principal objetivo de la publicidad es influir sobre la demanda de productos y servicios, como medio para aumentar los ingresos de quien la realiza, por lo que juega un

⁴⁴⁹ Resoluciones de 20 de noviembre de 1992, Expte. 313/93, Colegio de Arquitectos Vasco-Navarro; de 30 de diciembre de 1993, Expte. 333/93, Placonsa; de 28 de julio de 1994, Expte. 339/93, COAM; de 26 de julio de 1995, Expte. R 122/95, Cirujanos Taurinos; de 25 de junio de 1996, Expte. 160/96, Aparejadores de Madrid; de 5 de junio de 1997, Expte. 372/96, Arquitectos de Madrid; de 8 de mayo de 1998, Expte. 390/96, Arquitectos Asturias; de 23 de noviembre de 1999, Expte. 445/98, Colegio Ingenieros Técnicos Industriales de Burgos; de 18 de enero de 2000, Expte. 455/99, Abogacía Española, y de 5 de octubre de 2000, Expte. 471/99, Odontólogos Córdoba.

⁴⁵⁰ Resolución del TDC de 18 de enero de 2000, Expte. 455/99, Abogacía Española.

papel crecientemente importante en la actividad económica. De hecho, puede decirse que actualmente no es concebible una economía de mercado sin publicidad y que ésta es un elemento inherente a la misma.

Después de analizar el Reglamento de la Publicidad, el Tribunal concluyó que el mismo no sólo actuaba en detrimento de consumidores, sino que también constituía una barrera de entrada para nuevos profesionales y limitaba la posible expansión de aquellos abogados que estuvieran dispuestos a buscar formas más activas de darse a conocer.

En cualquier caso, en la mencionada Resolución, el TDC sancionó al CGAE con una multa de treinta millones de pesetas, por la aprobación del Reglamento de Publicidad de 1998, al entender que restringía sin justificación la competencia entre los abogados. El Tribunal Supremo, en la Sentencia del 20 de septiembre de 2006, ha desestimado el recurso de casación interpuesto por el abogado del Estado y ha confirmado la Sentencia de la Audiencia Nacional de 9 de junio de 2003, que, estimando la pretensión del Consejo General de la Abogacía Española, declaró no ajustada a Derecho la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia en lo que se refería a la sanción de multa de 30 millones de pesetas impuesta a causa de determinados apartados del Reglamento de Publicidad aprobado el 19 de diciembre de 1997, y en consecuencia anuló dicha sanción, pero mantuvo la declaración respecto al Reglamento.

Decisiones del Tribunal Supremo en relación a las decisiones de los colegios:

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2001 (*La Ley* 2006/2002), se trataba de la legalidad de la sanción impuesta a un abogado del Colegio de Barcelona que había remitido un determinado número de cartas a personas que no eran sus clientes, ofreciendo sus servicios como especialista en materia de expropiaciones, haciendo constar los nombres y direcciones de personas a quienes había llevado asuntos en esta materia y los éxitos obtenidos por su mediación. El Tribunal consideró en la sentencia con relación a estos hechos que la norma colegial aplicada para subsumir la conducta del abogado (artículo 7 núm. 2 d Código Deontológico de la Abogacía) no resultaba alterada por el Real Decreto-Ley 5/1996, de 7 de junio, de medidas liberalizadoras en materia de suelo y de colegios profesionales, por entender que la prohibición de publicidad contenida en la misma se proyectaba específicamente a la captación desleal de clien-

tes, por «reflejar éxitos profesionales, dando nombre de sus clientes o establecer comparaciones con otros abogados y permitiendo que ésta se haga sin rectificarla».

En una sentencia del Tribunal Supremo sobre la impugnación del Estatuto General de la Abogacía Española (Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 6.^a, Sentencia de 3 marzo 2003, Rec. 496/2001), relativa a la regulación de los actos publicitarios de los abogados con la Ley de Defensa de la Competencia, el Tribunal se refiere a la argumentación de la sentencia anterior mencionada. El Tribunal razona:

“[...]Lo escueto de la argumentación de la sentencia de esta Sala a la que hemos aludido no está en desarmonía con la desarrollada en la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 de febrero de 1994, que resulta a la vez ambigua y compleja, puesto que el tema de la publicidad de los Abogados y de su eventual restricción por las organizaciones colegiales se había planteado desde el punto de vista de la libertad de expresión garantizada en los artículos 20 de la Constitución y 10 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, no obstante lo cual hizo alusiones muy concretas a la incidencia del caso en los principios de la competencia desleal y en las peculiaridades de la profesión de Abogado, partiendo de la afirmación de que el abogado que ejerce a título liberal ocupa una situación central en la administración de justicia, como intermediario entre el justiciable y los tribunales, lo que explica a la vez las normas de conducta impuestas con carácter general a los miembros del Colegio y los poderes de supervisión y de control que corresponden a los consejos de los Colegios.

De todos modos anota que la reglamentación de la profesión de abogado en el dominio de la publicidad varía de un país a otro en función de las tradiciones culturales, no obstante constatar que en la mayor parte de los Estados europeos, incluido España, se aprecia una evolución hacia la flexibilización, en razón de los cambios en sus sociedades y muy particularmente por el papel creciente de los medios de comunicación.

En definitiva, concluye la sentencia que el gran abanico de reglamentaciones y las diferencias de ritmo en los Estados miembros del Consejo de Europa, demuestran la complejidad del problema, por lo que entiende que debido a sus contactos directos y constantes con sus miembros, las autoridades de cada país se encuentran mejor colocadas que el juez internacional para precisar dónde se sitúa, en un momento dado, el justo equilibrio entre los diversos intereses en juego: el imperativo de una buena administración de justicia, la dignidad de la profesión, el derecho de toda persona a recibir información sobre asistencia jurídica y la posibilidad de una abogado de hacer publicidad de su despacho.

Por otra parte, con anterioridad, la Corte europea, contesta al argumento de que la prohibición de publicidad daría lugar a una discriminación entre los abogados que ejercen a título liberal y los que trabajan como asalariados, funcionarios o profesores de Facultad, porque para los primeros la publicidad sería el único modo de acceder a la clientela, mientras que los segundos poseerían medios suplementarios para hacerse conocer de potenciales clientes, gracias a los puestos o funciones que desempeñan. Por añadidura, la prohibición de publicidad no valdría para los grandes despachos a escala internacional ni para las compañías de seguros que también ofrecen servicios de asistencia jurídica, por lo que lejos de representar una medida de salvaguarda de los abogados «liberales», constituiría una forma de preservar los intereses de algunos profesionales privilegiados.

La Corte contesta a esta argumentación señalando que las disposiciones colegiales objeto de debate tendían a proteger los intereses del público dentro del respeto a los miembros del Colegio, por lo que desde este punto de vista es preciso tener en cuenta la naturaleza especial de la profesión que ejerce el abogado, que en su calidad de auxiliar de la justicia, se beneficia del monopolio y de la inmunidad de sus alegaciones, pero debe dar testimonio de discreción, de honestidad y de dignidad en su conducta. Las limitaciones a la publicidad encuentran tradicionalmente su origen en estas particularidades.

Señala también la Corte que la publicidad constituye para el ciudadano un medio de conocer las características de los servicios y de los bienes que le son ofrecidos, pero que sin embargo puede ser a veces objeto de restricciones destinadas especialmente a impedir la competencia desleal y la publicidad engañosa. En ciertos contextos, incluso la publicidad de mensajes publicitarios objetivos y verídicos podría sufrir limitaciones derivadas del respeto a los derechos de terceros o fundadas en las particularidades de una actividad comercial o de una profesión determinada [...].”

En este contexto, el Tribunal llega a la conclusión de que es el deber de discreción y secreto profesional el que, en los términos en que se expresa la representación procesal del Consejo General, «constituye la piedra angular del ejercicio de la Abogacía».⁴⁵¹

⁴⁵¹ Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 6.ª, Sentencia del 3 de marzo 2003, Rec. 496/2001: ” [...] En este sentido cabe notar que tanto el respeto debido a los clientes particulares como la propia dignidad del Abogado son apoyo suficiente para afirmar que la concreta restricción a la publicidad que aquí se estudia justifica que consideremos que el caso está comprendido en el artículo segundo de la Ley de Defensa de la Competencia, desde el momento en que la revelación del cliente implica hacer pública una relación de servicios que normalmente se desenvuelve en el habito de una discreción de la que solamente éste podría relevar al Abogado y que por eso incluso podría originar situaciones en las que se intentará obtener esta autorización mediante precio o bien que favoreciese a abogados cuyos clientes fuesen menos escrupulosos en cuanto a la publicidad de sus relaciones con aquéllos, originando así peligros ciertos de desigualdad o mercadería de la dicción, que no serían propias de la dignidad en que han de moverse las relaciones entre el abogado y su cliente.[...]”

El Tribunal Supremo decidió en su Sentencia de 20 sep. 2006, Rec. 7937/2003 que “... todos los aspectos relativos a la oferta de servicios y fijación de remuneración se someten a la libre competencia y por ello quedan fuera de la potestad de ordenación de los Colegios y Consejos, pues se constituyen al margen de las potestades administrativas que estos ejercen”.

En este sentido el TS decidió aceptar de forma general la potestad colegial para establecer ciertas limitaciones a la publicidad de los abogados. Pero, sin embargo, restricciones que se impongan por esta vía reglamentaria no podrán constituir, a su vez, una vulneración del artículo primero de la Ley de Defensa de la Competencia, que es el que los clientes consideran infringido por los citados preceptos relativos a la publicidad.

Esta decisión se fundamenta en el cambio de régimen con la Ley 7/1997. Esta ley liberalizó el ejercicio de las profesiones colegiadas en su aspecto de oferta del servicio y establecimiento de remuneración, por ello tales aspectos en su manifestación de libre competencia quedan fuera de la potestad administrativa de ordenación de la Administración Corporativa, pues han pasado a ser determinados por ley, precisamente la que regula la libre competencia.

Dado que la regulación relativa a prácticas anticompetitivas se establece por norma con rango de ley, solo otra norma de igual rango puede establecer exclusiones y limitaciones en la materia que nos ocupa, salvo, claro está, la autorización de la conducta cuyo régimen también se regula en norma con rango de ley.

La sentencia del caso Casado Coca del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁴⁵² contra España se basó en la sanción disciplinaria que la Junta del Colegio de Abogados de Barcelona impuso por la publicación en varios números de un boletín de información local de un anuncio relativo a su despacho profesional. El Consejo General de Colegios de Abogados de España confirmó que, por sus características, los anuncios excedían los límites fijados por las reglas pertinentes. La publicidad se autorizaba sólo en ciertos casos, como por ejemplo con la instalación de un gabinete jurídico o con ocasión de un cambio de composición, de la dirección del mismo o de su núme-

⁴⁵² Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sección 1ª, Sentencia de 24 de feb.1994, rec. 15450/1989.

ro de teléfono y bajo ciertas condiciones, por lo que la prohibición no era absoluta. El Tribunal estima que la reacción de las autoridades competentes no puede considerarse, en el momento en que se adoptó, como desproporcionada y no se ha producido violación del artículo 10 del convenio.

El Tribunal Supremo decidió en su sentencia del 29 de mayo de 2008 que publicitar un pacto similar al de «cuota litis» en radio y prensa no supone un acto de competencia desleal entre abogados.

Un despacho de abogados de la provincia de Castellón comenzó a publicitar sus servicios en prensa y radio bajo los siguientes lemas: «Sociedad de Servicios Jurídicos. Solo le cobraremos si obtenemos resultados. Nuestros Abogados a su entera disposición: Le estudiarán su caso de forma gratuita y sin compromiso». Y «Sociedad de Servicios Jurídicos. Nuestros honorarios según resultados. Sin provisión de fondos. Primer asesoramiento y consulta totalmente gratuitos». Tiempo después fueron requeridos por el Colegio de Abogados de Castellón para cesar en dicha publicidad y demandados por éste por realizar un acto de competencia desleal. En la presente resolución el Tribunal Supremo considera que "la norma deontológica sobre prohibición de la cuota litis, si se entiende con carácter absoluto, puede entrar en contradicción con el principio de libertad de fijación de precios en la contratación exigido por las normas de libre competencia", por tanto, "el ofrecimiento de honorarios según resultados no comporta, en su literalidad, el compromiso de no percibir honorarios en caso de obtener un resultado desfavorable en las contiendas judiciales al margen de la actuación del abogado (pues no se habla de éxito: resultado feliz de un negocio, según el DRAE), sino que, racionalmente interpretado por un consumidor medio, debe entenderse en el sentido de introducir una modulación de los honorarios condicionada a la valoración efectuada sobre las probabilidades de éxito de las pretensiones del cliente en el momento de contratar el servicio".

Conforme a la consulta gratuita el Alto Tribunal estima que "la consulta gratuita, en un sistema de libertad de precios, no parece contraria a los usos mercantiles de carácter general ni incompatible con el ejercicio de la abogacía, pues, no comporta necesariamente el ofrecimiento de servicios por debajo de su coste, sino que puede ofrecerse como actuación profesional preparatoria

para permitir la oferta del servicio y el conocimiento por el cliente de su necesidad o utilidad y de las condiciones para solicitarlo".

Antes de la sentencia del 4 de noviembre de 2008 estaba prohibido el pacto "cuota litis", es decir, aquel acuerdo entre el abogado y su cliente por el que éste se compromete a pagar con un porcentaje sobre el resultado del asunto, con independencia de que éste consista en una suma de dinero o en el reconocimiento de cualquier otro derecho o beneficio. Se trata de un pacto de honorarios formalizado antes de terminar el asunto sobre un porcentaje del beneficio conseguido al final del proceso. Este pacto de "cuota litis" entre abogado y cliente estaba prohibido hasta que en una sentencia del pasado 4 de noviembre de 2008, el pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo acordó anular dicha prohibición al estimar el recurso de un letrado que consideraba que la prohibición de la "cuota litis" atentaba contra la libre competencia.

Podemos concluir que la jurisdicción acepta la potestad disciplinaria de los colegios de abogados, en general, en asuntos de publicidad. Pero, sin embargo, las restricciones impugnadas no podrán, a su vez, vulnerar otras normas con rango de ley, como la Ley de Defensa de la competencia, etc.

3. Conclusiones finales

Ahora, después de haber conocido las normativas vigentes acerca de la publicidad de abogados, podemos concluir que, en ambos países, el derecho del abogado de hacer publicidad está cimentado en las constituciones. Por otro lado, el interés común, en especial las leyes de competencia desleal y en el caso español la LGP también, junto con las reglas deontológicas de la abogacía, limitan el desempeño de la publicidad desleal. Como hemos visto, la autorregulación de la publicidad de los abogados a través de sus propias normas (Códigos Deontológicos) ha perdido bastante importancia por las Leyes Generales en ambos países. El cambio profundo de las legislaciones relacionadas con la publicidad de los abogados en Alemania se debe a los impulsos de la jurisprudencia en las últimas décadas. En España, los impulsos no vinieron principalmente de la jurisprudencia, sino también de la abogacía misma, es decir, de sus órganos de autocontrol, los Colegios de la Abogacía.

Ahora, después de varias etapas de liberalización, frente a los –críticos– temores de los más reacios, se puede constatar que en ambos países, tanto Alemania como España, no se han producido episodios significativos que “repugnen” a la dignidad profesional de la abogacía. Más que nada podemos observar que la abogacía ha empezado a recuperar terreno respecto de las otras profesiones concurrentes en cuestión de publicidad y marketing. A la vez, tampoco vemos que el aumento de publicidad legal haya dañado ni a la abogacía, ni al cliente, ni tampoco al consumidor.

C. Segunda Parte: La práctica publicitaria y el desarrollo hacia el marketing jurídico

I. Comunicación publicitaria como objeto de investigación en la ciencia de la comunicación

Si se observa el estado de investigación de la publicidad o el marketing en la ciencia de la comunicación, hay que destacar que la publicidad o el marketing no son objetos centrales de ésta. Zurstiege⁴⁵³ constata que la investigación de la publicidad en la ciencia de la comunicación está en sus principios. Desde su perspectiva, el reto más grande es hacer la publicidad apta para la teoría de la ciencia de la comunicación. También Siegert/Brecheiss señalan hacia el estado de la investigación publicitaria: «La publicidad en el campo de las Ciencias de la Comunicación no se ve como campo cerrado, ni arraigado en el núcleo de la disciplina»⁴⁵⁴. El estado actual está determinado, por lo tanto, por las facultades de marketing, psicología y sociología. Las razones de la actitud reservada de la Ciencia de la Comunicación hacia la publicidad no se pueden exponer aquí debido a su gran extensión. Pero sí se puede observar que la ciencia de la publicidad últimamente está gozando de más atención desde la ciencia de la comunicación. Especialmente, hay que destacar que existen aproximaciones de teorías sistémicas en la ciencia publicitaria, que contribuyen a rellenar el déficit de teorías en relación a la publicidad y que sirvieron como instrumentos para un análisis de los problemas publicitarios. Especialmente, se pueden nombrar cuatro perspectivas de teorías sistémicas:

1. Publicidad como parte de la plantilla de los medios de masas

⁴⁵³ Guido Zurstiege, 2007, pág. 11.

⁴⁵⁴ Siegert/Brecheiss, 2005, pág. 19.

2. Publicidad como subsistema del sistema económico
3. Publicidad como sistema de funcionamiento autónomo
4. y por último, publicidad como zona de interpenetración⁴⁵⁵.

Según Zurstiege cada una de las perspectivas ofrece sus ventajas y sus desventajas para solucionar distintos problemas en el sector publicitario.

En el sector de la ciencia de comunicación no existen, hasta ahora, trabajos que se dediquen a la comunicación publicitaria de los abogados. Sin embargo, sus actividades publicitarias o también en relación con el marketing, contienen una gran parte periodística. En este contexto hay que mencionar, por ejemplo, publicaciones de los abogados que sirven para crear una buena imagen en el sentido del marketing o solamente hacerse conocer en el sentido publicitario.

II. Los métodos clásicos de la comunicación jurídica

1. Publicidad

La herramienta clásica de la comunicación con el mercado es la publicidad. Como hemos visto con anterioridad, la publicidad es otra cosa que la propaganda. Ambas utilizan en grandes líneas el mismo instrumental y los mismos recursos, pretenden influir en las personas con el fin de moverlas a una acción. La única diferencia entre la publicidad y la propaganda es su objetivo. Mientras que la propaganda suele tener un contenido político o institucional, la publicidad es de índole comercial, aspira a vender o promocionar, incluso cuando aparentemente el anuncio sólo ambiciona aumentar el prestigio de una empresa o marca. Dependiendo del punto de vista, hay una variedad de definiciones de la publicidad. Ya conociendo la definición legal, nos dedicaremos al punto de vista económico.

La clásica definición de la publicidad proviene de unos antiguos seguidores de la teoría de O. W. Haseloff:

⁴⁵⁵ Vgl. Zurstiege 2007: 35 y ss.; Siegert/Brecheis, 2005, pags. 108 y ss.

“La publicidad comercial es comunicación pública planificada con la finalidad de una información, persuasión y manipulación de un círculo definido a favor de la eficacia mercantil de un distinto producto o imagen de una empresa”⁴⁵⁶. Meffert cita a Schweiger/Schrattenecker para definir la publicidad: “... un proceso comunicativo de influencia a través de los medios de comunicación (de masas), con el objetivo de cambiar la actitud del consumidor a favor de los objetivos empresariales”⁴⁵⁷. Bruhn se acerca más técnicamente:

Publicidad es

- una forma de comunicación impersonal,
- una forma de comunicación de múltiples pasos de manera indirecta,
- la cual se dirige, públicamente, y exclusivamente a través de medios de comunicación,
- unilateral,
- a través de palabras, letras, imágenes y/o sonidos,
- a un público disperso⁴⁵⁸.

En el caso de la publicidad jurídica, predomina la comunicación impersonal a través de distintos medios de comunicación, con el objetivo de motivar a los destinatarios a recurrir al servicio anunciado⁴⁵⁹. Los medios importantes para la publicidad son generalmente los periódicos, revistas, “páginas amarillas”, la televisión, la radio, publicidad exterior, octavillas y hoy en día medios de Internet. Como he mencionado arriba, la publicidad clásica ha tenido y sigue teniendo, por lo menos para una parte de la abogacía, una connotación negativa.

2. Relaciones públicas

La vía más importante para los abogados son y siempre serán las relaciones públicas clásicas.

El término *Public Relations* (PR) ya existe desde hace mucho tiempo, incluso lo ha usado Thomas Jefferson (1743-1826)⁴⁶⁰. Según Howard Stephenson, el término *Public Relations* proviene

⁴⁵⁶ O.W. Haseloff, „Kommunikationstheoretische Probleme der Werbung“, *Handbuch der Werbung*, ed., por K. Ch. Behrens, Wiesbaden, 1969, págs. 157-200.

⁴⁵⁷ H. Meffert, 2008, pág. 649; Schweiger/Schrattenecker, *Werbung* (2001) págs. 8 s.

⁴⁵⁸ Bruhn in Bruhn/Esch/Langner, *Handbuch Kommunikation*, pág. 47.

⁴⁵⁹ Bieberstein, *Dienstleistungsmarketing*, 1995, pág. 290.

⁴⁶⁰ Griswold y Griswold, 1948, págs. 4 y ss.

de la industria de ferrocarril norteamericana⁴⁶¹, donde se ha usado el término PR por primera vez en el sentido moderno. Samuel Spencer, el presidente de la compañía Southern Railway (USA), dijo:

“Public relations” means what it says – relations with the public- It is practically a self-defining term, it aims to create and maintain confidence. It is a system of Communications to create goodwill and earn credits for achievement.”

Luego hay otros autores, como por ejemplo Edward L. Bernays (1967, 9), que nombra a Theodore Newton como la primera persona que ha usado el término en el sentido que hoy le concedemos. Hoy en día, el término PR o relaciones públicas se usa como sinónimo para la comunicación empresarial “que se encarga de crear, modificar y/o mantener la imagen positiva ya sea de una empresa, organización, ente público o privado, o persona; y fortalecer los vínculos con todos sus públicos (internos, externos o indirectos), utilizando diferentes estrategias, técnicas e instrumentos, su misión es generar un vínculo entre la organización, la comunicación y los públicos relacionados (Stakeholder), además de convencer e integrar de manera positiva”⁴⁶².

Para no confundirlo con la publicidad clásica, tenemos que diferenciarlo. Entre ambas profesiones existen diferencias significativas.

Básicamente las diferencias son las siguientes:

En la publicidad, una organización paga por un espacio en un medio determinado y sabe exactamente dónde y cuándo difundirá su anuncio⁴⁶³. En contraste, una parte de las actividades de relaciones públicas consiste en obtener cobertura mediática para su cliente sin mediar ningún pago⁴⁶⁴. En concreto, las herramientas de las relaciones públicas para conseguir una cobertura mediática son, por ejemplo: la distribución de notas de prensa, organización de eventos y pruebas de producto, ranking de abogados (ranking: revista *Expansión* en España o la guía *Juve* en Alemania), etc.

⁴⁶¹ Citado por: Narasimha Reddi, *Effective Public Relations and Media Strategy*, pág. 251..

⁴⁶² Definición según wikipedia: http://es.wikipedia.org/wiki/Relaciones_públicas.

⁴⁶³ Rojas Orduña, *Relaciones Públicas*, pág. 30.

⁴⁶⁴ Rojas Orduña, *Relaciones Públicas*, pág. 30.

A diferencia de las RR. PP., en la publicidad, la empresa tiene todo el control creativo y sabe exactamente cómo y cuándo se va a difundir su mensaje. Desde luego, normalmente, las medidas publicitarias se distinguen muy bien de la prensa y el espectador puede ignorar o saltar la publicidad. En las RR. PP., sin embargo, no tiene un control completo sobre la información enviada a los medios de comunicación. En el peor caso, los medios de comunicación pueden usar la información para difundir una imagen no deseada por la empresa. En el mejor caso, los medios difunden que se trata de la mejor firma de abogados para, por ejemplo, el campo de derecho “mergers and acquisitions”. Aunque en RR. PP. no se tiene control completo sobre el uso de la información, su credibilidad y el poder de persuasión son mayores. En cuestión de gastos, las RR. PP. son mucho más efectivas en este campo, por la cobertura mediática no se paga. Por lo tanto, las RR. PP. ofrecen la gran ventaja de poder generar una mayor cantidad de información con una menor inversión en comparación con la publicidad. Desde luego, en las RR. PP., es necesario crear una red con personas y públicos con perfiles e intereses muy diversos, como periodistas, autoridades, expertos en diversas especialidades, líderes de opinión, asociaciones de consumidores y usuarios, entre otros.

Respecto al lenguaje de comunicación, en la publicidad, casi todo está permitido, siendo su objetivo llamar la atención. Sin embargo, las RR. PP. tienen que ceñirse a los hechos con un lenguaje claro y preciso sin ninguna asonancia publicitaria, la cual llevaría al rechazo inmediato de los medios de comunicación. Más que nada por la razón de la credibilidad, las relaciones públicas son la herramienta más importante de los bufetes de abogados.

Sin embargo, deberíamos destacar también las desventajas de las RR. PP.:

- Cuesta mucho tiempo.

Es un trabajo de calidad, que requiere mucho esfuerzo y exactitud. El mantenimiento de los contactos en los medios de comunicación requiere muchos favores, colaboración, paciencia, tolerancia y frustración.

- No es calculable.

A veces se proporciona información de calidad, que luego está mal usada porque el publicista no lo ha entendido, o por intereses de alcanzar una mayor cuota de expectación.

Para los despachos de abogados, en RR. PP., las herramientas como las conferencias de prensa o un reportaje sobre un mandato, en muchos casos, no es una opción, o por la confidencialidad del asunto o por intereses de privacidad del cliente. Por consiguiente, observamos que las herramientas para tener prensa son los éxitos en los mandatos, cambios de normativas, jurisdicción u otros desarrollos en distintos campos jurídicos o del mercado. Como temas relacionados al bufete, se puede usar el *recruitment*, la carrera, la formación, la gestión empresarial, estrategias y éxitos en el mercado. Por las dificultades de comunicar los temas relacionados con el bufete, últimamente se hace uso de *awards* o premios⁴⁶⁵ otorgados a despachos.

Como el marketing es una disciplina compuesta por otras subdisciplinas, como por ejemplo la publicidad, trataremos la publicidad en adelante como una herramienta del marketing.

III. La comunicación jurídica desde la perspectiva del marketing

1. Aspectos generales

Con el desarrollo de la publicidad de abogados y la entrada de firmas internacionales de abogados al mercado, cambió también el enfoque típico de la profesión libre hacia un enfoque empresarial. Con este desarrollo se introdujo en los años 90 –por lo menos en los bufetes grandes– una profesionalización de los bufetes, a la cual se deben, por ejemplo, departamentos de finanzas, técnica, IT, personal, *office management* y marketing.

Aquí, cabe destacar que en España tenemos pocos despachos de los más grandes internacionales. Apenas una decena tiene oficinas en España y, en ningún caso, ocupan posiciones relevantes en el ranking de facturación. La situación en Alemania parece ser la contraria. Allí casi todos los más grandes despachos internacionales tienen una sede, los despachos que más facturan también son los grandes internacionales. Sin embargo, en ambos países tenemos unos mercados muy competitivos, los despachos de abogados tienen que encontrar la fórmula perfecta para poder sobresalir y dar con una ventaja competitiva que les haga atractivos en el mercado, que les ayude

⁴⁶⁵ Por ejemplo: M&A Award de Financial Times, Premio Who'sWhoLegal, Legal Alliance Summit & Awards, International Tax Review Award, Chambers Europe Awards for Excellence, The Lawyer European Award o en Alemania con mucha importancia JUVE Award, para nombrar los más importantes.

a consolidar una imagen corporativa y que ello se traduzca en una mayor afluencia de clientela.

Con el término “publicidad” nos quedamos un poco cortos, ya que publicidad sin un planteamiento estratégico integral no llevará al éxito deseado. La comunicación, no entendida únicamente como publicidad, juega un papel importante. El término más adecuado para la comunicación con los clientes o el mercado en general es “marketing”.

2. Introducción al marketing

a) Historia

El intercambio de bienes se ha hecho un principio característico de nuestra cultura. En la Edad Media, los bazares y mercados semanales fueron los típicos sitios del intercambio de productos. Con el tiempo, se han producido numerosas relaciones de intercambio, desde las más simples, como el trueque, hasta las más complejas de hoy en día.

Una definición de intercambio que se queda un poco incompleta sería: la acción de dar y tomar una cosa en retorno de otra; asume que se establece la transferencia de algo tangible a cambio de algo equivalente, también tangible⁴⁶⁶. Esta definición es incompleta, porque el intercambio no solamente existe en una transferencia de tangibles, sino también de intangibles. Especialmente en nuestra sociedad moderna, la venta de servicios intangibles es una parte significativa de los procesos de intercambio. El servicio jurídico, en nuestro caso, es también un servicio inmaterial o intangible. Así que una definición moderna del intercambio sería la siguiente: “La acción de dar y tomar una cosa o un servicio a cambio de otro; se asume que se establece la transferencia de algo tangible o intangible a cambio de algo equivalente, tangible o intangible”.

El fundador de la división del trabajo, Adam Smith, comentó que el negocio e intercambio de bienes está fundado en la naturaleza del hombre. Ya los filósofos de la Antigüedad se ocuparon de las formas y problemas de los negocios de trueque. Así, la idea fundamental del marketing se encuentra arraigada en la historia de la humanidad. El marketing, como toda área de estudio, ha

⁴⁶⁶ Rivera/De Garcillán, *Dirección de Marketing*, pág. 25.

atravesado un proceso de desarrollo, previo a su entendimiento actual. La exposición completa de este desarrollo sobrepasa la medida de este trabajo, que se centra sólo en la parte del marketing jurídico. Sin embargo expongo un resumen con las fases más importantes en mi opinión:

Al principio de la industrialización, el concepto de marketing se usaba como sinónimo del término venta⁴⁶⁷. Los mercados se encontraban poco saturados, es decir, había una demanda alta y los productores se preocupaban más por la producción que por la venta del producto⁴⁶⁸. La subida de la productividad en los años sesenta tuvo como consecuencia que en más y más sectores los mercados se saturaron y, a partir de entonces, no la producción, sino la venta, se volvió el factor clave para el éxito en el mercado. Esto significaba que los ofertantes tuvieron que hacer un esfuerzo más grande que los que demandaban los bienes para participar en el mercado. Esta situación se puede caracterizar como un cambio de un mercado de vendedores a un mercado de compradores⁴⁶⁹. En consecuencia, los ofertantes intentaron subir sus actividades de venta y desarrollaron nuevos conceptos para fomentar la demanda. Mientras, al principio, las empresas tenían la idea de que únicamente el aumento de actividades de venta pudiera mantener su competitividad, con el tiempo se dieron cuenta de que tan sólo una orientación hacia el cliente y sus necesidades podría garantizar el éxito empresarial. La oferta de bienes en el mercado hizo posible para los consumidores elegir y comprar aquellos productos que se correspondían con sus deseos y necesidades. Esta orientación hacia el consumidor/cliente, condicionada por la creciente oferta de productos, representa en cierto modo el nacimiento del concepto del marketing clásico⁴⁷⁰.

b) Orientación hacia el mercado

Con el aumento de la competencia, empezó una orientación hacia el marketing. Esta orientación siempre se da cuando la oferta es mucho mayor que la demanda y la competencia es bastante intensa. Entonces las organizaciones tratan de satisfacer en todo momento las necesidades y deseos de los clientes para poder ser competitivas. Si se manifiestan los puntos de referencia de todas las

⁴⁶⁷ Esch/Herrmann/Sattler, pág. 1.

⁴⁶⁸ Nieschlag/Dichtl/Hörschgen, pág. 3.

⁴⁶⁹ Nieschlag/Dichtl/Hörschgen, pág. 3.

⁴⁷⁰ Nieschlag/Dichtl/Hörschgen, pág. 4.

medidas empresariales, intereses, deseos, preocupaciones de los consumidores, una empresa tiene que intentar ofrecer soluciones a los problemas⁴⁷¹.

“El marketing esencialmente trata de la configuración eficaz y ajustada a las necesidades de procesos de intercambio”⁴⁷².

Otra definición tradicional se acerca al marketing de manera más bien científica:

“El marketing estudia la forma en que las relaciones de intercambio son creadas, estimuladas, facilitadas, valoradas y gobernadas. La esencia del marketing está en la relación de intercambio, definida como conexión de recursos, personas y actividades orientadas hacia la creación e intercambio de valor para el mercado”⁴⁷³. En los años sesenta, se creó la idea del *market based view* (MBV). Según el éste, el éxito empresarial depende de la estructura de los mercados y, por otro lado, del comportamiento de la empresa. El MBV se basa en el paradigma de *structure-conduct performance*⁴⁷⁴, el cual tenía el objetivo de explicar la rentabilidad las industrias.

Michael Porter, el representante más famoso del MBV desarrolló el concepto de las cinco fuerzas competitivas (*five forces model*)⁴⁷⁵. Este concepto de orientación al comprador se ha visto sometido a críticas desde diversas perspectivas. Houston⁴⁷⁶ observa que su implantación en la empresa no parece verse correspondida por éxitos notables en términos de resultados empresariales. Aparte, la orientación al comprador representa una prescripción incompleta de lo que debe ser el foco de atención del marketing, ya que igualar la orientación al mercado con la orientación al comprador es quedarse con una parte que, aunque importante, no puede ser considerada el único ámbito de interés.

⁴⁷¹ Nieschlag/Dichtl/Hörschgen, pág. 4.

⁴⁷² Meffert/Burmann/Kirchgeorg, pág. 3.

⁴⁷³ Miguel Hernández, *Proyecto Docente e Investigador*. Universidad de Murcia, 1999.

⁴⁷⁴ De hecho se debería hablar del Mason-Bain paradigma, porque Bain ha desarrollado el paradigma de Mason, véase Bain, 1956.

⁴⁷⁵ Porter, por ejemplo en “Las cinco fuerzas competitivas que dan la forma a la estrategia”, 2008.

⁴⁷⁶ Houston, “The Marketing Concept: What It is and What it is Not”, *Journal of Marketing*, págs. 81 y ss.

Hoy en día, la orientación al mercado es algo más complejo y consiste de cuatro dimensiones:

1. La empresa orientada al mercado considera que es éste el principal causante de su éxito o fracaso. Va a ser la valoración que el mercado haga de la oferta de la empresa la que, si es suficientemente alta, le permitirá pagar los costes asumidos en su generación. Es decir, va a subsistir a corto y desarrollarse a largo plazo⁴⁷⁷.
2. Como adquisición de conocimiento e inteligencia, la orientación al mercado consiste en la recolección, procesamiento y transmisión de información del mercado⁴⁷⁸.
3. La empresa orientada al mercado coordina las distintas funciones empresariales para la creación de valor de mercado, a partir de la información recogida y diseminada acerca del comprador y la competencia⁴⁷⁹.
4. Según Touminen y Möller⁴⁸⁰ la orientación al mercado supone una fuente de aprendizaje organizacional, en la medida en que permite a la empresa mejorar sus habilidades competitivas.

c) El desarrollo del término marketing

Sin embargo, la idea fundamental del marketing existe desde hace muchos siglos. El término marketing, sin embargo, se puede vislumbrar primeramente desde el inicio del siglo veinte. El primer autor que mencionó el término marketing fue Samuel Sparling en el año 1906, dentro de su obra *Introduction to Business Organizations*. En poco tiempo el término se hizo famoso y, finalmente, en 1920, el autor de la Universidad de Harvard publicó un libro con el título *Marketing Problems*. A partir de este momento, aparecieron muchas publicaciones sobre el tema, cuando al principio de los años sesenta, Jerome McCarthy definió el Marketing-Mix como “Sistemática de todas las actividades del Marketing”⁴⁸¹. Con la difusión del término, se desarrollaron diferentes interpretaciones del marketing. Fases del desarrollo del marketing (gráfico 1)⁴⁸²:

⁴⁷⁷ Anderson, *Marketing, Strategic Planning and Theory of the Firm*.

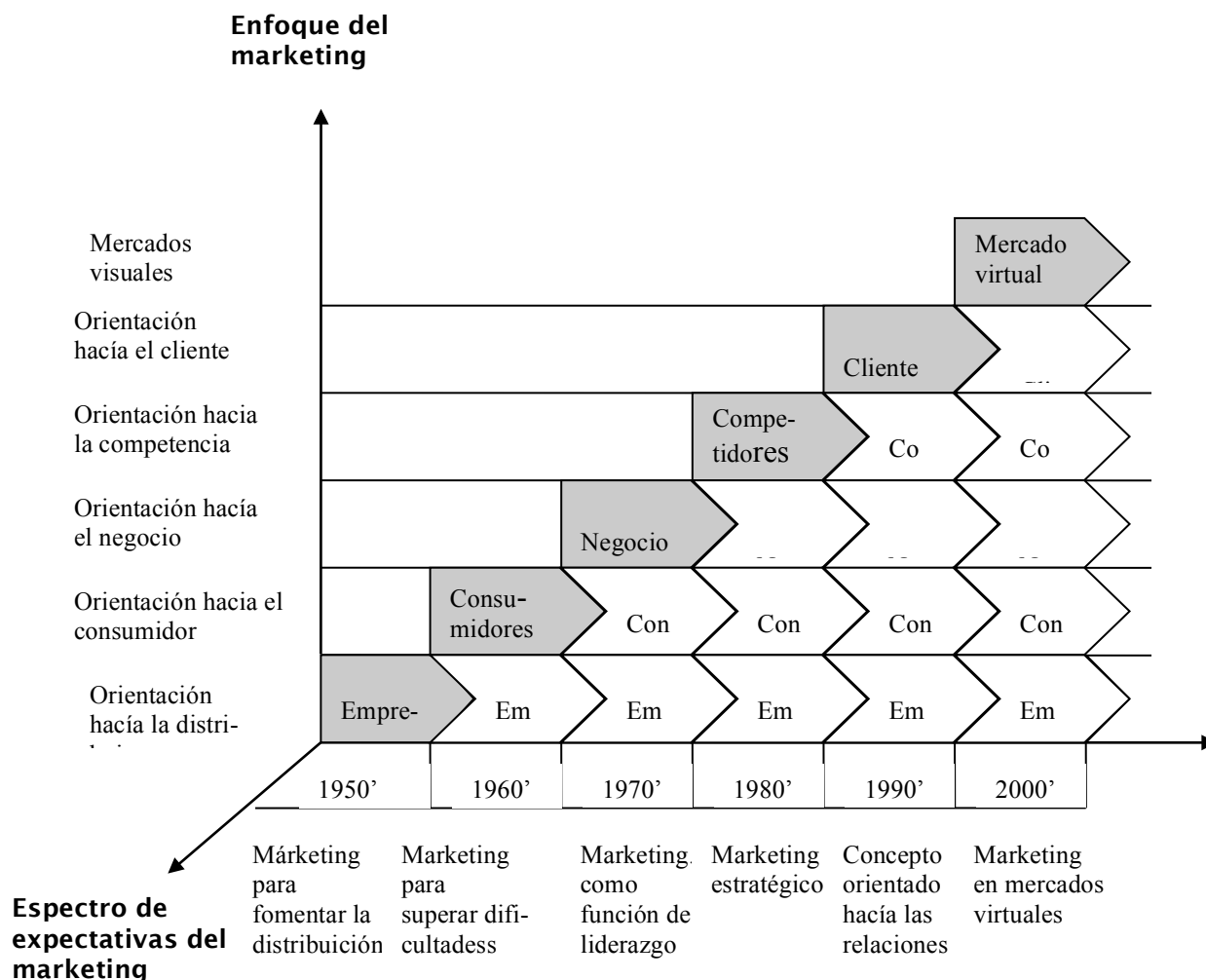
⁴⁷⁸ En este sentido: Kohli/Jaworski, *Market Orientation*, págs.- 1-18.

⁴⁷⁹ Compárense las teorías de Narver, John y Slater, Stanley, *The Effects of Market Orientation in Business Profitability*.

⁴⁸⁰ En este sentido: Tuominen/Möller; *Market Orientation*. págs.1161-1181

⁴⁸¹ Jerome McCarthy: *Basic Marketing: A managerial approach*, 1960.

⁴⁸² Fuente: Meffert, 2000, pág. 5.



En los años sesenta, por el aumento de la orientación hacia el mercado de compradores, el marketing se entendía como función dominante para superar dificultades⁴⁸³. Por el creciente poder del comercio, en los años setenta, el interés se condujo más hacia los aspectos del marketing vertical. A la vez, las herramientas orientadas hacia el negocio fueron ampliadas. En este contexto, el marketing empezaba a establecerse como función de liderazgo⁴⁸⁴, o por lo menos como una función directiva centralizada en el nivel corporativo. Se manifestaba de tal manera que los gerentes empezaron a tomar parte en los presupuestos y en los procesos de reportes financieros⁴⁸⁵. En los años 80, la orientación se hizo más competitiva. Especialmente bajo la influencia de la interna-

⁴⁸³ Meffert, 2008, 10, pág. 8.

⁴⁸⁴ Meffert, 2008, pág. 8.

⁴⁸⁵ Rivera/De Garcillán, *Dirección de Marketing*, pág. 25.

cionalización y globalización, se desarrolló el *Global-Marketing*⁴⁸⁶. En los años 80, esta tendencia cambia y la *Strategic Business Unit* (SBU) empieza a ganar aceptación, descentralizando el marketing. Luego, durante los años ochenta, aparecieron nuevas formas organizacionales (alianzas, estrategias y *networks*), reemplazando la visión de un mercado simple por una imagen más compleja. En este nuevo entorno organizacional, la función del marketing comienza a sufrir una radical transformación, transformándose en una disciplina directiva, afirmando que las relaciones con el mercado deberán ser vistas como el recurso estratégico de la empresa⁴⁸⁷.

A principios de los años noventa, empezó una ampliación del espectro del marketing por las cambiantes condiciones jurídicas, sociales y ecológicas⁴⁸⁸. El desarrollo de las tecnologías de información y comunicación de nuevo pusieron al marketing ante unos retos importantes. Por eso se desarrollaron términos como el *Database-Marketing*, marketing de red, marketing interactivo y virtual.

Podemos resumir cronológicamente este desarrollo de la siguiente manera:

- (1) una interpretación con una perspectiva instrumental del marketing;
- (2) una interpretación clásica (económica);
- (3) una interpretación moderna y ampliada;
- (4) una interpretación genérica.

d) Definición del marketing moderno

Según Meffert, todas las definiciones del marketing tienen dos elementos en común⁴⁸⁹:

(1) Un intercambio entre ofertante y comprador sólo tendrá efecto si es ventajoso para las dos partes. El comprador únicamente va a comprar los productos de aquel que los ofrece donde él pueda satisfacer sus necesidades de la mejor manera. Por otro lado, el ofertante solamente venderá su producto si recibe un valor suficiente por su producto/rendimiento, para poder pagar sus

⁴⁸⁶ Meffert, 2008, pag. 8.

⁴⁸⁷ Véase: Rivera/De Garcillán, *Dirección de Marketing*, pág. 25.

⁴⁸⁸ Meffert, 2008, pág. 8 con referencias a otros autores.

⁴⁸⁹ Meffert/Burmann/Kirchgeorg, pág. 4.

costes y ganar un dinero. Esta condición básica para la realización de un intercambio se llama **“Principio de Gratificación”**.

(2) Todo tipo de comportamiento de ofertante y comprador está sujeto a distintos límites. El adquirente solo dispone de ciertos ingresos, una insuficiente transparencia del mercado y muchas veces tiene que hacer su compra bajo presión por falta de tiempo. El ofertante tiene limitaciones en los recursos financieros, tecnológicos o en cuestión de producción. Su objetivo es alcanzar el mayor provecho de sus capacidades. Por lo tanto, el intercambio está determinado por los recursos de los competidores en el mercado. Este principio se llama el **“Principio de Capacidad o Escasez”**, el cual es especialmente importante para un análisis del mercado. Estos dos principios, es decir, el Principio de la Gratificación y de la Capacidad, están considerados las ideas centrales teóricas de la ciencia del marketing⁴⁹⁰. La Asociación de Marketing americana (American Marketing Association–AMA) se acerca al término marketing desde un punto de vista orientado hacia el proceso de *management* (gestión). Según la AMA, la definición del marketing se compone de los siguientes términos:

Marketing is the activity, set of institutions, and processes for creating, communicating, delivering, and exchanging offerings that have value for customers, clients, partners, and society at large (AMA- *Approved October 2007*)⁴⁹¹.

La ciencia del marketing se define según la AMA como:

Marketing research is the function that links the consumer, customer, and public to the marketer through information-information used to identify and define marketing opportunities and problems; generate, refine, and evaluate marketing actions; monitor marketing performance; and improve understanding of marketing as a process. Marketing research specifies the information required to address these issues, designs the method for collecting information, manages and implements the data collection process, analyzes the results, and communicates the findings and their implications. (*Approved October 2004*)⁴⁹².

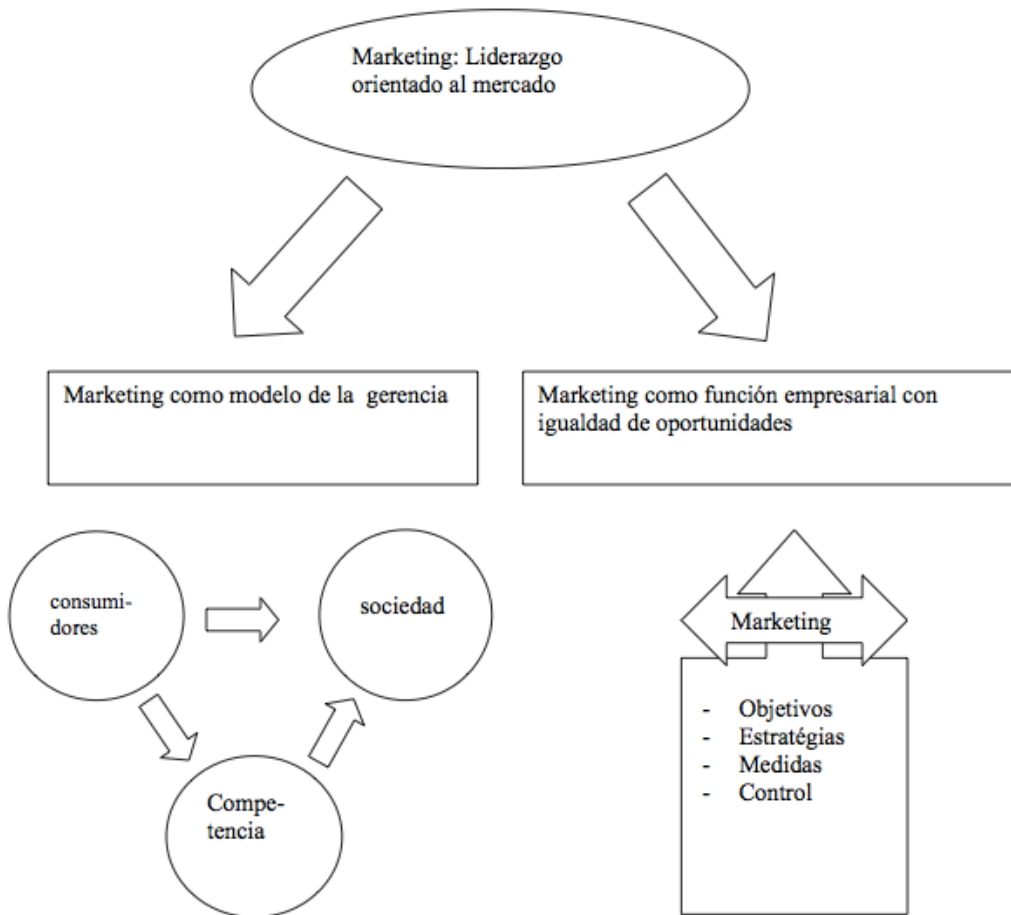
⁴⁹⁰ Meffert/Burmann/Kirchgeorg, pág. 5.

⁴⁹¹ American Marketing Association;

<http://www.marketingpower.com/AboutAMA/Pages/DefinitionofMarketing.aspx>.

⁴⁹² <http://www.marketingpower.com/AboutAMA/Pages/DefinitionofMarketing.aspx>.

Hoy en día, según la definición de la AMA, el marketing es un concepto de liderazgo: “...set of institutions, and processes...”. Meffert habla de un concepto dual de liderazgo⁴⁹³ y lo visualiza de la siguiente forma:



Fuente: Meffert, 1998, pág. 6.

Por lo tanto, resulta que se entiende el marketing como una función dentro de la organización de la empresa al mismo nivel que las otras funciones básicas.

Por otro lado, el marketing está conectado con el concepto de liderazgo empresarial. Esto significa una coordinación orientada al mercado de todos los sectores funcionales. Así que todos los empleados deben desarrollar una conciencia por el cliente y su contribución a la empresa (*shared values*). Toda la empresa tiene que estar orientada hacia los clientes actuales y potenciales. Para

⁴⁹³ Meffert 2000, pág. 6.

lograr esto, los procesos *cross-functionals* tienen que estar definidos, para que los gerentes compartan las informaciones con los responsables de los distintos sectores. Sin una coordinación de los procesos es imposible lograr una orientación hacia el cliente. Entonces resulta obvio, que el concepto del marketing tiene que estar integrado por los “top ejecutivos”.

Aparte de la función del marketing, surge la cuestión de lo que se esconde detrás del término “marketing jurídico”. El término marketing jurídico sólo se refiere al ámbito de aplicación y sus especialidades. En el sector de la abogacía, el marketing se encuentra en muchas actividades del día a día del abogado. El marketing jurídico no abarca en exclusiva la actividad del abogado. Igualmente, parte de este marketing son, desde las cuestiones de apariencia externa hasta la calidad del papel usado y el marketing interno.

Este segmento de marketing es parte del concepto del “marketing de servicios”. Este concepto es bastante reciente y se ha formado en los últimos 20 años⁴⁹⁴. Servicios y bienes tienen diferencias fundamentales. Los rasgos distintivos del servicio en relación a un bien son su inmaterialidad (intangibilidad), el contacto directo y la imposibilidad de almacenarlo. El servicio del abogado en diferencia a otro automatizado es que se trata de un servicio individual y personal. La producción de servicios no descarta, por otro lado, el uso de bienes materiales, para su producción, como el papel para el dictamen, el ordenador para redactar, etc. Entre el productor del servicio y el receptor siempre existe un contacto directo.

3. La metodología del marketing jurídico y desarrollos del mercado

a) El bufete de abogados, una empresa de servicios

El número de abogados en Europa, especialmente en España y Alemania, ha subido bastante en los últimos años⁴⁹⁵. A la vez, están entrando otros ofertantes de servicios jurídicos, como contables, auditores, consultores, asociaciones de consumidores y también bancos y seguros. A su vez,

⁴⁹⁴ Meffert/Bruhn, *Dienstleistungsmarketing*, pág. 31.

⁴⁹⁵ Cifra de abogados inscritos en Alemania: 1980: 37.314, 1990: 59.000, 2000: 110.367, 2006, 2008: 146.906, 2013: 160.894 según Bundesrechtsanwaltskammer; España: 2008: 116.394. El censo de población que aparece en la tabla se corresponde con los datos de 1 de enero de 2008 facilitados por el Instituto Nacional de Estadística.

la demanda de servicios legales mantiene un nivel más o menos constante. La situación del mercado de compradores se caracteriza por un poder de demanda muy elevado⁴⁹⁶. Es decir, los clientes potenciales pueden elegir, entre la extensa oferta de los diferentes oferentes, al abogado (en su opinión) más adecuado para su problema. Los clientes se han vuelto más exigentes, más críticos y con más autoestima. Así que, la relación de poder en la relación abogado-cliente ha cambiado. Podemos constatar que ahora también para los abogados ha llegado el tiempo de orientarse hacia el cliente. Los abogados no pueden evadirse de las leyes del mercado. Sin una orientación a las necesidades del mercado, la existencia no estará segura. Los tiempos antiguos, cuando estar colegiado ya significaba tener unos sueldos garantizados, son parte del pasado. Los abogados tienen que hacer marketing, y hacer más transparente su trabajo a los posibles clientes para así seguir teniendo éxito con su profesión.

En consecuencia, tenemos que aceptar que los servicios legales son también servicios. Aunque por el derecho profesional el abogado está visto como órgano jurisdiccional, las firmas de abogados, igual que cualquier bufete, incluso los más pequeños, son fundamentalmente empresas de prestación de servicios. Una gran parte de los abogados no eran, y algunos no lo son aún, conscientes de este hecho. Por eso, muchos bufetes todavía no han llegado a la conclusión de que tienen que hacer marketing y orientarse hacia el cliente. En muchos despachos, falta todo tipo de servicios, como horarios adecuados, política de información o transparencia de costes o páginas web. En la mayoría de los despachos pequeños y medianos tampoco existen gerentes que se preocupen de la planificación estratégica del desarrollo de la empresa.

Aún muchos abogados se resisten a la idea de que desempeñan una profesión la cual consiste en la prestación de servicios. En países más avanzados en cuestión de marketing legal, esta realidad esta completamente aceptada.

b) El servicio jurídico

El contrato entre el abogado y el cliente es un contrato de prestación de servicios legales. El servicio se concierta para que sea útil para el cliente. El beneficio para el cliente consiste esencial-

⁴⁹⁶ Por ejemplo: Becker, 1998, pág. 1.

mente en evitar perjuicios legales. Es también tarea del abogado hacer entender al cliente la conexión de sus problemas y los problemas legales y al revés.

Lo especial del rendimiento del abogado es que se trata de un servicio inmaterial, el cual depende en gran parte de la maestría profesional del abogado y su disposición a entregarse⁴⁹⁷. Otra peculiaridad de los servicios jurídicos es que se trata de una prestación profesional individual, la cual no se puede comparar fácilmente. Tampoco es posible (ni lícito) garantizar el éxito o la consecución del resultado deseado por el cliente. Resumiendo, podemos constatar que el servicio jurídico es algo muy individual e inmaterial, en relación al resultado. Este hecho hace tan difícil para un cliente posible cliente, calificar la calidad del servicio ex ante. Aparte de eso, hay que tener en cuenta que el abogado depende muchas veces de informaciones de parte del cliente, y de esta manera el servicio también está influenciado por la política de información clientede éste.

Malentendidos entre el abogado y el cliente pueden tener consecuencias drásticas, las cuales en la mayoría de los casos no son reversibles. Por tanto, la confianza del clientecliente en su abogado es importante para la calidad del servicio jurídico.

El servicio jurídico lo podemos definir como:

Una prestación de servicios, los cuales garantizan a los clientes un asesoramiento competente, independiente y discreto. (En el caso del abogado alemán incluye también la representación forense). El servicio engloba la configuración jurídica y la gestión de conflictos, incluyendo sobre todo conocimientos jurídicos, pero también conocimientos de otras ciencias⁴⁹⁸.

c) Metodología del servicio jurídico

La creación y aseguración de ventajas competitivas parece algo fundamentalmente importante, cuando el mercado legal se ha vuelto un mercado de alta competitividad. En una empresa de servicios, como en el ámbito del rendimiento de los abogados, las personas constituyen el factor

⁴⁹⁷ Tscheulin/Helmig, Branchenspezifisches Marketing, pág. 125.

⁴⁹⁸ Definición del autor.

interno de producción central⁴⁹⁹. Así que, como ya hemos señalado, es imprescindible para el bufete de abogados orientar su servicio al mercado respectivamente al mandante/cliente. Esto significa que primeramente hay que averiguar las necesidades y deseos de los clientes y en especial del grupo destinatario. Las medidas empiezan con la educación y formación del personal de soporte, que se pone en contacto con los clientes. La recepción tiene que tratar con amabilidad y educación a los clientes. Igualmente tienen que saber llevar una buena y profesional conversación por teléfono. Por otra parte, hay que considerar la decoración de la recepción, la sala de espera, la sala de conferencias y el despacho del abogado.

aa) Factores de producción

El marketing jurídico tiene que tener en cuenta la producción de los servicios legales, para poder elaborar una estrategia completa de marketing hay que considerar el proceso de producción de los servicios.

A través del siguiente esquema quiero plasmar el sistema de producción de servicios legales de manera muy simplificada:

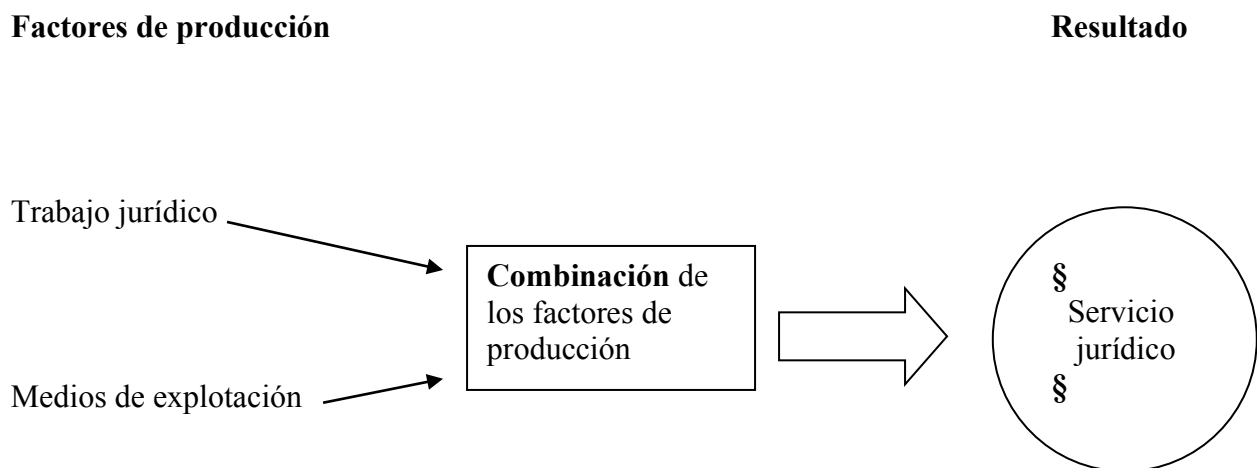


Gráfico similar a Kühlmann/Wolf/Wallenwein/Swoboda⁵⁰⁰.

⁴⁹⁹ Rachele Römermann, *Anwaltliches Marketing-Management*, pág. 248, originalmente: Bieberstein, *Dienstleistungsmarketing*, pág. 335.

⁵⁰⁰ Kühlmann/Wolf/Wallenwein/Swoboda, pág. 1.

La producción de servicios legales fundamentalmente consiste de la combinación de dos factores de producción. De manera simplificada, se puede decir que el *input* es el trabajo jurídico de los abogados y los medios de explotación como dependencias, equipamiento técnico, el personal de apoyo, etc. Estos dos factores se combinan y el resultado es el servicio jurídico prestado por un despacho de abogados.

Este esquema de factores de producción sirve, sin embargo, solamente para la introducción al tema. El campo de factores de producción de servicios es bastante complejo. Por lo tanto, otros autores han desarrollado una metodología sofisticada para acercarse a la producción de servicios.

Como ejemplo quiero mencionar a Maleri⁵⁰¹, que destaca en la literatura por su entendimiento de este tema. Éste divide la producción de servicios en dos grupos, los factores internos y externos.

Factores de producción internos	Factores de producción externos
<p>1) Factores inmateriales</p> <ul style="list-style-type: none"> a) Trabajo humano b) Servicios c) Informaciones d) Potencial económico e) Derechos y bienes materiales e inmateriales c) Tecnologías <p>2) Factores de producción reales</p>	<p>1) Bienes materiales del comprador</p> <ul style="list-style-type: none"> a) Bienes inmóviles b) Bienes móviles <p>2. Bienes inmateriales del comprador</p> <ul style="list-style-type: none"> a) Rendimiento de trabajo del comprador b) Bienes nominales c) Informaciones d) Peligros, Riesgos, Problemas e) Bienes legales

⁵⁰¹ Maleri, 1997, pág. 164.

a) Medios de explotación b) Materiales 3) Factores de producción nominales a) Valores de créditos b) Dinero	3) participación activa del comprador a) Tiempo físico y energía psíquica b) Tiempo
---	---

La combinación de estos factores constituye la combinación entre *input* y *output* y así es la base del proceso de la producción de servicios.

Según la teoría de Maleri⁵⁰², el siguiente modelo representa la producción de servicios:

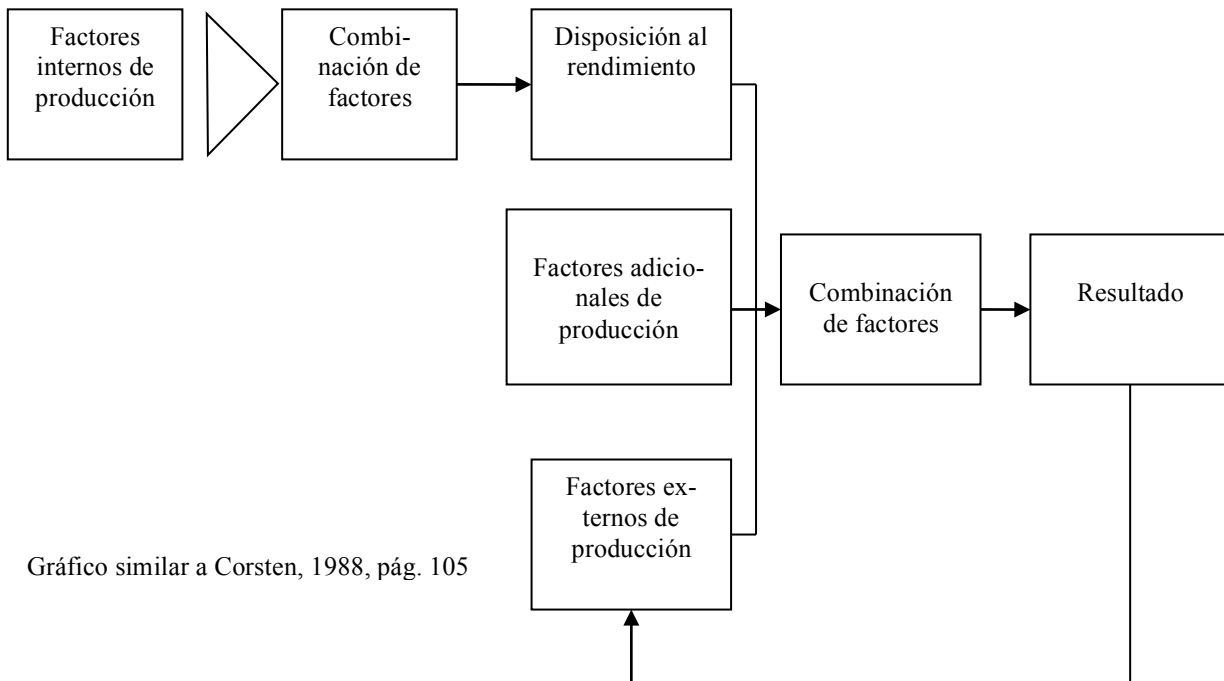


Gráfico similar a Corsten, 1988, pág. 105

⁵⁰² Maleri, *op. cit.*

Con la precombinación (factores y disposición) están creados los potenciales necesarios. El potencial de rendimiento general define la capacidad. Más importante es el potencial de rendimiento disponible, el cual determina la disposición al rendimiento.

Mediante la combinación final de los factores, es decir, la combinación de la disposición al rendimiento y factores adicionales internos como por la integración del factor externo, se crea la salida servicios.

bb) Factores internos de producción

Especialmente importante en la prestación de servicios legales, son los factores internos de producción. Sin la participación de humanos (abogados o personal de soporte), el servicio legal no se puede originar.

La contribución de abogados y los otros empleados juristas es la más importante. En estas personas se encuentra junto a lo que es la capacidad productiva, el factor de producción más importante del abogado: el conocimiento jurídico.

Pero, muchas veces, se subestima el papel del personal de soporte, ya que estos empleados están en contacto directo con el cliente. Por lo tanto, tienen un peso tremendo en cuestión de atención al cliente u orientación al cliente. Muchas veces, al intentar ponerse en contacto con el abogado, el cliente va a tratar con la telefonista o secretaria. Lo mismo ocurre cuando el cliente se pasa por el despacho. En conclusión: el personal de soporte es la tarjeta de visita del abogado.

La utilización de personal no suficientemente educado o formado puede dañar, sustancialmente, la imagen de un bufete de abogados. Además, puede causar trabajo adicional para el abogado, porque a veces los clientes están insatisfechos con las informaciones recibidas de la secretaria y quieren hablar con el abogado sí o sí.

El personal de soporte también puede recibir muchas informaciones y reacciones informales de los clientes. Es la intersección de la relación con el cliente. Aparte de dar una imagen hacia fuera, pueden también avisar al abogado si el cliente no está satisfecho con el servicio.

(1) Factores de producción materiales

Cada prestación de servicios contiene partes materiales e inmateriales. El rendimiento económico del servicio jurídico –aunque es de naturaleza inmaterial- está ligado a factores de producción materiales, como el lugar del servicio (oficina), a los medios técnicos necesarios (ordenador etc.) y por su dimensión temporal al proceso de producción. Esta interdependencia de los factores ejerce mucha influencia en el proceso de producción del servicio. Por lo tanto, un ofertante de servicios se está esforzando en acertar las expectativas de los clientes. Un objetivo será el modificar los factores de producción con recursos, innovaciones y servicios ofrecidos, para conseguir ventajas competitivas en el mercado.

Uno de estos factores son los factores materiales. Dentro de los factores materiales, el entorno físico tiene una gran importancia. La apariencia del despacho, es decir, el edificio, los muebles, etc., es una herramienta efectiva para el marketing. El entorno físico sirve como indicador psicológico de la calidad del servicio legal para los posibles clientes. La decoración del bufete comunica al cliente distintas informaciones sobre una variedad de factores. Obviamente, no será igual en cada cliente, dependiendo de sus conocimientos, gustos e intereses. Sin embargo, muchos clientes evalúan, ya que en muchos casos no pueden estimar la calidad del servicio legal, la calidad del despacho también por su apariencia física.

Otros factores de producción material son todos los objetos del despacho: los muebles y la técnica de oficina. Entre la técnica de oficina encontramos últimamente muchas innovaciones. Especialmente el software de reconocimiento vocal ganará importancia, porque así los abogados pueden ahorrar costes de personal.

(2) Factores inmateriales

Otros factores que hay que considerar para la producción de servicios legales son los factores inmateriales y entre ellos especialmente la organización interna de la empresa. En muchas empresas tradicionales, este sistema es invisible. En la mayoría de las firmas grandes e multinacionales, estas estructuras organizacionales se exponen conscientemente, para comunicar las jerarquías a los clientes. Esto se comunica para que los clientes sientan que el asesoramiento es competente, cuando un socio le asesora. Aparte, sirve para el marketing interno como motivación para los abogados jóvenes, de conseguir distintos títulos.

La organización interna influye en la producción de servicios legales también de otra manera. En la mayoría de los despachos pequeños y medianos no hay gerentes que se preocupen de la administración y el desarrollo estratégico de la empresa. Allí, los socios desempeñan esta función en conjunto, al lado de su trabajo como abogados. En los grandes despachos, habitualmente existen *Managing Partners*, es decir, distintos socios se preocupan de la gestión de la empresa y no ejercen funciones operativas de abogado.

cc) Factores externos de producción

Por la combinación de los factores internos, se crea la disposición al rendimiento o, mejor dicho, la preparación para poder producir el servicio. Aun así faltan todavía factores para completar la producción del servicio legal: los factores externos. El factor externo tiene un significado mucho más importante para la producción de servicios que para la producción de bienes⁵⁰³. En la producción de servicios, tenemos que diferenciar entre las siguientes configuraciones básicas⁵⁰⁴:

1. Se introducen Bienes materiales o inmateriales desde fuera en el proceso de producción.
2. El comprador del servicio participa pasivamente en la producción del servicio.
3. El comprador participa activamente en la producción de servicios.

⁵⁰³Véase Maleri (1997).

⁵⁰⁴ Meffert/Bruhn, pág. 53.

Las apariencias del factor externo son poliformes. Pueden ser objetos materiales (por ejemplo, un coche), hasta objetos inmateriales (derechos, informaciones). Ciertamente, que solamente por la inclusión del factor externo puede producirse el servicio.

En el caso del servicio jurídico, el factor externo consiste muchas veces en la participación del cliente. Es decir, éste tiene que dar informaciones al abogado, de manera oral o mediante documentos escritos o las dos cosas. El cliente también determina las prioridades en acuerdos o recursos legales, etc. Por lo tanto, el factor externo es una condición imprescindible. La diferencia entre el factor de producción interno y el externo es, fundamentalmente, que los factores de producción externos no los puede conseguir el oferente, porque el comprador dispone sobre él⁵⁰⁵.

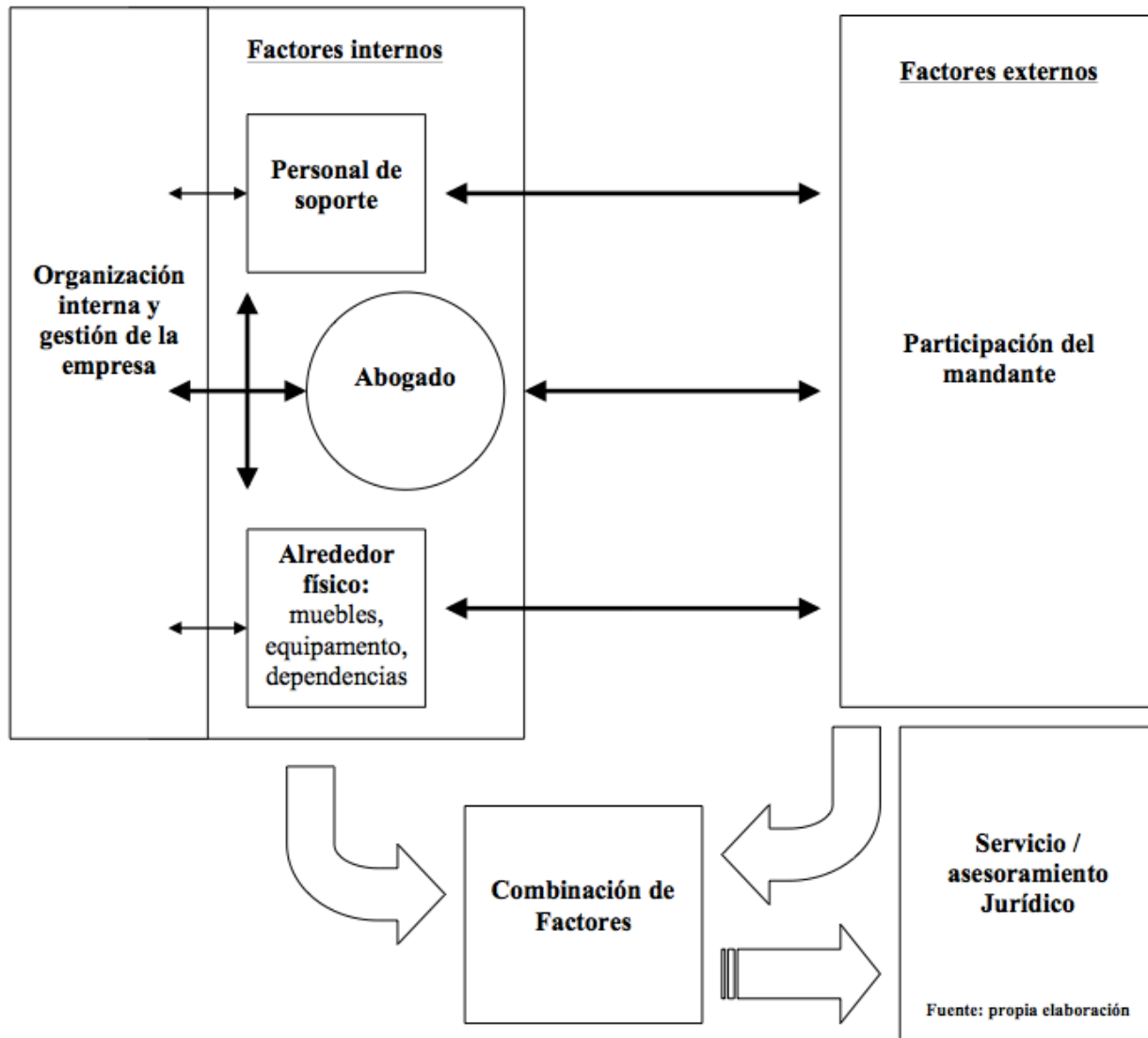
Para calcular el factor externo, se pueden poner en relación las actividades:

Actividad debida por el cliente (GM) = Actividades debidas por el cliente / Totalidad de actividades = Grado de actividad del cliente

Grado de actividad del oferente = Grado de actividad del cliente – Grado de actividad total.

El problema fundamental de los factores de producción externos es que la influencia que ejerce el abogado sobre ellos es bastante limitada. La participación necesaria del cliente significa, en conclusión, que el éxito del servicio legal depende parcialmente del cliente. Como conclusión podemos plantear el siguiente esquema para la producción de servicios legales:

⁵⁰⁵ Similar: Maleri, pág. 147.



Aquí vemos la interconexión entre los factores para producir el servicio jurídico de los abogados. Los factores como rendimiento de abogados, entorno físico, el personal de soporte y la gestión de la empresa en combinación con los factores externos producen el servicio legal. Así, vemos que todos los factores mencionados son importantes y hay que considerarlos al elaborar una estrategia de marketing.

d) Inmaterialidad del servicio

La diferencia fundamental entre la venta de bienes y servicios, como ya he mencionado al principio, es la inmaterialidad o intangibilidad del servicio jurídico. En este contexto no hay que confundir el resultado del servicio, por ejemplo un dictamen, un escrito o algo similar, con la intangibilidad del servicio en sí. El rendimiento (escrito o no) no es algo material, es un bien sin materia.

Por la intangibilidad del servicio legal, la comparación de calidad entre los servicios es difícil, dificultando su marketing y venta.

Esto, de hecho, no significa que el resultado no pueda consistir en algo material, sino que el servicio jurídico en sí es inmaterial. Se trata de un servicio personal y subjetivo, aunque hoy en día en muchas partes se ve una normalización del servicio, por ejemplo, por contratos prehechos, servicios automáticos, etc.

Para sistematizar el trabajo de los abogados en los distintos países, se puede subdividir en dos niveles:

(1) El nivel vertical - el tipo de actividad

En el nivel vertical, se puede diferenciar entre la actividad forense y actividades no relacionadas con el juzgado. En Alemania y Francia, el *Rechtsanwalt* y generalmente también el *advocat* tienen el derecho del representar a sus clienteclientes ante los juzgados. Ellos tienen un derecho de monopolio y se entienden como órganos de la justicia⁵⁰⁶. En España e Inglaterra, por otro lado, esta tarea está desempeñada por los procuradores y solicitadores.

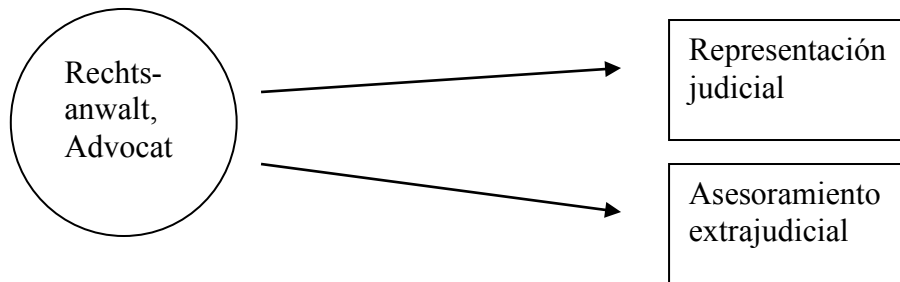
Otra parte de la profesión constituye la actividad extrajudicial (para los abogados españoles y los solicitadores, único ámbito de actividad). La actividad extrajudicial incluye el asesoramiento y la configuración jurídica.

⁵⁰⁶ § 1 Bundesrechtsanwaltsordnung.

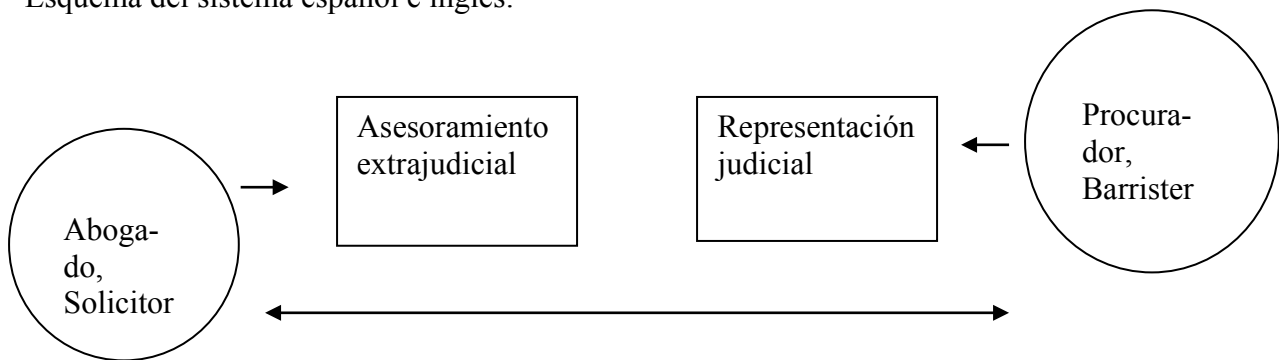
(2) El nivel horizontal – sectores jurídicos

En el nivel horizontal se reparten los diferentes géneros jurídicos. En la mayoría de los casos, el servicio jurídico es una combinación de varios géneros. En los últimos años se pudo observar una profundización de especialización en la abogacía.

Esquema de la situación en Alemania y Francia:



Esquema del sistema español e inglés:



Fuente: propia elaboración

4. Segmentación

a) La tendencia a la especialización

Uno de los cambios más importantes de la actividad de los abogados es la creciente segmentación. Por la fuerte competencia, se puede observar una tendencia muy importante hacia la segmentación en la abogacía para encontrar un hueco en el mercado, diferenciándose de la competencia.

En Alemania, los abogados tratan de conseguir un título de *Fachanwalt*. Este título es comparable a los títulos de los médicos especializados, porque se obtiene por una formación teórica y una práctica demostrada en el respectivo campo, de por lo menos tres años. El curso está impartido por la asociación de la abogacía alemana⁵⁰⁷.

En este caso, de los casi 147.000 abogados colegiados en el año 2008, 32,747 (22,29%) son abogados con el título *Fachanwalt*. En 2004 contábamos con un 15% de abogados especializados y en 2003 todavía solamente con un 6,19%⁵⁰⁸. En este aumento consta que la tendencia a la especialización y segmentación persiste.

En España todavía no existe un determinado título de especialista, otorgado por el Colegio de Abogados. La especialización allí es de manera más teórica, a través de una formación de posgrado universitaria para conseguir un máster en un concreto sector del derecho. No existen en España cifras exactas sobre la especialización. Aun así la tendencia a la especialización sigue siendo fuerte, con cifras elevadas de estudiantes de posgrado (máster).

En Inglaterra, el sistema de especialización de la abogacía es un poco diferente. Allí existen unos llamados *specialist panels* o, respectivamente, *accreditation scheme*⁵⁰⁹. Estos grupos de *solicitors* tienen un efecto similar al de los *Fachanwälte* en Alemania. Estos abogados se obligan a trabajar una parte significativa solamente en el sector de especialización y a cumplir unos estándares impuestos por el *panel*. Por otro lado, no hay distintas imposiciones por parte de los colegios. Por el momento, existen los *specialist panels* para 15 sectores jurídicos⁵¹⁰.

En toda Europa, la segmentación es un fenómeno bastante típico. Es una forma de especialización y restricción a distintos clientes, no diferenciando primordialmente por sectores judiciales, sino más por los tipos de clientes. Los criterios de segmentación resultan muchas veces de la especialización elegida.

⁵⁰⁷ Deutscher Anwaltsverein/ Anwaltsakademie.

⁵⁰⁸ Véanse las cifras publicadas por la Asociación Federal de Abogados (Bundesrechtsanwaltskammer); <http://www.brak.de>.

⁵⁰⁹ Law Society's Response to the Office of fair trading (2002), 4.5. (lawsociety.org.uk).

⁵¹⁰ Véase Schiebe, pág. 75.

La especialización con un tipo de título sirve como indicio de calidad. A través de estos títulos o marcas de calidad, los abogados fácilmente pueden mostrar su calidad a través de medidas publicitarias.

b) Conclusiones a la segmentación/especialización

Como abogado, al empezar la carrera, uno tiene que decidir cómo quiere trabajar. La primera posibilidad es parecida a una verdadera “clínica general”, donde los abogados trabajan mucho, atendiendo a toda clase de clientes y de campos del derecho, luchando por la supervivencia del despacho. Esta posibilidad es más bien subóptima y, mejor dicho, desalentadora. Salir de este punto es muy difícil, aunque haya gran voluntad por parte de todos los socios del despacho. El segundo escenario es el trabajo en un despacho pequeño o mediano con un alto grado de especialización, tipo “boutique”, con clientes solventes y casos jurídicos con cuantías litigiosas rentables.

La tercera posibilidad es trabajar en una firma de abogados entre muchos colegas de alto potencial con casos que tienen volúmenes de venta altísimos en el mercado internacional. El nivel de trabajo es alto, pero también lo es la remuneración. Sin embargo, pocos de los abogados empleados llegan a ser socios de la empresa. Estos tres ejemplos nos muestran la variabilidad del trabajo de abogado. Es decir, dentro de una misma profesión, nos encontramos diferentes niveles de trabajo con una lejanía a años luz unos de otros.

En el primer ejemplo, si el individuo no trabaja como abogado por idealismo, se encontraría en una situación profesional generalmente muy difícil, con pocos ingresos y un alto grado de frustración de los compañeros de profesión. Los otros dos ejemplos restantes son generalmente justo lo contrario. Los profesionales de las boutiques o firmas de abogados suelen tener buenos sueldos y trabajan en casos mucho más interesantes con un mejor grado de satisfacción profesional, aunque tenemos que admitir que la presión profesional puede ser altísima y no todo el mundo lo lleva bien.

En todos los modelos de trabajo profesional surge la misma cuestión: por qué unos despachos tienen gran éxito profesional y otros relativamente poco. Como hemos visto a lo largo del trabajo, la competencia profesional de los abogados no sirve en absoluto sin una buena comunicación con los destinatarios. Se puede llegar a ser un abogado competente en un determinado campo, pero nadie se dará cuenta de esas capacidades si solamente consigue mandatos de baja dificultad jurídica y, a su vez, no podrá tampoco demostrar sus cualidades en mandatos de mayor exigencia.

5. La política de comunicación

a) Definición

Tonnemacher define la política de comunicación como “una acción planeada orientada a un objetivo para conseguir o crear o cumplir normas en el campo de la información y comunicación en el interés público y propio”⁵¹¹. En el campo económico, la política de comunicación se entiende como estrategia de una empresa, de la aplicación de publicidad, RP y otros medios de marketing lo más optimos posible para la venta de sus servicios.

La comunicación es el elemento central del servicio del abogado, similar a los servicios médicos o de consulta. En el caso de la comunicación del abogado, sirve para informar e influenciar a posibles clientes. La política de comunicación se compone de una variedad de medios de comunicación, el así llamado *marketing mix*⁵¹² o *Communications-mix*⁵¹³.

b) Funciones de la política de comunicación

Las funciones⁵¹⁴ de la política de comunicación son:

- microeconómicas:

1. la función de información

⁵¹¹ (Traducción propia) J. Tonnemacher, *Kommunikationspolitik in Deutschland: Eine Einführung*, UTB, 2003.

⁵¹² Marketing mix: véase, por ejemplo, P. R. Smith y J. Taylor, *Marketing Communications, An integrated approach*, pág. 21.

⁵¹³ Kommunikations-Mix: véase el término en Kotler, Armstrong, Wong, Saunders, *Grundlagen des Marketing*, pág. 818.

⁵¹⁴ Bruhn, *Erfolgreiches Markenmanagement*, pág. 6 s..

2. la función de influencia
3. la función de confirmación

- macroeconómicas:

1. la función dirigida a la competencia
2. una función social

Desde la perspectiva microeconómica las empresas usan, por lo tanto, la comunicación para darse a conocer (marca, empresa, servicio) o informar sobre sus cualidades. La política de comunicación, por lo tanto, se puede llamar también portavoz del marketing⁵¹⁵. Conectada con la función de información encontramos la función de influencia. Por su concepción informativa y emocional la comunicación puede dirigir el comportamiento económico de los destinatarios⁵¹⁶. Para reforzar un distinto comportamiento o elección para un servicio o un oferente, hay que confirmar al destinatario en su elección. Esta función de confirmación tiene que estar armonizada con los otros instrumentos de política de venta.

Por las tendencias actuales de homogeneización de productos y servicios, la comunicación adopta un potencial de diferenciación entre un producto/servicio y otro dirigido a la competencia. Aparte, la comunicación tiene una función social que se puede expresar en diferentes maneras. La comunicación tiene una influencia determinante en el sistema de valores de la sociedad⁵¹⁷.

c) Objetivos de la política de comunicación

En los mercados jurídicos se encuentran muchos actores que ofrecen los mismos servicios. Aun así o, mejor dicho, por eso, los actores intentan diferenciar sus servicios de otros y conseguir comunicar con eficacia esta diferencia.

⁵¹⁵ „Sprachrohr des Marketing“ véase: Becker, 1993, pág. 466; Nieschlag/Dichtl/Hörschgen, 1994, págs. 528 s..

⁵¹⁶ Similar: Kroeber-Riel/Meyer-Hentschel, 1982: „Die Kommunikation kann als Sozialtechnik durch ihre informative und emotionale Gestaltung eine Steuerung des Konsumentenverhaltens herbeiführen“.

⁵¹⁷ Bruhn, *Erfolgreiches Markenmanagement*, pág. 9.

La comunicación debe contribuir a los objetivos de marketing y de la empresa⁵¹⁸, y se puede convertir en institucional y empresarial⁵¹⁹. Habitualmente se categoriza en primer lugar por objetivos primariamente económicos, psicológicos, y no económicos. Los objetivos psicológicos preceden en cuestión temporal normalmente a los económicos y son vistos como una especie de precursor⁵²⁰. Las dos categorías juntas crean la base para formular los criterios de éxito de las actividades comunicativas.

Objetivos importantes de comunicación psicológica son:

- grado de atención
- grado de conocimiento
- imagen
- preferencias
- intención de compra

Los objetivos económicos son:

- la venta
- la cuota de mercado
- la cifra de negocio
- las ganancias
- los costes
- la rentabilidad

Entre los mencionados objetivos se puede constatar que generalmente los de carácter psicológico son más aptos como criterios de éxito. En el caso de los criterios psicológicos se puede determinar de forma más directa la conexión de causa y efecto. Esto hace los objetivos psicológicos generalmente más importantes para la política de comunicación⁵²¹. Los objetivos de comunicación psicológicos, por lo tanto, tienen un efecto de control más alto, porque las actividades comunica-

⁵¹⁸ Bidlingmaier, 1970, pág. 405; Meffert, 1998, págs. 658-659; Nieschlag/Dichtl/Hörschgen, 1994, pág. 577; Unger, 1989, pág. 110.

⁵¹⁹ Desbordes/Ohl/Gary/Tribou, pág. 284.

⁵²⁰ Véase: Erichson/Maretski, 1993, pág. 545; Nieschlag/Dichtl/Hörschgen, 1994, pág. 577; Schmalen, 1993, pág. 18.

⁵²¹ Véase: Jansen, S. 48.

tivas se pueden manejar hacia una dirección establecida⁵²².

En el campo de la abogacía, el cual está determinado por la confianza entre cliente o posible cliente y abogado, una comunicación con objetivos meramente económicos es difícil imaginar que funcione. Si funcionase, no tendría un éxito sostenible sin el uso de comunicación de carácter psicológico.

d) *Communications-mix*

Según Desbordes/Ohl/Gary, una política de comunicación se define alrededor de un objetivo: ¿qué comunicar a quién?⁵²³

A continuación se plantea la pregunta de los medios los medios (el mix) de comunicación por que la elección de un canal de comunicación influye la eficacia comunicativa de la política y sobre todo en la precisión del objetivo de sus acciones⁵²⁴. El medio de comunicación es decisivo sobre el público destinatario a quien se quiere llegar. La elección del *mix* también incide directamente en la eficacia económica de la comunicación: una acción comunicativa tiene un coste y debe, por ello, aportar una cierta rentabilidad⁵²⁵.

Para crear un *Communications-mix* hay que usar una variedad de instrumentos de comunicación. En la literatura, se divide por regla general en cuatro categorías:

1. La publicidad
2. La venta personal
3. La promoción de venta
4. relaciones públicas

aa) La publicidad

Suele tener prioridad la comunicación impersonal en forma de publicidad a través de medios de

⁵²² Erichson/Maretzki, 1993, pág. 545.

⁵²³ Desbordes/Ohl/Tribou, pág. 284.

⁵²⁴ Desbordes/Ohl/Tribou, pág. 284.

⁵²⁵ Desbordes/Ohl/Tribou, pág. 284.

comunicación de masas, como periódicos, revistas, Internet (incluso redes sociales como Facebook o las de ámbito profesional: Xing, LinkedIn), televisión, publicidad exterior, etc. (véase arriba).

bb) La venta personal

La venta personal intenta acercarse al destinatario de manera más personal e individual. Elemento central de la “venta personal” es la comunicación cara a cara o a través del teléfono. En el caso del abogado, la “venta personal” no se puede entender como la venta directa clásica, ya que esto espantaría más que clientes que ganaría. Pero también los abogados venden personalmente sus servicios –en muchos casos sin ser conscientes de eso – cuando, por ejemplo, hablan con conocidos en el club de golf, en un bar, en actos sociales, etc.

Las grandes firmas de abogados han desarrollado una forma propia de venta personal: los concursos de abogados o *Beauty Contests*.

El incremento de los costes legales en las grandes firmas y la necesidad de reducir gastos en las empresas que las contratan han favorecido nuevos modelos de selección de servicios legales. En muchas grandes compañías se contrata a las firmas a través de concursos (*beauty contests*) en los que cada bufete presenta su pliego de oferta en el que se prima no sólo la calidad, sino también el precio.

cc) Sales Promotion/Fomento de venta

La promoción de ventas (*Sales Promotion*) es una herramienta que abarca todas las medidas con las que una empresa intenta influenciar a las personas e instituciones que están implicadas en la venta de sus productos para aumentar su eficiencia y, de esta manera, las ventas. En el caso de los abogados, casi no hay personas o instituciones implicadas en la venta de los servicios legales. Las únicas personas que están directamente implicadas son el personal de apoyo en los despachos. Sin embargo, no debemos desestimar la influencia en la venta de los servicios, ya que, por ejemplo, el secretariado normalmente es la puerta de entrada y tiene mucho contacto a través del teléfono con clientes y posibles clientes.

dd) Las relaciones públicas

Las relaciones públicas, como ya hemos descrito arriba, no son lo mismo que la publicidad. Es una herramienta con un efecto a largo plazo que tiene la finalidad de aumentar la notoriedad y la reputación del despacho de abogados. La abogacía usa esta herramienta muchísimo, ya que es básicamente gratis (menos el trabajo invertido) y no tiene este gustillo raro a “grito pelado” de la publicidad.

ee) Conclusión

Los instrumentos mencionados arriba de la mezcla de comunicación (*Communications-mix*) son todos instrumentos que se pueden aplicar en el campo de la comunicación del abogado. En el caso de los abogados no se habla normalmente de venta directa o fomento de venta. Pero bajo el término venta directa⁵²⁶ podemos subsumir en el caso del abogado, por ejemplo, una charla en el campo de golf con un posible cliente. Lo mismo pasa con el término fomento de venta⁵²⁷. En el caso de los servicios del abogado, el fomento de venta puede ser el servicio del personal del despacho con el cliente, etc.

6. Instrumentos de la comunicación jurídica

Podemos resumir los siguientes instrumentos de la comunicación:

- Publicidad
- Fomento de venta
- La venta directa
- Las relaciones públicas

⁵²⁶ Ejemplos para la venta directa son: la charla en el club de golf con personas que son posibles clientes. Últimamente exista la figura de *beauty contest*. El término *beauty contest* es una forma institucional de venta directa. Los grandes bufetes de abogados lo usan para exponer su concepto para un problema jurídico distinto al posible cliente a través de un power point o algo similar.

⁵²⁷ La promoción de venta (*Sales Promotion*) abarca todos los tipos de medidas para influenciar instituciones o personas para aumentar la eficacia en la venta de los servicios. Los abogados mismos y el personal de apoyo jurídico tienen el rol de fomentar la venta del servicio jurídico día tras día.

Las vías de estos instrumentos son:

- Actividades de sociedad
- Afiliación en asociaciones profesionales
- Anuncios
- beauty contests*
- Cartas circulares
- Correo electrónico
- Conferencias
- Directorios de Internet
- directorios impresos/guías
- Entrevistas
- Eventos
- Folletos
- Pitches**
- Newsletters
- Panfletos
- Página web
- Placas del bufete
- Pliegos
- Publicaciones
- Publicidad exterior
- Radio
- Redes sociales de Internet
- Seminarios
- Sponsoring
- Tarjeta de presentación
- TV

*compárese el párrafo 7. j) sobre beauty contests para una definición.

** compárese el párrafo 7. h) sobre pitches para una definición.

7. Los objetivos de la comunicación del abogado más importantes

a) Información

El primer objetivo de la comunicación sería informar a los *stakeholders* de la actividad del abogado y de esta manera crear curiosidad e interés. La condición para poder conseguir esto es la preparación de la información, de tal manera, que el receptor la puede percibir y entender. Esto es un reto especialmente difícil en el caso del abogado, ya que su servicio y la materia son muy abstractos y complejos. El potencial cliente tiene que imaginarse el rendimiento del abogado sin realmente poderlo ver o evaluarlo. Entre el abogado y el cliente hay, en la mayoría de los casos,

una vertiente de experto a inexperto⁵²⁸.

Para conseguir una relación de confianza ente el mandante y el abogado, la comunicación de abogado debería facilitar suficientemente información al cliente y debería ser fácil de entender. Como el grado de inseguridad del cliente suele ser muy alto, el abogado tiene que intentar transmitir confianza⁵²⁹. La comunicación competente crea confianza en el cliente y le convierte, además, en un multiplicador para conseguir nuevos mandatos.

Por otro lado, tenemos que tener en cuenta que lo mismo funciona al revés. Es decir, si el cliente no está contento con su abogado, lo comunicará a otras personas y de tal manera dañará la reputación del profesional. Objetivos importantes de las políticas de comunicación, por lo tanto, son (según Lovelock y Wirtz 2004)⁵³⁰:

- Informar sobre la oferta
- Convencer sobre su calidad en comparación con la competencia
- Motivar al posible cliente a ponerse en contacto con el proveedor de servicio
- Mantener las relaciones establecidas con los clientes

La política de comunicación tiene más que nada la finalidad de eliminar y, por lo menos, suavizar las inseguridades del mandante/cliente. En el caso de servicios inmateriales, la política de comunicación debe visualizar el servicio y comunicar su utilidad.

Otro objetivo de la política de comunicación es intentar visualizar el servicio inmaterial o hacerlo visible de alguna forma para el cliente. La visualización del servicio de abogado se realiza, por ejemplo, en enviar al cliente siempre las copias de todos los alegatos y mantenerle informado sobre cualquier novedad en su asunto. Aparte, se puede apoyar con la creación de una marca y logos, etc.

⁵²⁸http://www.soldaninstitut.de/uploads/media/Filigrane_Kommunikation_-_Vertrauensmarketing_der_Anwaelte.pdf, p 1, fuente: Anwalt, November 2001, págs. 24-27.

⁵²⁹ Creación de confianza „Vertrauensbildung“ como faktor clave de la comunicación del abogado, http://www.soldaninstitut.de/uploads/media/Filigrane_Kommunikation_-_Vertrauensmarketing_der_Anwaelte.pdf, p 1, fuente: Anwalt, November 2001, págs. 24-27.

⁵³⁰ Lovelock/ Wirtz, *Services Marketing, People, Technology, Strategy*, 5th international Edition.

b) Grado de reputación

Una condición importante para conseguir clientes es la notoriedad y la reputación del despacho o de los abogados. Por el servicio personal e individual del abogado, la notoriedad y la reputación tienen un peso especialmente importante.

c) Aumento de la cifra de negocio

La política de comunicación del abogado tiene también una finalidad económica. Es decir, el aumento de la cifra de negocio del despacho y la maximización de las ganancias. Se puede resumir que para el aumento de la cifra de negocios a corto plazo, la herramienta adecuada serían la publicidad clásica y la “venta” directa. Una herramienta de efecto a largo plazo son las relaciones públicas, las cuales pueden fomentar el grado de reputación y la notoriedad del despacho.

8. Elección del abogado por el cliente

En lo anterior hemos expuesto de manera intensiva los objetivos de los abogados con el marketing/publicidad, sin mencionar la parte del cliente. Una cuestión de gran interés para el abogado debería ser conocer por qué los clientes eligen un abogado en concreto.

El *Instituto Soldan* (Soldan Institut) realizó un estudio sobre cómo eligen los clientes a sus abogados⁵³¹. Para poder acercarse a estas cuestiones, el Instituto Soldan hizo una encuesta a ciudadanos sobre cómo eligen ellos a sus abogados. La prioridad más alta para los clientes fue la accesibilidad a su abogado. El 83% de los encuestados pensaron que lo más importante sería la posibilidad de una conversación personal en un espacio de tiempo corto. Casi igual de importante (80%) les parecía la posibilidad de que el abogado esté especializado en una materia del derecho concreta.

Según los autores Hommerich y Kilian, las especialidades son criterios para la elección del abogado por parte del cliente, porque cliente éstos pueden fácilmente percibir la especialización por los títulos del abogado (especialista en/*Fachanwalt* o programa de máster como LL.M.). En Alemania, los títulos otorgados por los propios colegios de abogados (*Fachanwalt*). El título de es-

⁵³¹ Hommerich/Kilian/Wolf, Mandanten und ihre Anwälte AnwBl 2007, 445 s.

pecialista o *Fachanwalt* parece un criterio obvio de competencia de un abogado para el cliente. Según este estudio, la orientación del servicio al cliente es un factor con casi la misma importancia para la elección de un abogado. Casi tres cuartos de los encuestados mencionaron la amabilidad del personal no jurídico en el teléfono como criterio importante o muy importante (71%). Un resultado muy interesante que salió de este estudio es que la reputación del abogado (70%) es menos importante que los factores mencionados con antelación. La recomendación por otros (58%) solamente tiene un peso medio en el proceso de elección. De este estudio destaca, también, que los precios/honorarios del servicio no son tan importantes para los encuestados (al 42% de los encuestados no les importaba el precio en el proceso de elección). El hecho de que el despacho sea conocido sólo le importa al 25% de los encuestados. El tamaño del despacho tiene todavía menos peso (13%). La página web del despacho casi no le importa a nadie según esta encuesta. Solamente a un 8% de los encuestados les parecía importante la página web del abogado.

Para los resultados detallados del estudio véase el siguiente gráfico:

	Importante	Indiferente	No importante	No tengo opinión
Posibilidad de asesoramiento personal inmediato	83%	10%	5%	1%
Posibilidad de conseguir una cita en poco tiempo	83%	9%	7%	1%
Especialización del abogado	80%	9%	10%	1%
Amabilidad del personal	71%	15%	12%	3%
Reputación del despacho	70%	11%	16%	4%
Cercanía (geográfica)	65%	18%	16%	4%
Recomendación por otros	58%	14%	27%	3%
Honorarios	32%	21%	42%	4%
Notoriedad del despacho	25%	24%	49%	2%
Tamaño del despacho	13%	22%	64%	1%
Folletos o materiales de información	12%	15%	66%	7%
Página web	8%	9%	76%	8%

Fuente: Die Auswahl von Experten durch Laien, Soldan Institut, AnwBl 12/2007, pág. 858

Podemos concluir que los factores personales en la relación cliente-abogado son los factores más importantes. El estudio deja muy claro que lo que más le importa al cliente es que pueda contactar en poco tiempo con su abogado. Luego, destaca especialmente la importancia de la amabilidad y servicio prestado por el personal de soporte.

Los autores Hommerich y Kilian concluyen que la prioridad en el razonamiento del cliente para decidirse por un abogado serían los “factores relacionados con la cara”, es decir, los factores asociados a la persona. Por otro lado, factores “no relacionados con la cara” no tendrían mucha importancia en el proceso de la elección del abogado, como, por ejemplo, Internet, etc.

En mi opinión, los autores fallan en su deducción, porque antes de poder elegir a través de factores “relacionados con la cara” el cliente tiene que conocer al abogado. Es decir, los factores no personales tienen la importancia justo antes de que el cliente se ponga en contacto con un despacho distinto. Porque si no hay un primer contacto de cliente y abogado, este no tiene la posibilidad de ganarse al cliente a través de los factores personales. Por consiguiente, el estudio no desmiente de ninguna manera la importancia del marketing para los abogados. A través de este estudio podemos ver que cuando el abogado ya tiene contacto con un cliente, tiene que esforzarse para convencerle con los factores personales. Teniendo en cuenta lo dicho, el estudio nos propone informaciones importantes sobre lo que espera un cliente de su abogado.

Según Hommerich y Kilian⁵³² el estudio reveló otra información interesante:

Dependiendo del tipo de problema jurídico, a los clientes les importa más o menos la supuesta calidad del servicio jurídico. En concreto salió que si los clientes buscan asesoramiento en derecho penal, civil de poca dificultad o por infracciones administrativas, el criterio de competencia del abogado tenía una importancia relativamente pequeña. A diferencia de eso resultó que cuando los clientes buscan ayuda en asuntos de derecho de trabajo o derecho social, la calidad del abogado les importaba más. Especialmente en asuntos de derecho penal, lo que más les importa a los clientes es conseguir una ayuda instantánea y representación judicial de su abogado. En cuanto a los honorarios, el estudio reveló que a los clientes les importaba más la reputación y la representatividad del abogado y menos el factor precio/honorario, cuando no tiene que pagar el cliente mismo los honorarios, sino una tercera institución, como, por ejemplo, la compañía de seguros.

⁵³² Hommerich/Kilian, *op.cit.*, pág. 859.

Podemos concluir que el estudio demuestra que los abogados pueden crear lazos fuertes con sus clientes, si reaccionan con rapidez y compromiso a los problemas de éstos.

9. Instrumentos de comunicación más importantes

a) Publicidad

aa) Publicidad clásica

Compárese con lo expuesto anteriormente sobre la publicidad clásica.

bb) Ejemplos prácticos de publicidad jurídica agresiva

Publicidad de un abogado estadounidense en el campo del derecho familiar:

**NEED: CHEAP LEGAL HELP?
TIRED OF THE SYSTEM?
FED UP?
DIVORCE?
SPOUSAL SUPPORT?
CHILD SUPPORT?
CHILD CUSTODY?**

WANT
CHEAP LEGAL FEES?
SSS
EXCELLENT REPRESENTATION?
SOMEONE IN YOUR CORNER?

HAVE
LITTLE SSSSSS
LITTLE EXPERIENCE IN COURT?
LITTLE UNDERSTANDING OF COURT PROCEDURES?

GET
13 YEARS EXPERIENCE
CUT-RATE LEGAL FEES SS
COMPETENT REPRESENTATION
EITHER FULL-TIME REPRESENTATION OR REPRESENTATION FOR A SINGLE HEARING
CALL TODAY: (123) 456-7890
ATTORNEY ADVERTISEMENT: LAW OFFICES OF ARTHUR DENT

La publicidad tiene una estructura muy completa con cuatro puntos. Primeramente resume el problema (divorcio), luego expone lo que espera de un abogado (*want*) que en este caso, para el

grupo destinatario sería: honorarios baratos, una buena representación, alguien cerca. A derecha (*have*) la situación del cliente: poco dinero, poca experiencia en los tribunales...

En la parte inferior (*get*) se encuentran las calidades que quiere postular el abogado: trece años de experiencia en los tribunales, honorarios baratos, representación competente, etc.

Podemos resumir que parece que el abogado conoce muy bien los criterios de elección de sus clientes. En casos de divorcio, los clientes se encuentran en una situación de mucho estrés y pocas ganas de buscar con tranquilidad el mejor abogado en el campo. Para concluir, podemos suponer que la presente publicidad sí tendrá éxito en el grupo destinatario.

Otro despacho estadounidense especializado en derecho de responsabilidad civil:



El mensaje en la furgoneta es fácil de entender: el dibujo con el hombre en la silla de ruedas con un brazo y una pierna escayolados nos indica que se trata de un abogado especializado en derecho civil, especialmente en asuntos de accidentes. Arriba en letras mayúsculas vemos un número de teléfono gratuito muy fácil de memorizar: 1-800-lawyers (abogados). Abajo, informa que se puede llamar con la primera consulta gratuita.

Un despacho de abogados particular que quiere mostrar su cualidad principal mediante una especial decoración en la fachada del edificio:



Otro despacho norteamericano que quiere demostrar su trabajo comprometido con la defensa de la gente que ha sido erroneamente acusada:



Como vemos, en los EE. UU., las normas de la publicidad legal son mucho más liberales. Esta libertad puede resultar, de hecho, en una publicidad de mal gusto, como vemos arriba. Más que el mal gusto, de hecho, los autores publicitarios buscan llamar la atención y producir algún tipo de emoción.

Abajo, apreciamos tres casos de publicidad alemana; se pueden conseguir esos objetivos sin infringir la normativa deontológica e intentando no sobrepasar los límites del mal gusto.

Un bufete de abogados alemán especializado en el derecho de sucesión usa un coche funerario para hacer publicidad.



Otros dos abogados alemanes que pretenden llamar la atención. El primero es un antiguo coche de la policía, donde se ha sustituido la palabra “Polizei” (Policía) por “Kanzlei” (bufete).



Luego vemos un despacho alemán que usa un antiguo camión de bomberos con fines publicitarios. En ambos casos no se especifica qué especialidades tienen. El único objetivo es llamar la atención de posibles clientes.



Una firma de abogados estadounidense especializado en el derecho familiar y en concreto en el divorcio:



Este anuncio usa unas imágenes muy inequívocas con una frase igualmente inequívoca: “La vida es corta. ¡Divórciate!”.

El único sentido que se puede interpretar de la comunicación entre la imagen y la frase es que si permaneces casado te estarás perdiendo algo que se intuye bastante atractivo.

De esta manera tenemos que calificar a este anuncio como el más agresivo de los que hemos visto con anterioridad, ya que el anuncio quiere animar a los posibles clientes a tomar una decisión determinante en sus vidas para que luego acudan al despacho que les liberará de esos problemas infundados. Los anuncios anteriores estaban dirigidos hacia problemas judiciales que los clientes ya tienen como parte de su realidad.

Sin embargo, el anuncio destaca por su originalidad y puede hasta resultar jocoso, más que nada por lo evidente que resulta.

cc) Conclusión

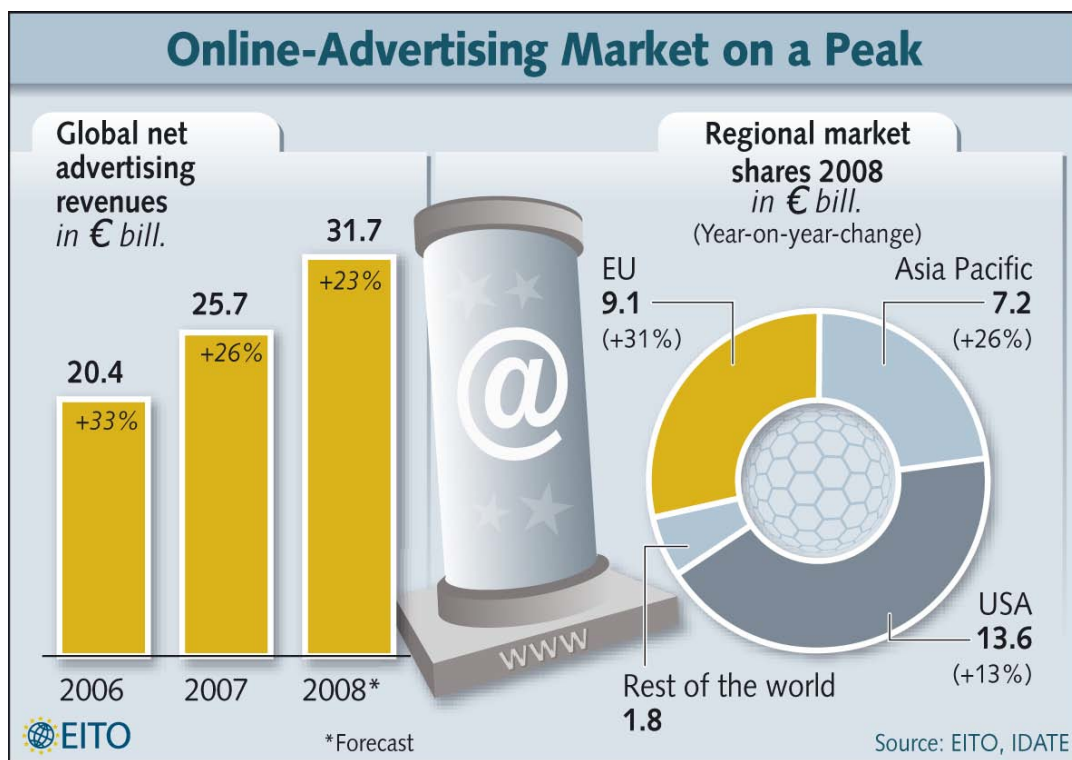
Algunos despachos intentan conseguir mandatos distintos, como por ejemplo casos de divorcio, con publicidad agresiva o provocadora. Objetivo de esta publicidad provocadora o agresiva es destacar entre los otros despachos de abogados. En la mayoría de casos la publicidad agresiva se usa para conseguir la atención de una clientela determinada, como por ejemplo en el derecho de familia (casos de divorcio). La atención del cliente es un objetivo importante en el mercado jurídico, porque es un mercado de alta competitividad. Imágenes provocadoras con mensajes más o menos subliminales pueden de hecho contribuir a un grado de conocimiento en el mercado más alto. La cuestión en este contexto es si este tipo de publicidad tiene sentido en el mercado jurídico, el cual es un mercado muy especial en el sentido de que uno de los factores más importantes es intentar crear un alto grado de confianza en la relación abogado-cliente. Es muy dudoso que los clientes, tras ver la publicidad de mal gusto o demasiado agresiva, quieran contratar a estos abogados. Aun así, desde el punto de vista psicológico, es posible que, por ejemplo en situaciones precedentes a un divorcio, los posibles clientes se sientan atraídos por este tipo de anuncios. Como hemos visto en el estudio de Hommerich y Kilian⁵³³ los criterios de selección de abogados dependen del tipo de problema jurídico. A los clientes les importa más o menos la supuesta calidad del servicio jurídico. Generalmente la publicidad agresiva no crea confianza en el abogado, así que no es recomendable para los abogados hacer uso de este tipo de publicidad. Mejor dicho, la publicidad agresiva solamente vale para campos jurídicos distintos.

⁵³³ Hommerich/Kilian, *op.cit.*, pág. 859.

b) Comunicación online

La tendencia hacia la comunicación online afecta la comunicación jurídica al mismo grado que al resto de la economía. Según el estudio del European Information Technology Observatory (EITO), los gastos para la comunicación y marketing online han aumentado mundialmente en un 23% en el año 2008.

El presidente del EITO, Bruno Lamborgini, manifiesta que el marketing online ha crecido en importancia comparado con los gastos para la publicidad clásica de TV, radio, revistas, etc.⁵³⁴.



El marketing online es un elemento básico de la comunicación publicitaria y también el marketing legal. Las campañas publicitarias online han aumentado en los últimos años de manera masiva (véase el gráfico arriba). Parece que se han convertido en un pilar de los medios publicitarios.

El Internet, como medio publicitario, difiere bastante de los otros medios de comunicación de masas. En el caso de la publicidad online se puede diferenciar entre publicidad “push” y “pull”.

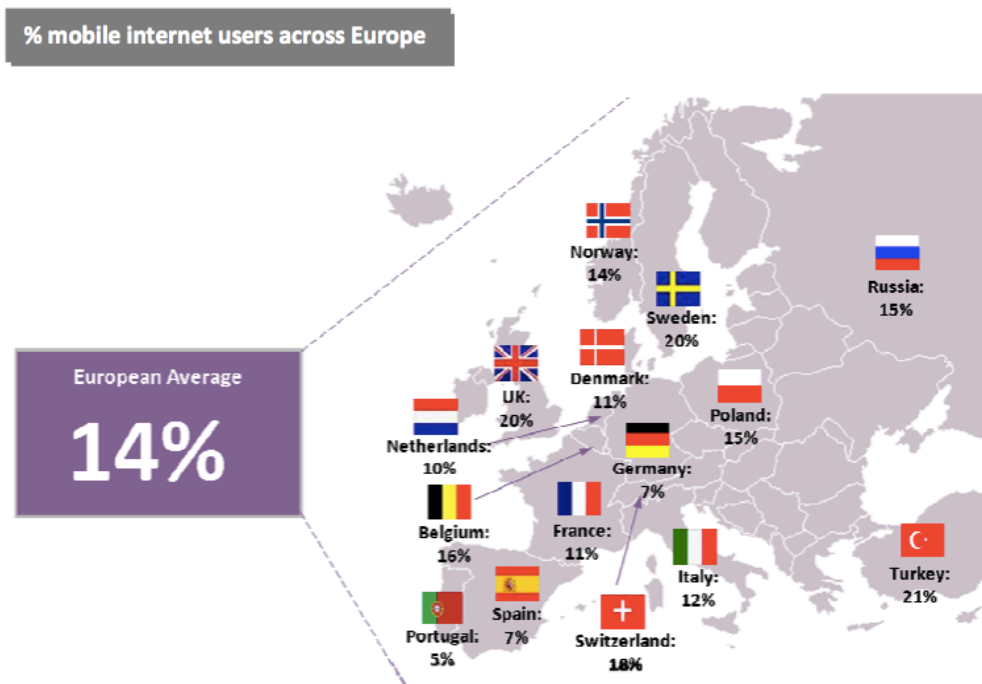
⁵³⁴<http://www.eito.com/press/Press-Releases-2008/Online-advertising-is-booming-world-wide>, Berlin, 8 de octubre del 2008.

En el caso de los despachos de abogados o contables, una campaña *cross-media* suele componerse de actividades offline como anuncios impresos en periódicos, revistas y carteles (principalmente en aeropuertos) y varias actividades online.

Lógicamente las medidas deberían ser usadas de manera concertada para transmitir una imagen uniforme y de tal manera fomentar el posicionamiento de la marca en el mercado. La comunicación online tiene una influencia muy positiva en la gestión de marcas⁵³⁶.

c) Internet a través de móviles

Un nuevo informe del EIAA muestra que la utilización del Internet móvil a través de teléfonos móviles o tablets (ípad o similar) está creciendo muchísimo⁵³⁷.



Question: Q1a/2a. In a typical 7 day week, that is Monday to Sunday, can you tell me if you use the internet via a mobile phone or PDA device?

Base: All Europe 15 respondents (n=12554)

Fuente: EIAA Study 2011 mobile internet.

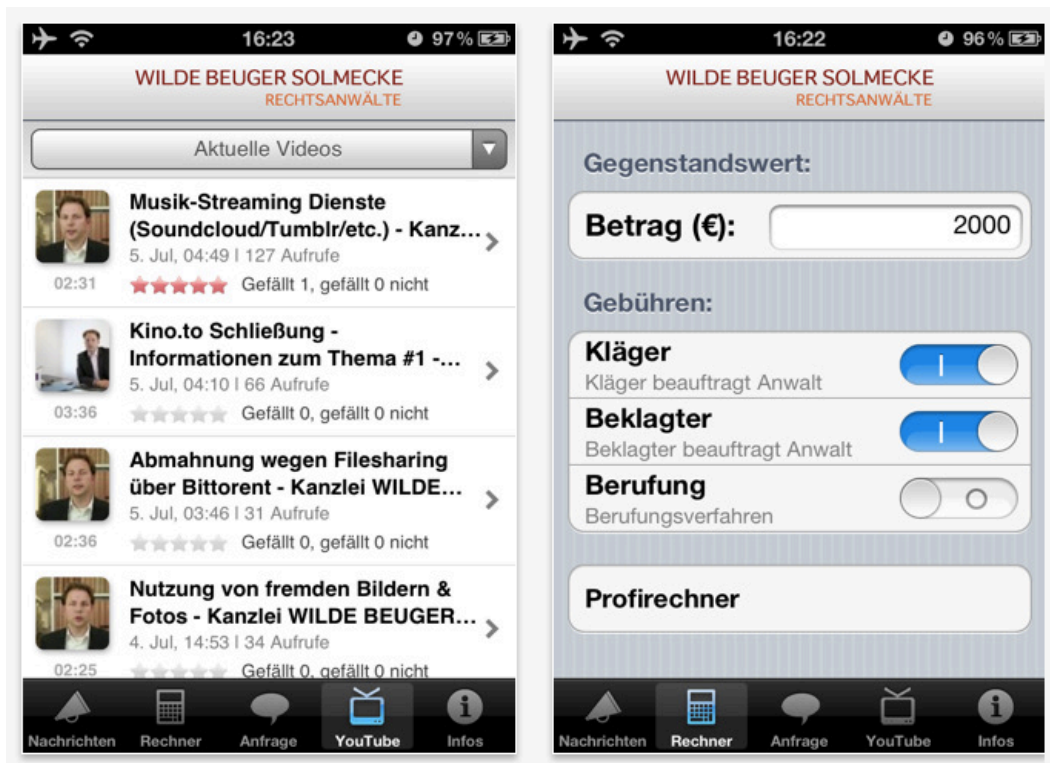
⁵³⁶ EIAA Marketers' Internet Ad Barometer 2008, septiembre 2008.

⁵³⁷ EIAA European Mobile Internet Use, January 2011.

El estudio revela que en el año 2011, el 14% de todos los europeos están usando Internet vía su móvil por lo menos cada semana. En Gran Bretaña y Suecia el número está en un 20% y en Turquía en el 21%. Entre los usuarios de Internet, su uso a través del teléfono móvil consume más tiempo (6,4 horas) que el leer periódicos (4,6 horas) o revistas (4,2 horas). En el uso del Internet móvil domina la comunicación y el entretenimiento. En la comunicación destacan los e-Mails (69%) y los medios sociales (33%) como Facebook & Co.

Apps /Aplicaciones

Por todos estos desarrollos, las primeras grandes firmas de abogados han sacado aplicaciones para el iPhone y el iPad⁵³⁸:



La aplicación de este despacho ofrece noticias jurídicas para clientes en forma texto o a través de vídeos. Aparte, dispone de una función para calcular las tasas del pleito y de una posibilidad de ponerse en contacto con un abogado en directo.

⁵³⁸ Por ejemplo, el despacho de abogados WBS (Wilde Beuger Solmecke, www.wbs-law.de); <http://itunes.apple.com/de/app/id449210590?mt=8>.

El despacho Mariscal & Asociados ha desarrollado una aplicación con otra finalidad⁵³⁹. Esta aplicación ofrece gratis este innovador servicio: un diccionario jurídico español-alemán/alemán-español como aplicación para iPhone y iPad. El diccionario jurídico permite la búsqueda de términos y sus traducciones en español/alemán y viceversa.



Las funciones son muy amplias, haciendo posible el cálculo del riesgo de costes de posibles litigios, con vídeos sobre temas actuales, con la posibilidad de contactar directamente con un abogado a través de mensajes o directamente hacer una consulta, etc. Además se ofrecen funciones como llamadas directas a través de la aplicación, guías sobre distintos campos de derechos (*pocket law*), una conexión e-mail integrada, servicio localizador a través de Google Maps, integración de vídeo, etc.

Esta aplicación es un buen ejemplo de un uso de comunicación online/electrónica de manera muy ajustada al grupo destinatario.

La demanda de aplicaciones se ha vuelto últimamente –con el éxito de iPhone, iPad y los dispositivos basados en el sistema android– muy fuerte. Debido a este desarrollo se encuentran ahora compañías especializadas en diseñar y programar aplicaciones para los teléfonos móviles y orde-

⁵³⁹ <http://www.mariscal-abogados.es/app/>.

nadores tipo tablet (iPad, etc.)⁵⁴⁰.

Desde luego, no todos los despachos de abogados hacen uso de estas aplicaciones para conseguir nuevos clientes. El objetivo también puede ser la obtención de empleados, como vemos en el presente ejemplo de la compañía White & Case:



La aplicación trata solamente de posibilidades de hacer carrera en la firma de abogados. Informa de oportunidades de trabajo, eventos y porqué escoger a la compañía White & Case como empleador, etc.

d) Página web

La página web del despacho es una de las herramientas más importantes para la comunicación online. En general, los términos “página web” y “página web corporativa” denominan el sistema de una dirección web de una empresa en general. Este sistema jerárquico abarca también la “homepage”, la cual es la primera página que da estructura al sistema general. En el caso de los despachos de abogados no tenemos diferencias entre “páginas web” y “páginas web corporativas”, ya que no solemos tener submarcas de una corporación.

Los espectros de las páginas web suelen abarcar desde el uso meramente informativo hasta una plataforma para posibilitar la comunicación interactiva entre la empresa y el cliente⁵⁴¹. Según los autores Meyer/Pogoda, el uso de Internet como canal de comunicación puede realizarse de la

⁵⁴⁰ www.law-connect.de.

⁵⁴¹ Chaffney, *Internet-Marketing*, 2001, pág. 142.

siguiente manera: por un lado, como “tarjeta de visita” de una empresa y, por otro lado, para enseñar todo el espectro del rendimiento de la empresa⁵⁴².

La página web suele ser el centro de la comunicación digital de la empresa y de esta manera puede tener una gran influencia en el mercado, ya que permite a la empresa presentarse plenamente.

Un efecto de plusvalía, sin embargo, sólo se consigue, si la página cumple distintas exigencias para la presentación de la empresa⁵⁴³. Es decir, una página web mal hecha puede hasta tener un efecto negativo en la imagen de la compañía⁵⁴⁴. Un ejemplo de efecto negativo es si la página web tiene informaciones caducadas y un diseño muy anticuado.

Por lo tanto, antes de instalar una página web, el despacho de abogados debería tener claro qué finalidad debería tener la página. Para determinarla, hay que comparar los objetivos de la comunicación con las expectativas de los usuarios⁵⁴⁵. Las expectativas de los usuarios destinatarios son los factores que más hay que tener en cuenta en la concepción de una página web.

Preißner⁵⁴⁶ resume que una buena página web tiene que satisfacer los siguientes puntos:

- (1) Contenido (¿se encuentra suficiente información en la web?)
- (2) Emoción (¿se transmite la imagen de la empresa?)
- (3) Funcionalidad (¿qué opciones se ofrecen?)
- (4) Ergonomía (¿se puede usar fácilmente?)

Luego, no hay que olvidar que una buena página web tampoco ayuda, si no se encuentra en la web. En definitiva, hay que considerar también el listado en Google o en otras páginas de búsqueda⁵⁴⁷.

⁵⁴² Meyer /Pogoda, 2000, pág. 44.

⁵⁴³ Benesch/Sperl, 2004, págs. 13 y ss.

⁵⁴⁴ Benesch/Sperl, 2004, págs. 147 y ss.

⁵⁴⁵ Förster/Kreuz, 2002, pág. 151.

⁵⁴⁶ Preisner, 2001, pág. 317.

⁵⁴⁷ Reuss en *Marketing für Kanzleien*, Schieblon (Editora), pág. 67.

e) Redes sociales

Aparte de las páginas web hay bastantes más instrumentos complementarios. En los últimos años la comunicación a través de redes sociales como Xing, LinkedIn, Facebook, etc., o los blogs como subespecie de las redes sociales, ha ganado mucha popularidad. El público de, por ejemplo Facebook, con 500 millones de usuarios, es enorme.

Lo especial de este medio en comparación con las otras herramientas es que los “amigos” pueden recomendar el despacho a su círculo de amigos. Según un estudio de Nielsen⁵⁴⁸, los productos en los que más confían los consumidores son los que les han recomendado los amigos.

A través de las redes sociales también está cambiando la distribución de información. Las redes crean opiniones. Por consiguiente, los abogados las podrán usar para publicar informaciones, para comunicar y para presentarse a un público interesado. Los “blogs” ya están siendo usados desde hace unos años por despachos de abogados, empresas que ofrece servicios para abogados⁵⁴⁹ y las grandes editoriales⁵⁵⁰.

Según un estudio, en Alemania, donde han estudiado a 500 despachos de abogados, la gran mayoría de ellos no hace uso de redes sociales⁵⁵¹. Solamente el 6% de los despachos han integrado elementos de redes sociales en sus páginas web.

Aunque no lo tienen integrado en sus páginas web, muchos abogados suelen usar varios medios sociales. En una investigación de Krieg⁵⁵² sobre juristas alemanes que usan Twitter salió que todos usan también otras plataformas de *social media*:

⁵⁴⁸ The Nielsen Company, www.nielsen.com.

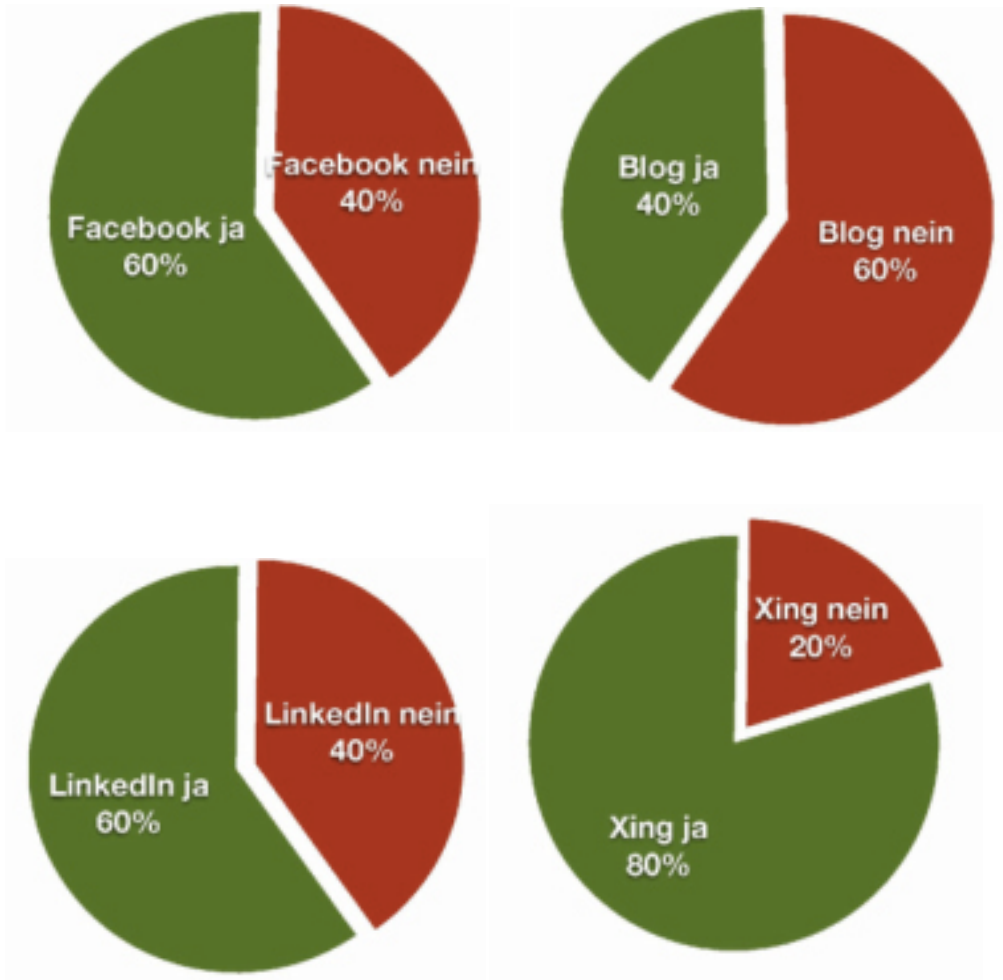
⁵⁴⁹ Para citar unos ejemplos destacados: Lexis Nexis (www.lexisnexis.com); Blog: Derecho en Red (derechoenred.es); Blog de la Editorial Aranzadi: (legaltoday.com/blogs); contencioso.es (ganador del premio “mejor Blog jurídico 2010”); Blog: blawggersinternacionales.blogspot.com; Blog: (www.jurablogs.com); Blog: www.lawblog.de.

⁵⁵⁰ <http://blog.beck.de/>.

⁵⁵¹ Véase el estudio de [Rechtsanwaltsmarketing.com](http://www.rechtsanwaltsmarketing.com): <http://www.rechtsanwaltsmarketing.com/studie-socialmedia/>.

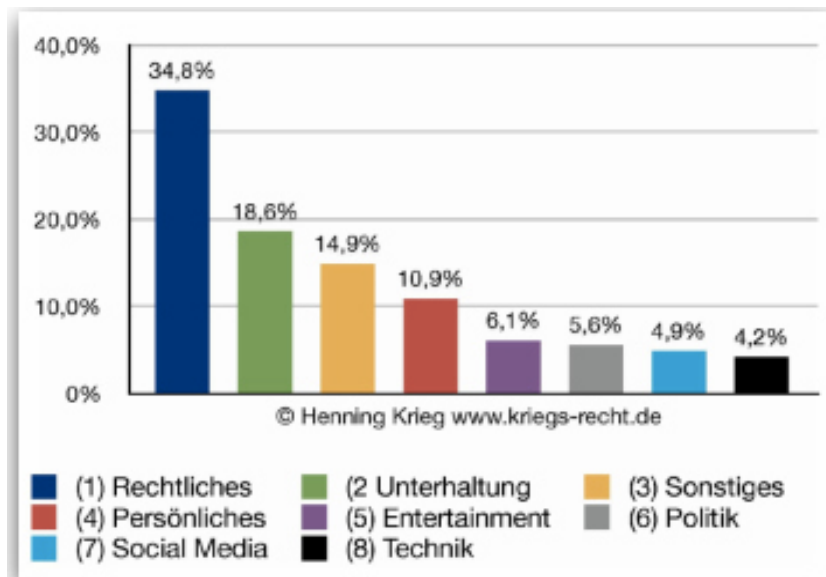
⁵⁵² <http://www.kriegs-recht.de/wie-nutzen-deutsche-juristen-twitter/>.

Leyenda: verde = sí; rojo = no



Fuente: www.kriegs-recht.de

Los temas de los artículos o mejor dicho “tweets” de los juristas:



No nos sorprende mucho ver que los juristas comunican en *Twitter* mayoritariamente sobre temas jurídicos. Según Krieger esto difiere mucho entre cada uno de ellos. Algunos de los juristas de la investigación casi solamente usaron Twister para temas relacionados con el derecho, mientras que otros publicaron casi únicamente “tweets” de otros temas.

Sin embargo, no existe ninguna evidencia de que a través la popularidad en *Twitter* los abogados realmente hayan obtenido más clientes que otros abogados que no usen este servicio.

El consultor *Meise*⁵⁵³ aconseja a sus clientes que deberían usar el blog como centro de su estrategia de comunicación y utilizar desde allí otras plataformas varias:



Fuente: meiseonlinestrategie.de

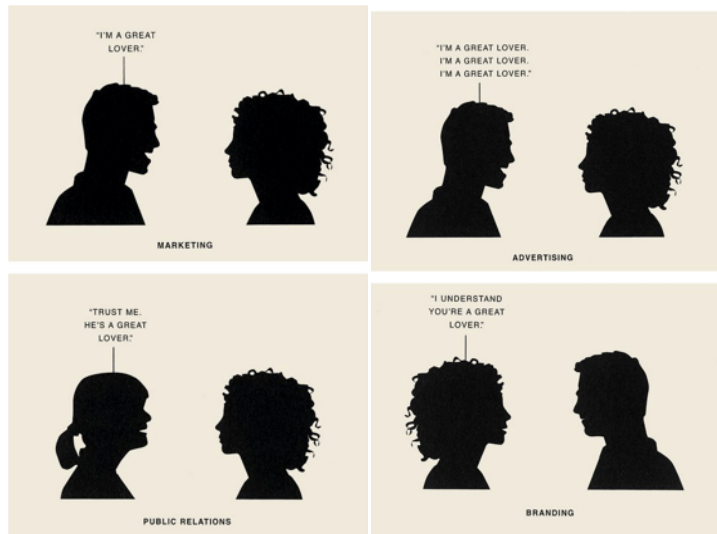
f) *Branding*

El término *branding* viene originalmente de las marcas del ganado, en el cual los ganaderos dejaron marcadas sus iniciales con hierro encendido. En el contexto del marketing, desde luego, el branding significa según la definición de *Esch* y *Langner* enfocar las actividades a formar y establecer una marca con el objetivo de acentuarlo en el mercado y posibilitar el identificar una oferta con una marca⁵⁵⁴. Para poder diferenciar entre las herramientas de comunicación como marketing, publicidad y relaciones públicas, véanse los siguientes gráficos⁵⁵⁵:

⁵⁵³ www.meiseonlinestrategie.de.

⁵⁵⁴ Esch/Langner, 2005, pág. 477.

⁵⁵⁵ Gráfico 1: Cortesía de Neutron LLC; Gráfico 2: Adaptado de König en *Marketing für Kanzleien und Wirtschaftsprüfer*, pág. 35.



La comunicación ideal sería una perfecta sintonización entre las herramientas, porque cada una de ellas juega un papel importante en la buena comunicación externa. Una sintonización estratégica crea la imagen deseada en los posibles clientes.

Adaptado al mundo de abogacía resultaría el siguiente gráfico:



Una marca es algo más que un mero logo, una página web, campañas de imagen, etc., es además, una estrategia. En el caso de los servicios jurídicos, muchos profesionales desconocen la importancia del *branding* para una buena comunicación externa. El *branding* tradicional en el caso de los abogados es la reputación de los profesionales. Los abogados suelen conocer a sus colegas y saben quién tiene buena reputación en su especialidad. Lo que pasa es que muchos desconocen que la mayoría de los posibles clientes no tienen este conocimiento. La creación de la marca, desde luego, necesita un planeamiento estratégico. Lo que se necesita es una gestión del despacho orientada a la marca. El plan estratégico no debería ser estático en el sentido de que solamente se consideran los clientes actuales y el personal del despacho. En lugar de eso, la compañía debería desarrollar un plan estratégico sobre las cuestiones: “¿Dónde queremos que esté la compañía en tres (o cinco) años y qué nos hace falta para llegar allí?”⁵⁵⁶. Por ejemplo, podría ser necesario contratar nuevos abogados especializados y/o con renombre o desarrollar nuevos campos de ejercicio⁵⁵⁷. ¿Qué tipo de clientes queremos conseguir? ¿Qué calidad de servicios esperan los deseados clientes?

Las grandes firmas internacionales de abogados, como por ejemplo Linklaters, Clifford Chance, Freshfields Bruckhaus Deringer, o grandes firmas de abogados más bien nacionales, como por ejemplo Garrigues, tienen en común que todas representan una gran marca en el mercado. En todos estos despachos trabajan especialistas de marketing que se dedican también al *branding*.

g) Publicaciones

Para los despachos de prestigio es obligatorio hacer publicaciones. Los abogados saben de la importancia de las publicaciones como instrumento comunicativo de marketing⁵⁵⁸, aunque al parecer del autor, muchos abogados no lo quieren admitir, ya que las publicaciones siempre se hacen bajo el pretexto científico. Sin embargo, en muchos casos no es posible publicar en periódicos o revistas con un alto grado de difusión mediática, porque muchos casos no son de interés de un gran público si no se trata de algún caso espectacular o con la suficiente importancia para un con-

⁵⁵⁶ Jeffery W. Lantz, *The Essential Attorney Handbook for Internet Marketing*, pág. 17: (*Instead the firm should develop the strategic plan around answering the questions: Where do we want to be in three (or five) years, and what does it take for us to get there?*).

⁵⁵⁷ Jeffery W. Lantz, *op. cit.*

⁵⁵⁸ Véase el artículo: Janek Weigl, *Erfolgreiche Fachmedienarbeit durch Kanzleien*, (documento electrónico sin página).

siderable número de personas. Entonces, quedan solamente las revistas profesionales para publicar artículos con contenido jurídico. Eso, de todas maneras, no es una desventaja, ya que en el mundo profesional los posibles clientes del entorno económico leen este tipo de revistas para informarse. Las miles de revistas especializadas venden millones de ejemplares. Aparte, la publicación en una revista especializada con renombre trae mucho prestigio. Si observamos a los líderes del mercado jurídico en sus correspondientes campos, vemos que todos los despachos independientes de su tamaño usan las publicaciones como instrumento de comunicación jurídica.

h) Pitches

Los pitches o, mejor dicho, las presentaciones competitivas son instrumentos de marketing. Sirven para la preparación o presentación de una oferta para un mandato de un potencial cliente. En despachos medianos o grandes el *pitching* ya se ha vuelto una herramienta estándar en el marketing jurídico. una operación al contado. En muchas empresas grandes, se ha convertido en normalidad dar elegir los despachos de abogados para cada mandato -solamente a través de procedimientos de licitación. Además, cada vez más, las empresas organizan procedimientos “*panel*”. En este procedimiento los despachos interesados se aplican por una “*plaza panel*”, con la cuál son admitidos a una lista de asesores preferentes. El pitching, por lo tanto, se ha convertido en uno de los instrumentos más importantes del llamado *Buisness-Development* en sociedades especializadas en clientes del entorno económico y sociedades con auditores⁵⁵⁹.

Según Warren⁵⁶⁰ los elementos típicos de un documento-*pitch* son, entre otras:

- Descripción de un proyecto o del planteamiento del problema del cliente.
- Descripción del posible asesoramiento.
- Argumentos de venta de por qué el despacho es el correcto para este proyecto.
- Exposición de la experiencia profesional relevante en este campo.
- Presentación de los asesores.
- Descripción general de la sociedad.

Una cuestión importante para los despachos de abogados es la decisión de si hacer el *pitch* o me-

⁵⁵⁹ Warren en *Marketing für Kanzleien und Wirtschaftsprüfungsgesellschaften*, pág. 140.

⁵⁶⁰ Warren en *Marketing für Kanzleien und Wirtschaftsprüfungsgesellschaften*, pág. 140.

jor no hacerlo, ya que el *pitch* y su preparación cuestan mucho tiempo y recursos. En el caso de que el *pitch* no tenga éxito, los gastos no son rentables.

i) Afiliación en asociaciones profesionales

Muchos abogados especializados se hacen miembros de una asociación profesional. De esta manera consiguen contactos con otros colegas y pueden discutir problemas jurídicos con otros especialistas. Las redes de profesionales para distintos campos del derecho pueden ayudar a los abogados a realizar un intercambio de experiencias profesionales. Estas asociaciones son especialmente importantes en abogados que trabajan en el derecho internacional.

Sin embargo, estas asociaciones también sirven para mejorar la imagen del abogado, ya que la afiliación en una asociación profesional muestra al posible cliente que el abogado debe ser un especialista que se implica mucho en este campo jurídico.

j) *Beauty contests*

En el mundo de las grandes firmas de abogados, donde distintos despachos tienen una gran popularidad como marca, potenciales clientes invitan a los despachos para que hagan lo que se llama un *beauty contest*. Estas competiciones de “belleza” dan a los despachos la posibilidad de presentarse ante el potencial cliente y, en el caso ideal, ganar un nuevo cliente. Bajo el término *beauty contest* se entiende el proceso elaborado por un cliente corporativo para elegir una consultora externa⁵⁶¹. La diferencia entre los *pitches* y los *beauty contests* es que en los *pitches* el despacho de abogados busca el contacto del cliente para presentarse y en los *beauty contest*, el cliente llama al despacho de abogados y les invita a presentarse. Estas competiciones se hacen para proyectos o mandatos grandes. En este caso, los posibles clientes –muchas veces los propios abogados internos– alistan despachos con renombre para invitarles al *beauty contest*. En muchos casos, para grandes proyectos se necesitan despachos con muchos recursos (abogados disponibles) y mucha pericia. Por eso, las compañías tienden a invitar a los más grandes despachos de abogados del mercado.

En casos menos complicados y sin trasfondo internacional, los pequeños despachos con gran pe-

⁵⁶¹ “‘Beauty contest’ generally refers to the process by whom a corporate client establishes a competitive procedure to select outside counsel. They have become larger and more elaborate in recent years”. Véase p. ej. Eriq Gardner, Pfizer Litigators, Endure Beast of a Beauty Contest.

ricia pueden tener ventajas, ya que suelen tener precios más bajos.

En relación al derecho profesional, podemos resumir, que el participar en los *beauty contest* no es una actividad publicitaria, porque en estos casos los despachos no se acercan al posible cliente, sino es el cliente quien les invita a ellos.

k) Seminarios/Eventos

(1) Seminarios

Muchos despachos organizan eventos o seminarios para clientes para conseguir mandatos. Los eventos o seminarios son unas medidas muy efectivas tanto para despachos pequeños como para los grandes. Los seminarios para clientes son eventos de información que ofrecen muchas veces materiales de información para clientey que están complementados por una comida, con la posibilidad para crear redes informales de? intercambio. Si los despachos tienen una marca menos fuerte, el bufete hace uso de oferentes externos de seminarios para mostrar sus acuerdos de cooperación con los conferenciantes y/o sus actividades de *sponsoring*.

(2) Eventos

En general, se pueden usar los eventos internos perfectamente como instrumento para el marketing. La ventaja de los eventos internos es que los interesados tienen la posibilidad de charlar explícitamente con los abogados del despacho. Pueden, de esta forma, conocer las dependencias del bufetey tener una primera impresión de del despacho. Aparte, en esta situación no hay diferentes despachos compitiendo por candidatos. Más que nada es una buena oportunidad para el despacho anfitrión de presentarse a los candidatos sin competencia, ya que éstos han mostrado un interés al haber acudido al evento. Este ambiente es propicio para persuadir a posibles clientes, en un ambiente ajeno al despacho, como son, por ejemplo, las ferias profesionales.

l) Recruiting

Los despachos de abogados que se ven como la élite del mercado usan la gestión de la marca también como posibilidad de conseguir los mejores juristas disponibles. El Dr. Christian Rödl, por ejemplo, del bufeteinternacional Rödl & Partner (700 abogados, 3000 empleados en total),

tiene la opinión de que una cancillería de élite tiene que tener también empleados de élite para ofrecer la más alta calidad. Si el despacho es una marca de categoría también se aplican profesionales con la más alta calificación⁵⁶².

IV. Comunicación interna

Al habernos enfocado en la publicidad y el marketing de los abogados, solamente hemos hablado hasta ahora de lo que es la comunicación externa. La comunicación interna también tiene importancia para los despachos de abogados.

El concepto de la comunicación interna o también llamado “marketing interno” ha aparecido primero en la bibliografía del marketing de servicios y más tarde en la bibliografía de la gestión de servicios⁵⁶³. Proviene de las industrias de servicios, donde se utilizó por primera vez como un medio para hacer que los empleados tomaran conciencia de la necesidad de satisfacer al cliente⁵⁶⁴. Hoy en día, el marketing interno se considera un prerrequisito para un rendimiento eficaz del marketing externo⁵⁶⁵. En total, se puede resumir que el marketing interno es una estrategia de la dirección con las preguntas principales de cómo desarrollar entre los empleados un interés por los clientes.

El foco del marketing interno, por eso, no es el cliente, sino los empleados del despacho. Las personas son algo así como los factores internos de producción⁵⁶⁶ para los despachos de abogados. Todas las empresas u organizaciones tienen algo parecido a un mercado interno de empleados, del que hay que ocuparse en primer lugar⁵⁶⁷. Si esto no se hace de una forma adecuada, peligrará el éxito de las actuaciones de la empresa en sus clientes finales: es decir, los mercados externos peligrarán⁵⁶⁸. Los abogados y el personal de soporte son inmensamente importantes en los despachos de abogados, porque son las personas con las que tratan los clientes. La orientación al clien-

⁵⁶²Véase el libro: Matthias Weber, *Starke Marke, Verbindungen von betriebswirtschaftlichen und psychologischen Faktoren als Erfolgsgarant*, pág. 106.

⁵⁶³Grönroos, *La gestión del marketing interno: Un prerrequisito para un marketing eficaz*, pág. 215.

⁵⁶⁴Ferrel/Hartline, *Estrategia de Marketing*, pág. 268.

⁵⁶⁵Gönroos, *La gestión del marketing interno: Un prerrequisito para un marketing eficaz*, pág. 216.

⁵⁶⁶Bieberstein, *Dienstleistungsmarketing*, pág. 335.

⁵⁶⁷Grönroos, *La gestión del marketing interno: Un prerrequisito para un marketing eficaz*, pág. 216.

⁵⁶⁸Grönroos, *La gestión del marketing interno: Un prerrequisito para un marketing eficaz*, pág. 216.

te significa que el personal tiene que tratarlo biencliente, es decir, prestar un buen servicio. Esto tiene como condición el que los empleados del despacho se sientan bien tratados también. La premisa del marketing interno es que el intercambio interno entre la organización y sus empleados ha de ser operativamente eficaz antes de que la empresa pueda alcanzar sus objetivos en los mercados externos⁵⁶⁹. En la literatura de prestación de servicios, el marketing interno es el quinto instrumento del llamado marketing mix (véase arriba).

a) Comunicación interna

El objetivo principal de la comunicación interna en los despachos de abogados es garantizar un buen servicio al cliente. Con más motivación se quiere lograr más orientación hacia el cliente y un aumento de la calidad real y percibida para conseguir una alta calidad del servicio jurídico en general. La satisfacción del cliente es muy importante, ya que la satisfacción clientede éste y el éxito en el mercado dependen uno del otro. Esto se puede atribuir a la gran importancia de la reputación en el mercado jurídico. Para conseguir esto, muchos despachos intentan primeramente satisfacer y motivar a sus empleados.

Ferrel/Hartline⁵⁷⁰ resumen las siguientes metas del marketing interno:

1. Ayudar a todos los empleados a entender y aceptar su papel en la implementación de la estrategia de marketing.
2. Crear empleados motivados y orientados hacia el cliente.
3. Satisfacer al cliente externo.

En total, el marketing interno tiene el concepto de que la satisfacción del cliente externo depende de las acciones de los clientes internos de la empresa, es decir, los empleados o, mejor dicho: la satisfacción del personal es una medida complementaria a la del cliente.

b) Instrumentos de la comunicación interna

Los despachos grandes del mercado jurídico aplican instrumentos de comunicación o de la política de personal:

⁵⁶⁹ Grönroos, *La gestión del marketing interno: Un prerrequisito para un marketing eficaz*, pág. 217.

⁵⁷⁰ Ferrel/Hartline, *Estrategia de Marketing*, pág. 268.

aa) Política de personal

(1) Desarrollo del personal

La premisa para conseguir empleados orientados al cliente es una política de desarrollo del personal profesional. Sin un planeamiento del personal habrá que contar con una alta fluctuación de empleados que puede producir situaciones críticas por falta de personal cualificado. Estos tipos de problemas se pueden enfrentar con entrevistas regulares del personal. Estos tipos de conversaciones con el empleado les dan la posibilidad a los superiores de tomar medidas para contentar o motivar al empleado. Un factor importante para mejorar la calidad del rendimiento de los empleados es ofrecerles la participación en seminarios u otros tipos de formación profesional.

Esto pertenece a los aspectos de la política de personal que se debe aplicar para fomentar una buena comunicación interna. El objetivo de medidas internas de calificación es habilitar al empleado para un comportamiento deseado y fomentar su disposición a que lo haga.

Medidas complementarias para el desarrollo del personal:

El *Lawyer-Coaching* es un entrenamiento personal para el abogado. En el sector de los *manager* (gerentes/ejecutivos) el entrenamiento personal existe desde los años 1980. Los ejecutivos deberían hablar con un entrenador con mucha experiencia profesional sobre su cometido en el contexto profesional. El *Lawyer-Coaching* suele tener el objetivo de apoyar al abogado para llegar a tener e una personalidad de líder.

Las grandes firmas de abogados suelen implementar el *coaching* en sus programas de desarrollo de personal. El *coaching* es una buena medida complementaria para apoyar la carrera interna. Las empresas intentan a través del *coaching* crear un vínculo entre la empresa y los abogados empleados. A la vez, con el *coaching* quieren motivar a los abogados para rendir mejor.

(2) Estímulos

Los sistemas de estímulos están mayoritariamente basados en recompensas monetarias. En la abogacía esto tiene validez para casi todos los tamaños de despachos. Abogados que trabajan por libre reciben una participación de su facturación. Se reparten premios según rendimiento entre los empleados. Los sistemas de reparto de las ganancias según rendimiento son muy populares en

grandes firmas de abogados⁵⁷¹. En este contexto importa muchísimo la mensurabilidad del rendimiento de cada empleado y tener un sistema justo de reparto de las ganancias. La dificultad de la mensurabilidad de los rendimientos de los empleados se muestra especialmente en las grandes firmas de abogados ya que muchas actividades profesionales que ejercen los socios, de importancia para el despacho y su reputación, no se pueden medir directamente en su facturación. El tiempo invertido en publicaciones, conferencias o actividades publicitarias o de marketing no se puede medir en los famosos *billable hours* (horas facturables en el cliente). La dificultad es encontrar una posibilidad de tomar en justa consideración las actividades que no se puede facturar.

Otro factor importante es la asistencia que reciben los abogados/empleados. Un instrumento eficaz es el acuerdo de objetivos. A través de acuerdos de objetivos se puede, por ejemplo, planearla carrera y proporcionar un *feedback*.

bb) Política de comunicación

La política de comunicación es muy importante para una buena comunicación interna. Por eso es hay que garantizar una información suficiente para el personal de apoyo⁵⁷². Esto es la tarea de la comunicación interna. Dependiendo del tamaño del despacho hay diferentes instrumentos posibles para fomentar el intercambio de informaciones: por ejemplo, conferencias diarias, reuniones de todos los empleados, e-mail internos o nuevos medios como intranet. Desde luego, instrumentos como intranet no son muy aptos para despachos pequeños o medianos. Los instrumentos adecuados dependen también del tamaño del despacho.

En los últimos años había una fuerte tendencia hacia despachos de abogados más grandes. En el mercado de la abogacía había muchas fusiones de despachos medianos para ganar tamaño. Especialmente antes de una fusión, una buena política de información es muy importante para no desmotivar a los empleados. Luego, después de la fusión, hay muchos retos para garantizar una buena comunicación interna.

⁵⁷¹Véase: Römermann, Gerechte Bewertung? pág. 26.

⁵⁷²Véase, por ejemplo: Grönroos, *La gestión del marketing interno: Un prerrequisito para un marketing eficaz*, pág. 218.

c) Optimizar la comunicación interna

La empresa debería trasladar una imagen consecuente, tanto interna como externa. La comunicación interna debería ser abordada en el marco de una reflexión interna y global y tener un programa estratégico, que asocie en su seno la comunicación interna y la externa⁵⁷³. La gestión de la comunicación interna ha de disponer de tres tipos de recursos:

- Apoyo decidido de la dirección/socios

Los socios son los que han de tomar las decisiones en la aprobación y aplicación de las medidas y estrategias de comunicación, que han de afectar a todas y cada una de las áreas, departamentos y o unidades funcionales, según sus necesidades, y al conjunto de la empresa.

- Profesionalización de sus funciones y decisiones

Supone una capacitación técnica y profesional en un campo especializado del *Management*. En las universidades y escuelas de negocio norteamericanas, ese campo queda bien delimitado por las llamadas *Organizational Communication*, *Managerial Communication*, *Business Communication* y *Speech Communication*. A partir de un tamaño crítico (entre 30 y 50) de abogados, el despacho debería contar con un profesional del periodismo. En los despachos pequeños, un socio debería encargarse de la comunicación interna.

- Presupuesto/remuneración

Se debe destinar un presupuesto suficiente para que se pueda organizar una buena comunicación interna. Las imprescindibles reuniones del personal en las que se proporciona información cuestan mucho tiempo y, por lo tanto, son factores monetarios ya que, mientras duran las reuniones, el personal no “produce” servicios. Desde luego, en cuestión de motivación, conviene también dar gratificaciones o premios por rendimiento a unos empleados escogidos para motivar al resto de la plantilla a rendir más

aa) Comunicación integrada

No se debe hacer política de personal sin considerar las actividades de comunicación externa. Las medidas de comunicación internas y externas deberían estar sincronizadas y armonizadas para

⁵⁷³ García Jiménez, *La comunicación interna*, pág. 57.

generar una imagen consecuente del despacho. No se debe subestimar el tiempo necesario para una búsqueda sistemática de personal adecuado. Para un concurso sistemático es necesario tener preparado un perfil de exigencias profesionales del personal buscado. Para una eficiente comunicación interna se debe elegir el personal también bajo un punto de vista comunicativo. Es decir, ningún entrenamiento va a hacer de un empleado poco comunicativo un empleado al que le guste comunicarse.

bb) Cultura empresarial

Otro factor importante para un comportamiento orientado al servicio en el cliente es la cultura empresarial/organizacional. Este enfoque –la implementación de la estrategia de marketing y comunicación– se convierten en una extensión de la misión y la cultura empresarial. Cuando el personal ve la implementación como una extensión de la cultura de la empresa, los empleados de todos los niveles tienen permiso para participar en la toma de las decisiones que ayudan a la compañía a lograr su misión, sus metas y objetivos⁵⁷⁴. La cultura empresarial consiste en una misión empresarial y principios empresariales que reflejan los conceptos morales de la empresa. Según Ferrel/Hartline⁵⁷⁵, con una cultura organizacional poderosa y una visión corporativa muy amplia, la organización puede poner una gran parte de la estrategia de marketing en práctica. Según ellos, esto ocurre porque todos los empleados adoptan la cultura de la compañía de manera tan completa que saben por instinto cuál es su papel en la implementación de la estrategia de marketing. También manifiestan que todos los empleados pueden diseñar sus propios procedimientos de trabajo, siempre y cuando sean consistentes con la misión, las metas y los objetivos de la organización. Según ellos, una cultura organizacional poderosa y una visión corporativa compartida garantizarían que los empleados con poder tomaran decisiones correctas. Como medida para despachos sin cultura empresarial implementada, el primer paso sería desarrollar una cultura organizacional para el despacho junto con los empleados y documentarla por escrito. Luego debería presentarse delante de toda la plantilla. Lo decisivo será acordarse siempre de ella y vivirla día tras día.

⁵⁷⁴ Ferrel/Hartline, *Estrategia de Marketing*, pág. 267.

⁵⁷⁵ Ferrel/Hartline, *Estrategia de Marketing*, pág. 268.

V. Análisis del estado de la publicidad/marketing legal

El mercado de la publicidad de abogados se vuelve cada vez más dinámico. Cuando hace unos años parecía imposible pensar en medios audiovisuales en el ámbito de la publicidad de los abogados, hoy en día muestra una imagen diferente. Hasta el día de hoy no existen muchos estudios empíricos sobre la publicidad o marketing de los abogados. Por lo menos en Europa, este tema no ha recibido mucha dedicación científica.

Parece ser que el interés en este tema se encuentra casi únicamente en los despachos grandes tipo *law-firm* que disponen de profesionales publicistas y especialistas en marketing. En consecuencia, las “*law-firms*” se comparan entre ellas con estudios empíricos acerca del tema⁵⁷⁶. De hecho, no existen en Europa estudios que comparen las medidas de publicidad/marketing entre despachos de diferentes tamaños. El presente estudio empírico debe servir para hacer visible el estado de la publicidad/marketing de toda la franja de participantes del mercado jurídico.

1. Estudio sobre el estado del marketing jurídico en Alemania

a) Metodología

La metodología de este estudio es un cuestionario diseñado para recoger en forma organizada los indicadores y variables implicados en el objetivo de la encuesta (véanse los objetivos abajo [b]). El cuestionario contenía preguntas estandarizadas y estructuradas con las respuestas predefinidas. Se trata, por lo tanto, de un estudio de carácter cuantitativo.

b) Finalidad del estudio

La finalidad del presente estudio es tener una base empírica sobre el estado de la publicidad y el marketing de los abogados. De esta manera podemos evaluar y cuantificar las medidas de publicidad/marketing tomadas por los despachos de abogados. Además, se establecerá la relación entre las distintas medidas de comunicación aplicadas y el tamaño del despacho. Aparte, a través de este estudio debería ser posible revelar las posibilidades que permiten una mejora de la comunicación externa de los abogados.

⁵⁷⁶Véase, por ejemplo, la red de PMN (Professional Management Network) en Alemania. Allí se han realizado estudios para sus miembros: <http://www.schieblon.com/files/summarypmnstudie.pdf>. Estos estudios *Benchmark* se ha realizado únicamente entre los 75 despachos más prestigiosos “TOP 75”.

c) Técnica de recogida de datos

Hemos utilizado un cuestionario online al que se puede acceder a través de un link. A los participantes se les ha mandado un e-mail después del contacto inicial. Este e-mail contenía el link para acceder al cuestionario. Este, a su vez, contenía cuestiones obligatorias para finalizarlo, como, por ejemplo, el tamaño del despacho, para luego poder hacer una clasificación de los datos recolectados. Cada participante podía rellenarlo una vez. El tiempo estimado para contestar el cuestionario fue entre 8 y 12 minutos solamente.

d) Procedimiento/muestra

El estudio ha sido realizado en el año 2011 y a principios de 2012. La muestra del estudio consiste en despachos de abogados que han sido elegidos aleatoriamente pero con la intención de tener despachos de todos los tamaños. La preselección se ha llevado a cabo a través de establecer un contacto primario por teléfono. Casi todos los despachos que han sido contactados previamente por teléfono han respondido el cuestionario. En total, han participado 41 despachos de abogados con sede en Alemania. Una parte de los despachos grandes que han participado tiene raíces anglosajonas. Debido al pequeño tamaño muestral, una de las limitaciones planteadas con relación al enfoque cuantitativo es la representatividad de los resultados. Pero debemos tener en cuenta que el interés de nuestra investigación cuantitativa se centra más en conocer más profundamente los intereses de los despachos de abogados con medidas publicitarias o de marketing que encontrar resultados que se puedan generalizar. La heterogenidad de los despachos de abogados tampoco permitiría una generalización fiable, ya que el comportamiento en relación a la publicidad es muy diverso.

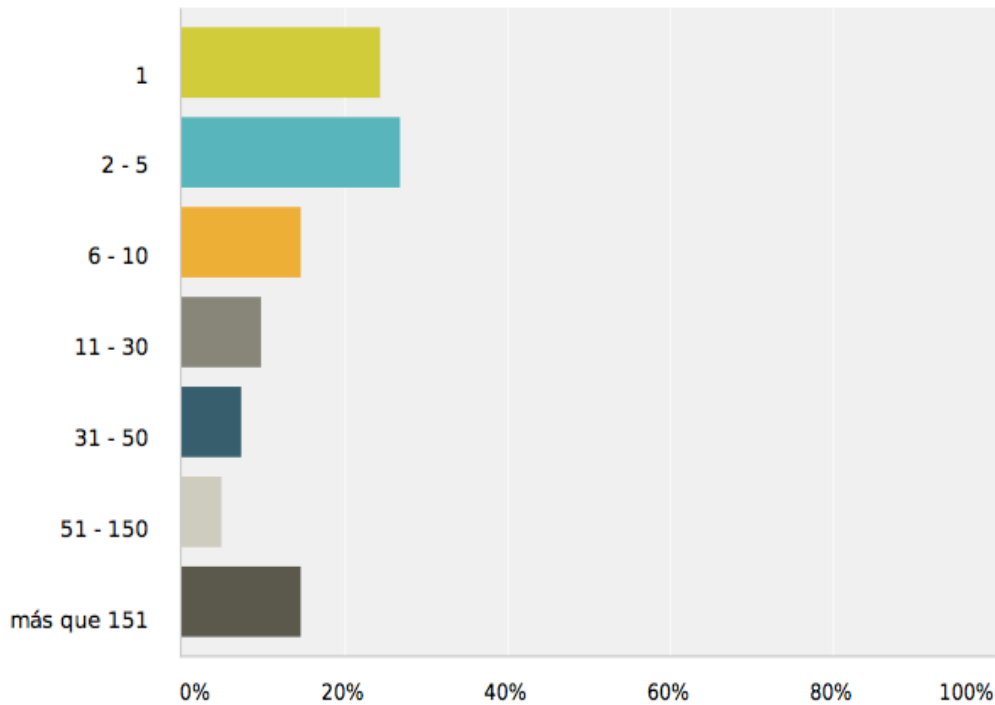
e) Resultados del estudio

aa) Tamaño del despacho

La primera pregunta para empezar con la encuesta se refería al número de abogados que se encontraban en ese momento trabajando para el despacho. De esa manera, se pueden evaluar las respuestas no sólo de modo genérico, sino también sus diferentes tamaños. Esta diferenciación es muy importante, considerando que en el campo de los despachos de abogados hay enormes di-

similitudes en lo que a la capacidad se refiere: Hay despachos que cuentan con tan sólo 1 abogado, hasta llegar a firmas con 3.000 y más abogados en todo el mundo.

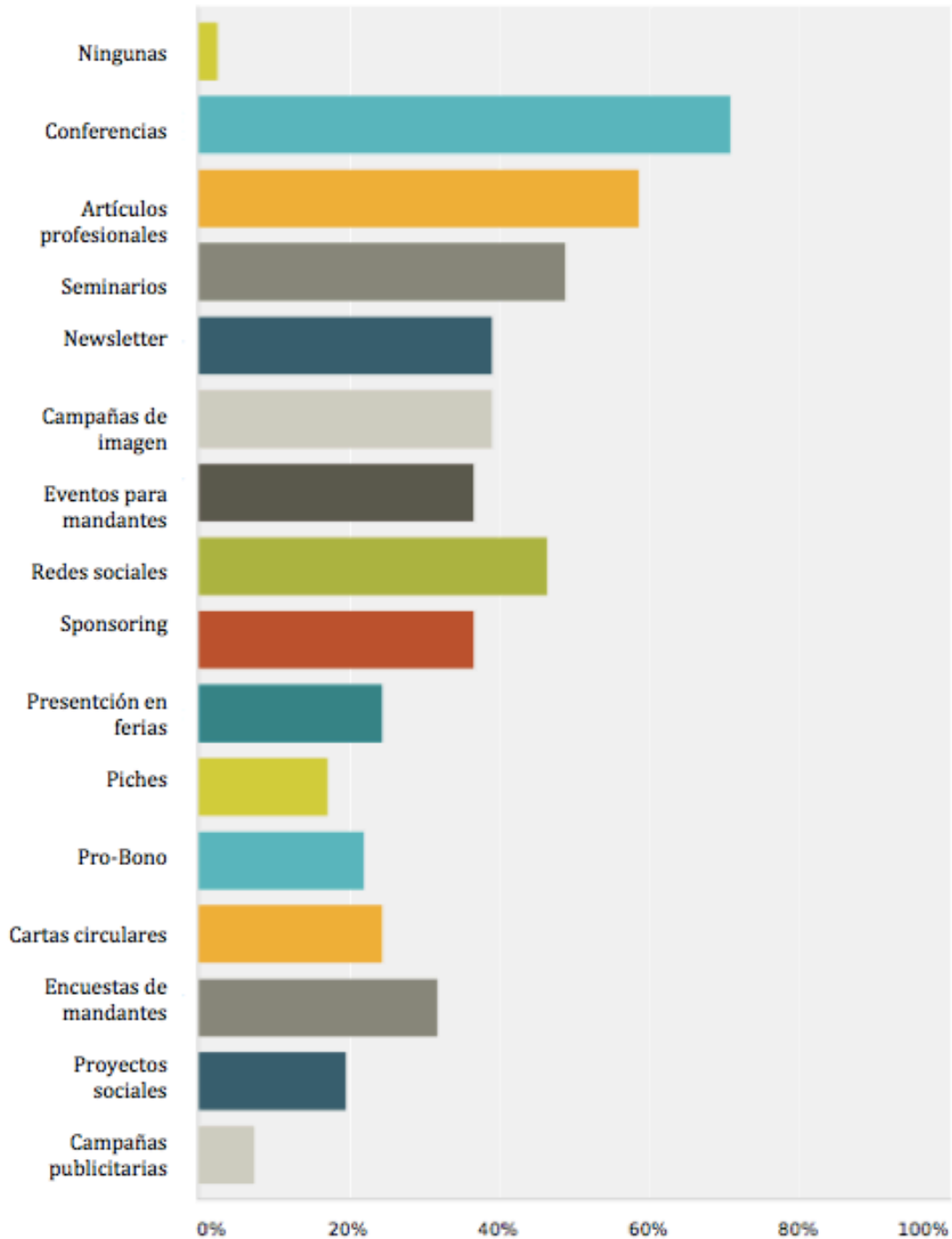
¿Cuántos abogados trabajan en su bufete?



En la encuesta tenemos participantes de cada tamaño. Lo que sí destaca es que los despachos de tamaño medio (11-50) abogados y los despachos medianamente grandes, con 51-150 abogados, están relativamente poco representados en nuestro estudio. La noticia buena, sin embargo, es que han participado despachos de todos los tamaños indicados por el estudio, lo que contribuye al valor informativo de nuestro trabajo. La mayoría de participantes pertenecen al grupo de los despachos de 2 a 5 abogados, seguido por el grupo de los abogados que trabajan solos. El tercer puesto ocupan los despachos o firma de abogados con más de 151 abogados.

bb) Tipo de actividad publicitaria o marketing

¿Qué tipo de actividades publicitarias o de marketing realiza su despacho?
(Con posibilidad de referencia múltiple)



La segunda pregunta tenía el objetivo de averiguar qué tipos de actividades de publicidad o marketing son las más populares en el campo de la abogacía. Como vemos arriba, con un 70,73% destacan las conferencias, seguidas por los artículos profesionales (58,54%) y los seminarios

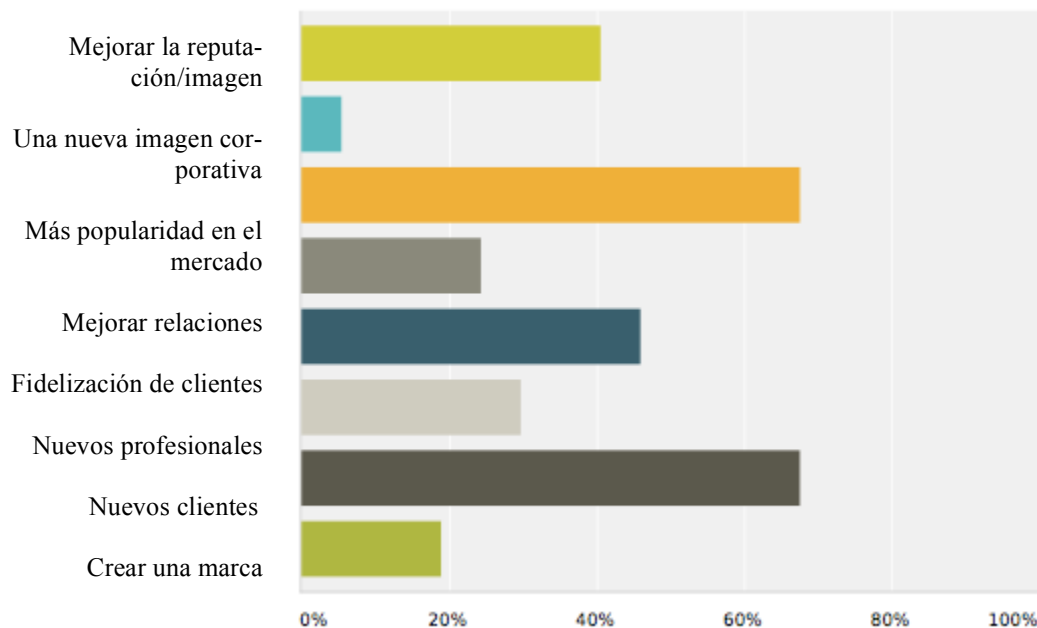
(48,78%). Podemos observar un desarrollo muy interesante en la cuarta posición de las actividades más desempeñadas son las redes sociales. Casi la mitad de los despachos de todos los tamaños hacen uso de las redes sociales. Si lo comparamos por tamaño, destaca que es una herramienta de los medianos y pequeños despachos. De los despachos grandes, es decir, con 30 y más abogados, ni la mitad desarrolla actividades en las redes sociales. Si analizamos las respuestas según el tamaño del los despachos (31 hasta 150 y más abogados; equivale a 11 despachos encuestados) se nos presenta una imagen diferente. De estos despachos, el 100% desarrolla conferencias, organiza seminarios y publica artículos profesionales. Las circulares y eventos para clientes son medidas aplicadas por el 91% de este grupo. Otra medida muy popular entre estos despachos son las campañas de imagen (73 %) y la presentación en ferias profesionales (73%) seguido por los *pitches*⁵⁷⁷, el *sponsoring* y proyectos de responsabilidad social (todos aprox.un 64 %).

cc) Objetivos principales

Con la siguiente pregunta queríamos saber por qué los despachos hacen uso del marketing o de la publicidad.

¿Cuál es el motivo principal de sus proyectos de comunicación?

(Con posibilidad de referencia múltiple)



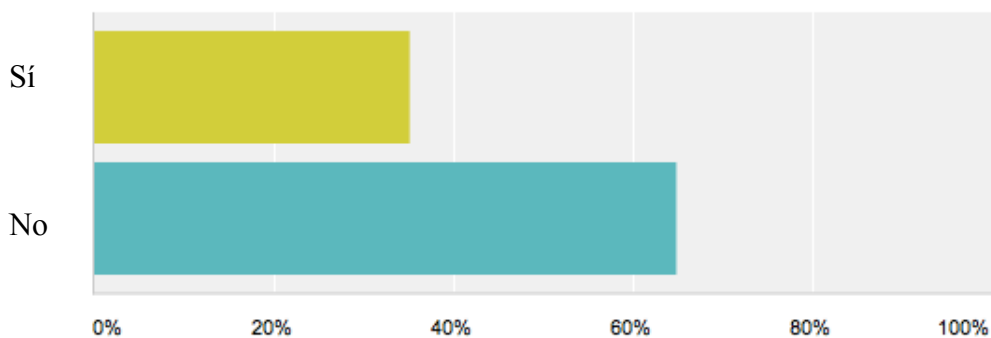
⁵⁷⁷*Pitches* = Presentaciones competenciales de diferentes despachos de abogados ante un mandato distinto.

El resultado de la encuesta es que el motivo principal de todas las medidas de marketing/publicidad, como podíamos preveer, es conseguir nuevos clientes y más popularidad en el mercado. El tercer objetivo es la fidelización de los clientes. Esto va en la misma dirección, porque solamente ganar nuevos clientes no vale para nada si, por el otro lado, los antiguos no vuelven a la consulta. El crear una nueva imagen o una marca corporativa parece un objetivo relativamente poco importante.

En el grupo de los despachos grandes (31 hasta 150 y más abogados) la imagen no difiere tanto como en la cuestión anterior. Sin embargo, destaca que en este grupo el motivo principal de mejorar la imagen es significativamente más alto (63,64%). También la popularidad en el mercado tiene más importancia (82 %). Finalmente, destaca que, entre los despachos grandes, el objetivo de la adquisición de nuevos profesionales es mucho más alto (73 %) que en la encuesta global. Si lo comparamos con el grupo de los despachos pequeños y medianos (1 hasta 30 abogados), la adquisición de personal nuevo solamente tiene importancia para el 11,5% de los despachos. Si limitamos la encuesta al tamaño de 1 hasta 10 abogados, para ningún despacho la adquisición de nuevo personal ha sido un motivo de la comunicación del despacho.

dd) Reparos contra la publicidad

¿Hay abogados en su sociedad que tienen reparos contra la publicidad de los servicios jurídicos?



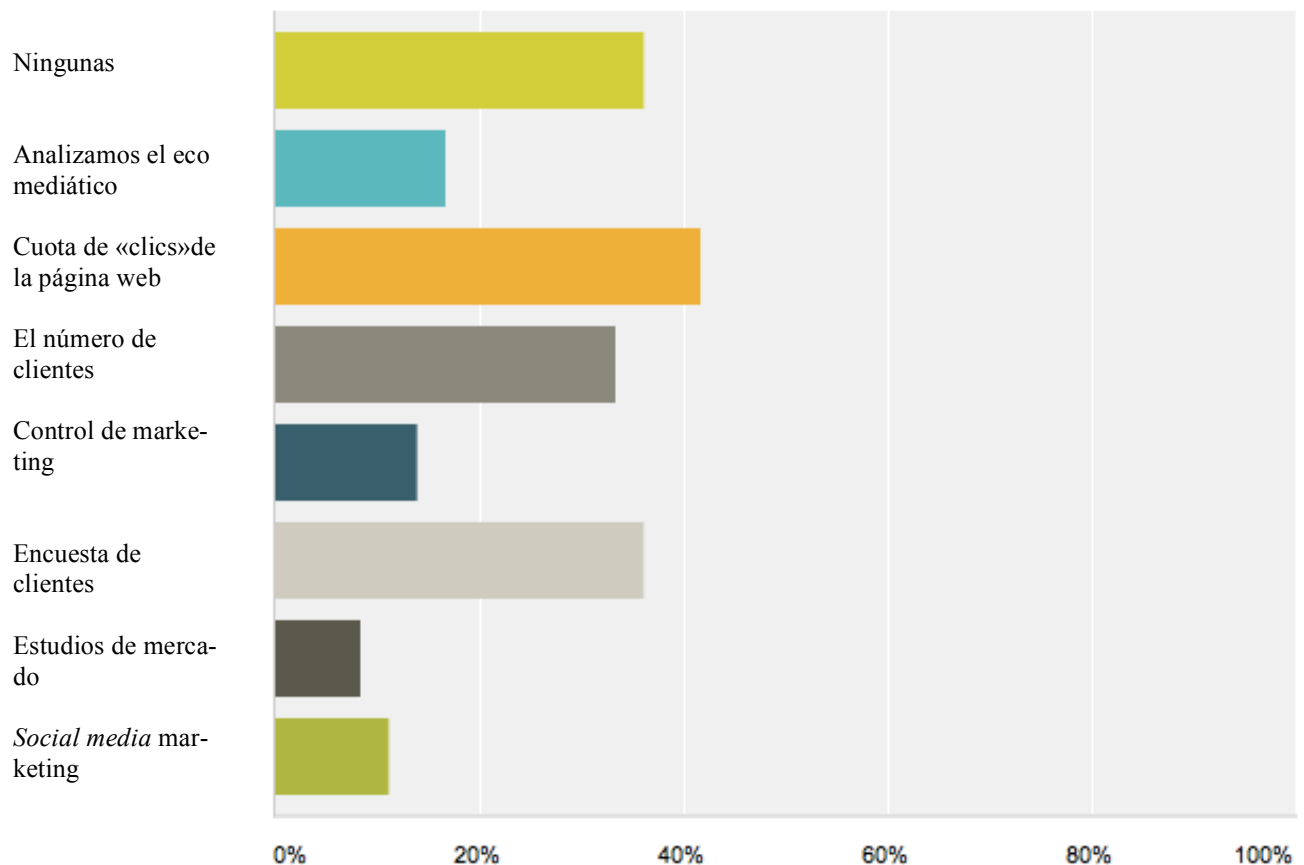
Como vemos arriba en el gráfico, una parte de los abogados tiene todavía reparos contra la publicidad jurídica, aunque la mayoría de abogados ya no lo ve como algo negativo. Parece que la

abogacía sí ha entendido que la publicidad hoy en día es una medida necesaria para poder tener éxito en el mercado jurídico. Sin embargo, parece que sigue existiendo una cierta antipatía contra la publicidad. Lo que más destaca de este resultado es que aquí no hay diferencia en el resultado dependiendo del tamaño de los despachos de abogados. En el grupo de los despachos grandes (31 hasta 150 y más abogados) encontramos casi exactamente las mismas relaciones entre los abogados en la sociedad que tienen reparos contra la publicidad y los que no los tienen, como en el grupo de los despachos pequeños y medianos (1 hasta 30 abogados):

- Despachos grandes: 36 % = Sí / 64 % = No
- Despachos peq. y med.: 35% = Sí / 65 % = No

ee) Herramientas

¿Qué herramientas aplica su despacho para medir la eficiencia de la comunicación corporativa? (Con posibilidad de referencia múltiple)



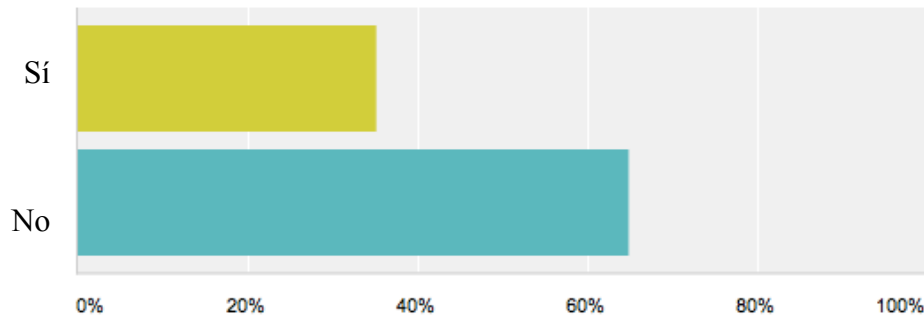
Acercas de las herramientas aplicadas para medir la efectividad del marketing, destaca que la mayoría de los despachos sí las utilizan. Solamente el 36,11% de los despachos no hacen uso de esas herramientas. Los demás han respondido en el promedio a casi dos respuestas. Por lo tanto, vemos que los despachos que miden el éxito de sus medidas de comunicación lo suelen hacer a través de varias vías. Las herramientas más populares son la cuota de los «clics» de la página web, la encuesta de clientes y (lo más fácil de analizar), desde luego, el número de nuevos clientes. Sin embargo, extraña que generalmente un 38 % no mide la efectividad de la comunicación y que muy pocos despachos hayan instalado un control de marketing (14%).

Más sorprendente todavía es que también solamente el 45,5% de los despachos grandes (de 31 hasta 150 abogados y más) han instalado un control de marketing. En general, en las empresas el control del marketing es una herramienta muy importante para poder probar la efectividad de las medidas de marketing tomadas. Por eso, un sistema de control de marketing constituye una pieza fundamental en un concepto de marketing para poder determinar si el dinero invertido ha tenido el efecto adecuado en el resultado comercial. En los despachos pequeños un sistema de control de marketing a lo mejor no tiene tanta importancia, ya que el dinero invertido también es relativamente pequeño y el esfuerzo para instalar un sistema, relativamente grande. En los despachos grandes, sin embargo, parece un sistema fundamental para poder evaluar las medidas tomadas. Si comparamos los resultados del estudio general con los resultados del grupo de despachos grandes destaca que en total se aplican bastante más las herramientas para medir la eficiencia de la comunicación. Especialmente sobresale la cuota de «clics» en la página web que analizan el 80% de los despachos grandes, comparado con el 41% del resultado general. Este resultado sorprende en cierta manera, ya que la cuota de «clics» es un indicador que se puede medir muy fácilmente y sin inversiones. Por lo tanto, hubiésemos supuesto que justo este indicador sería usado especialmente por los despachos pequeños.

ff) Planeamiento de publicidad

Nos preguntábamos si los despachos de abogados planean sus medidas publicitarias una vez al año, similar a como se hace, por ejemplo, en las compañías del sector de prestación de servicios o productos industriales.

¿Se realiza un planeamiento anual de publicidad/marketing en su bufete?



Según las cifras de la encuesta parece que la mayoría de los despachos no lo planean anualmente. Menos de dos tercios planean sus gastos publicitarios anualmente. En el grupo de los despachos grandes (31 hasta 150 y más abogados), el 91% de los encuestados sí planea sus gastos publicitarios anualmente. Todavía se vuelve más evidente, si lo comparamos con el grupo de despachos pequeños y medianos (1 hasta 30 abogados), donde el 84% de los despachos no planea su publicidad anualmente. Aquí vemos, evidentemente, que en los grandes despachos nos encontramos con un grado de profesionalización en el sector publicitario mucho más alto que en los despachos medianos y pequeños.

gg) Inversión en el marketing/publicidad

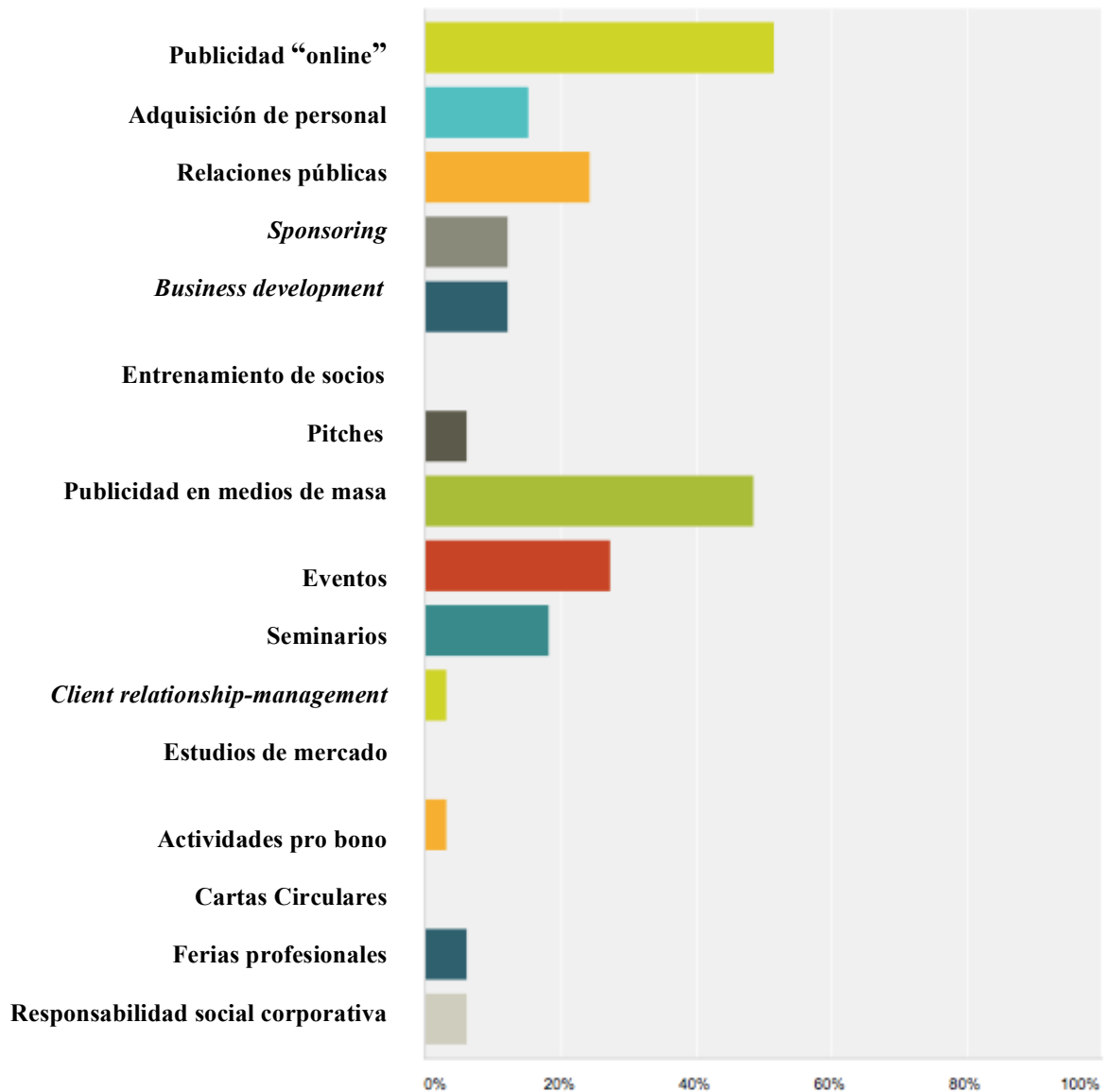
¿Qué tanto por ciento de su cifra de negocio invierte usted en medidas publicitarias?

1-3%	4-6%	7-9%	10-12%	13-15%	k. A.
45,45%	18,18%	3,03%	0%	0%	33,33%
15	6	1	0	0	11

k.A. = keine Angabe/no indicado

La cuestión sobre el volumen de euros invertido en publicidad orientado a la cifra de negocios ha sido la pregunta menos respondida por los encuestados. De los encuestados, 8 de ellos han saltado la pregunta, 11 han respondido que no querían responderla y solamente 22 la han respondido. De los que han respondido a la pregunta, la mayoría ha indicado que invierten del 1 al 3% del volumen de ventas a la publicidad o el marketing. Ni la mitad de los despachos invierte el 18% y únicamente un despacho invierte del 7 al 9% de su volumen de ventas en la publicidad o el marketing.

hh) Tipos de medidas de marketing

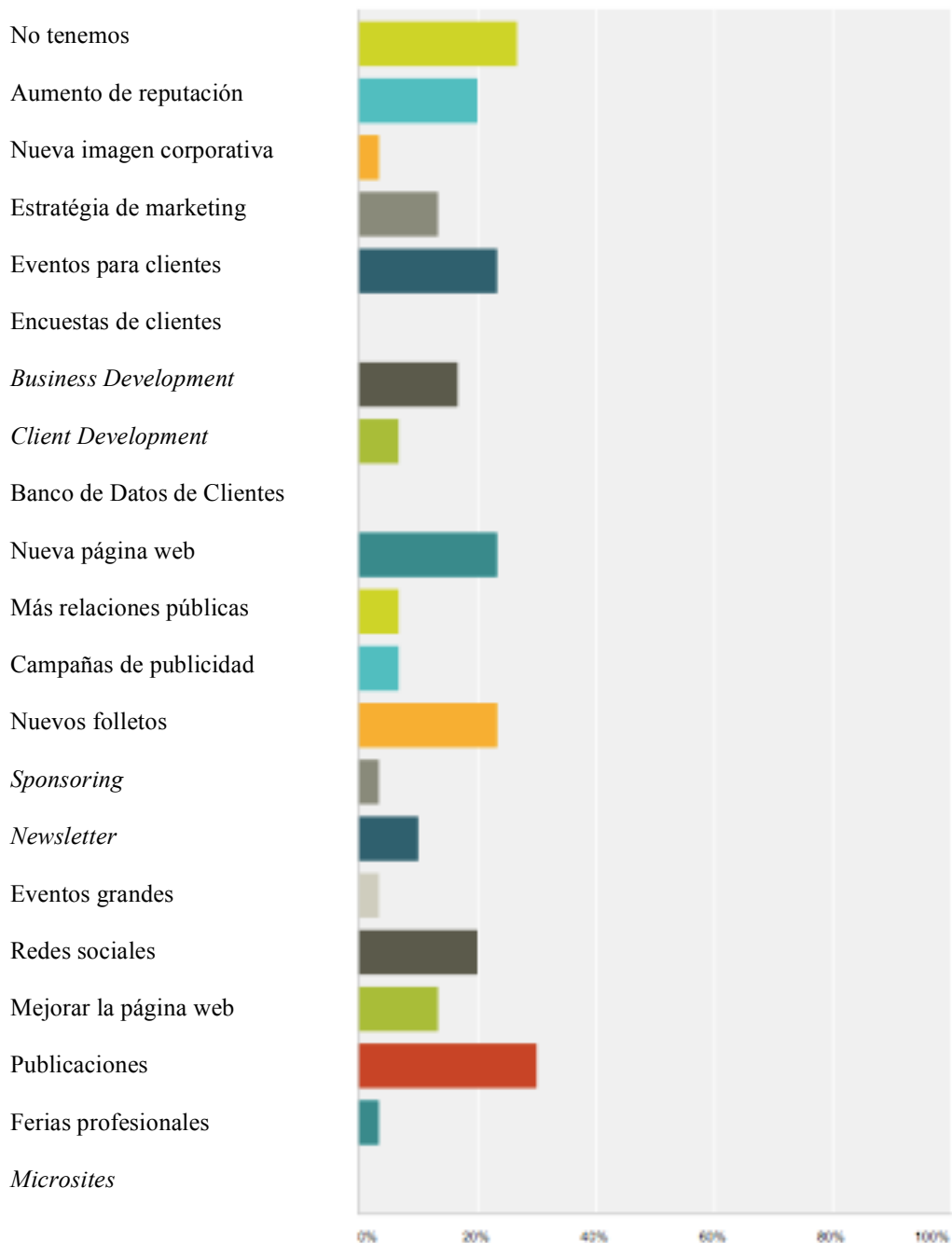


En los tipos de medidas de marketing usadas por los despachos de abogados, destacan la publicidad "online" y la publicidad en medios de masas. Lo interesante es que, obviamente (por lo menos en los encuestados), la publicidad "online" ha superado a la publicidad de medios de masas (lo que llamábamos publicidad "clásica"). Comparado con los despachos grandes (31 hasta 150 abogados y más) resulta que las relaciones públicas tienen mucha más importancia para los despachos grandes. En este grupo el 67% ha indicado que las relaciones públicas serían los gastos del ámbito del marketing/publicidad donde más se ha invertido, cuando para la muestra en total so-

lamente un poco más del 20% lo indicó. Otra diferencia notable es que los despachos grandes gastan mucho en el ámbito de la publicidad para conseguir personal, cuando los pequeños y medianos no lo tienen como gasto importante.

ii) Proyectos de marketing más importantes

¿Cuál es su proyecto de comunicación más importante? (Con posibilidad de referencia múltiple)



A la pregunta de cuál sería el proyecto de marketing más importante, la mayoría de los encuestados aludieron a las publicaciones de artículos profesionales. Esta herramienta de marketing es, podemos decir, una de las herramientas de comunicación más clásicas. Según los resultados, para los despachos las publicaciones tienen una alta importancia. Bajo el punto de vista económico no sorprende, ya que las publicaciones cuestan relativamente poco o son totalmente gratis. Casi todos los otros tipos de proyectos requieren una inversión bastante más alta. Sin embargo, es posible que muchos despachos no hayan calculado todos los costes de una publicación, porque una publicación requiere mucho tiempo de preparación por parte de un abogado. Si calculamos el tiempo necesario para la preparación, la publicación no sale tan barata como a lo mejor parece. No obstante, tenemos que constatar que los artículos profesionales sí son aptos para mejorar la imagen/reputación de un bufete y si se publican en revistas profesionales también disponen de mucha precisión en el sentido de llegar al grupo destinatario.

Si comparamos los resultados de la encuesta en total con el resultado de la encuesta limitada al grupo de despachos grandes (31 hasta 150 y más abogados), vemos una imagen muy dispersa y, por lo tanto, poco generalizable:

Las publicaciones no son de los proyectos más importantes y cuentan con sólo el 22% de los encuestados. Lo que destaca un poco son los proyectos de marketing para mejorar la reputación/imagen (33%), proyectos de *Business Development* (33%) y proyectos para mejorar los folletos del bufete (33%). Tras estos proyectos calificados como los más importantes, nos encontramos con proyectos sobre la estrategia de marketing, eventos para clientes, la ampliación de las relaciones públicas, redes sociales y la mejora de la página web (cada punto con un 22%).

Podemos resumir, en relación con esta pregunta, que los despachos encuestados tienen todos proyectos importantes muy diversos. No se puede ver una dirección nueva perseguida por una mayoría de despachos.

f) Conclusión sobre el estudio empírico en Alemania

El estudio revela una fuerte tendencia a la profesionalización en los despachos de abogados grandes en comparación con el tema de marketing/publicidad. En los despachos pequeños y medianos se puede apreciar que en la mayoría todavía no hay un trato profesional sobre este tema, aunque

en su conjunto sí se hace uso de un cierto repertorio de medidas. Esto se debe a la circunstancia de que un gran número de grandes despachos tienen su propio departamento de marketing. A pesar de esta profesionalización, podemos constatar que el porcentaje de abogados que tienen reparos contra la publicidad es casi igual (aprox. 35%) en todos los despachos, independientemente de su tamaño. Lo que sorprende es que, todavía, un poco más de un tercio de los abogados no esté conforme o, por lo menos, vea de una manera crítica la publicidad jurídica. Otro hecho que no sorprende demasiado es la popularidad del uso de los medios relativamente clásicos, como conferencias, publicaciones de artículos profesionales y seminarios. No obstante, podemos constatar que los medios sociales han ganado mucha popularidad en el ámbito de la publicidad jurídica. Habría que esperar a que las redes sociales fuesen más populares entre los pequeños despachos que entre los grandes, porque los costes del uso de dichas redes es relativamente bajo. De la encuesta resultó que el 48% de los despachos con 1 a 10 abogados usan estas redes sociales como herramienta publicitaria. Entre las grandes firmas (a partir de 51 abogados) sólo lo usan el 33%, igual que entre los medianos (de 11 a 50 abogados).

La popularidad entre los despachos pequeños resulta supuestamente de la ausencia de costes o relativamente pocos costes de estos medios en relación a su poder de difusión mediática. Otro resultado interesante es que los despachos pequeños y medianos casi no invierten en medios de publicidad o marketing para conseguir personal. Esto es, más que nada, por el tamaño y las exigencias de un ámbito que pertenece casi exclusivamente a las firmas de abogados grandes. Como excepciones encontramos despachos muy especializados y exclusivos, tipo “boutique”⁵⁷⁸.

Aparte, el estudio revela un hecho previsible: el objetivo principal de la publicidad sería la adquisición de nuevos clientes y la popularidad en el mercado. Ambos objetivos van en la misma dirección y sirven para el necesario éxito financiero de los despachos. En este contexto, sin embargo, parece raro que el objetivo de mejorar la reputación e imagen no tenga la misma importancia. Esto se explica, porque distintos despachos entrevistados en este estudio se consideran los mejores del mercado y, por lo tanto, no tienen que mejorar su reputación.

⁵⁷⁸ La boutique *law firms* se diferencia de los bufetes de abogados en la naturaleza y número de áreas del derecho en las que prestan sus servicios; mientras que estas últimas abarcan campos variados del derecho y, de forma bastante general, la primera sólo presta servicios legales en una o muy pocas especialidades del derecho. Las boutiques *law-firms* normalmente se caracterizan por estas tres cualidades: tamaño pequeño, fuerte especialización y el compromiso de permanecer un despacho de pocos abogados.

2. Informe sobre el Marketing Jurídico 2012 de Lawyerpress^{®579}

a) Estudio

La consultora y editorial Lawyerpress[®] realizó una encuesta sobre la coyuntura del marketing jurídico en los despachos de abogados con sede en España por tercer año consecutivo.

El estudio se basa en las respuestas de 24 despachos de todos los tamaños y toda la geografía española. Según Lawyerpress[®], la muestra permite presentar los resultados con mayor profundidad y un mínimo error estadístico.

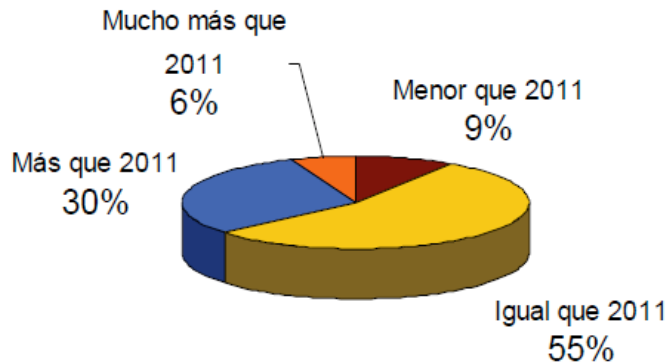
A la pregunta de si ha aumentado la competitividad en el mercado español, la gran mayoría de los despachos han contestado que sí.



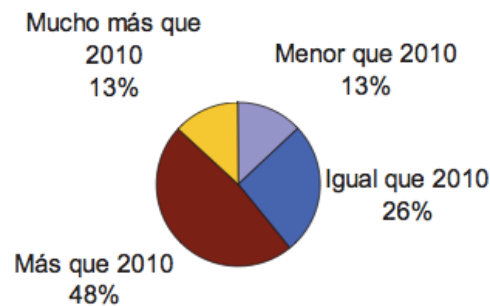
Según los resultados de este estudio se ve que, a pesar de la gran presión en el mercado, la mitad de los despachos no ha incrementado su inversión en marketing. Según los autores, comparado con el año anterior, se puede constatar un estancamiento de la inversión realizada con variaciones no muy pronunciadas, pero con una clara tendencia hacia el mantenimiento del esfuerzo realizado.

⁵⁷⁹ Informe sobre el Marketing Jurídico en España 2012, publicado por www.lawyerpress.com; enlace directo: http://www.lawyerpress.com/news/2012_07/INFORME%20MARKETING%20JURIDICO%202012.pdf (enlace comprobado el 4.06.2013).

Las inversiones en 2011 en marketing de su despacho han sido

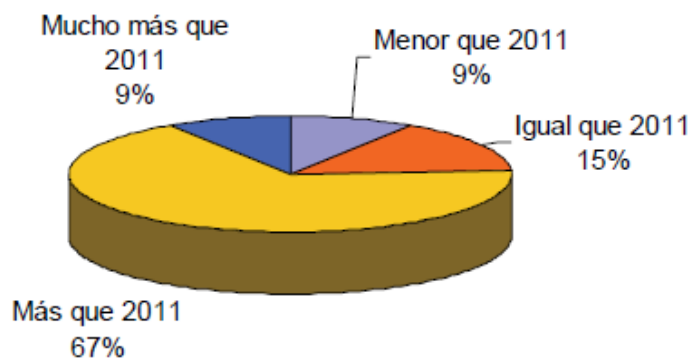


Resultado del estudio 2011:

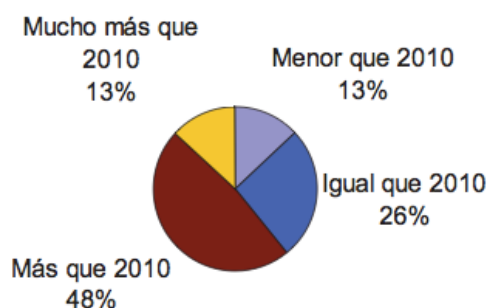


Según el estudio, la mayoría de los despachos (76%) han incrementado su actividad de marketing a pesar del mantenimiento de inversiones. Los autores concluyen que, entonces, habrá crecido la carga de trabajo y la presión sobre los responsables de promoción de un año a otro. Otra posibilidad –en mi opinión– es que los responsables de la promoción habrán usado más canales que no necesariamente estén asociados a más costes. Por ejemplo, una actividad elevada en la red.

En cuanto a actividades de marketing, su despacho ha realizado



Resultado del estudio 2011:



En cuestión de herramientas de marketing vemos que todavía predominan los contactos directos con un 67%, seguido por la comunicación en medios, utilizada por dos tercios de los bufetes encuestados.

Lawyerpress constata que la organización de seminarios y desayunos de trabajo sigue aumentando y que sólo un 15% utiliza toda la gama de herramientas. Según Lawyerpress sigue creciendo el peso del valor dado a los seminarios y desayunos.

Según los resultados de la encuesta destaca la utilización de *Newsletters* y la utilidad de desayunos de trabajo.

	utilización	captación nuevos clientes	fideliación
Comunicación en Medios	63%	21%	18%
Seminarios	42%	30%	21%
Newsletter	45%	6%	15%
Desayunos de trabajo	45%	33%	33%
Contactos directos	67%	73%	58%

A la cuestión de la importancia del marketing jurídico ha contestado sólo el 3% que sería poco importante. La mayoría lo ve importante, o por lo menos necesario, y el 12% lo considera muy importante.

¿Cómo se considera el departamento de marketing dentro del bufete?

Muy importante	12%
Importante	45%
Necesario	40%
Poco importante	3%

En el informe de Layerpress del año 2011 vimos una creciente profesionalización del marketing jurídico. Lawyerpress® manifestaba, entonces, que, en casi la mitad de los despachos, el director de marketing controlaba el presupuesto dedicado a la promoción. Sólo el 22% de los despachos encomienda la labor al socio-director, mientras otro socio (19%) o el director de Comunicación (11%) son los responsables del presupuesto del departamento.

En su informe del año 2012 los encuestados respondieron lo siguiente:

El responsable del presupuesto de marketing en su bufete es el

Socio-director (<i>Managing Partner</i>)	48%
Socio	12%
Director de Marketing	36%
Director de Comunicación	15%

Según el informe de 2012 el papel del socio-director ha ganado importancia en cuestión de poder decisivo, mientras que el director de marketing la ha perdido. Este resultado no me parece muy fiable, ya que es posible que los despachos encuestados para el informe del año 2012 hayan sido bastante menos y quizás participaron menos despachos que tienen el puesto del director de Comunicación, ya que este puesto normalmente se encuentra sólo en despachos de gran tamaño.

Sin embargo, Lawyerpress manifiesta que un tercio de los encuestados ha dado cifras sobre su presupuesto de marketing en los despachos. Según estos datos Lawyerpress concluye que se puede dibujar el siguiente retrato robot de los departamentos de marketing en los despachos:

- Dirigidos por un socio del despacho.
- Con un director de marketing o comunicación más una persona de apoyo.
- Con un presupuesto medio de 30.000 euros.

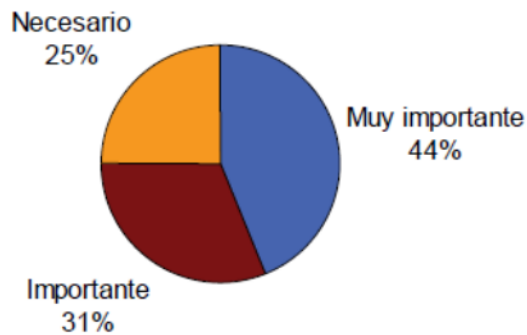
Al igual que, a pesar de la actual crisis económica, sigue creciendo el interés en el marketing en general, el estudio nos revela que los directorios se hacen cada vez más importantes.

En que directorios internacionales han invertido

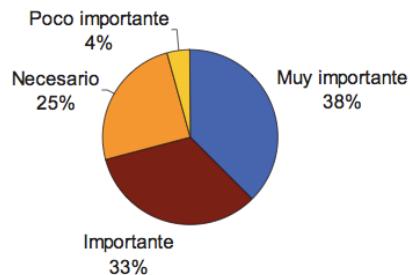
Chambers	61%
Legal 500	64%
IFLR	9%
Martindale	9%
otro	15%

Los directorios más importantes con mucha diferencia son Legal 500 y Chambers. Según estos informes, parece que los despachos van reconociendo poco a poco la importancia de la comunicación digital.

¿Qué importancia concede su bufete a la comunicación a través de su web?



Informe de 2011:



Cuando en el año 2011 el 33% de los encuestados calificaba la comunicación a través de su web como medida importante, un año después la valoración ha incrementado a un 44% (2012) y a su vez ya no hay despachos que vean la comunicación a través de la web como algo poco importante.

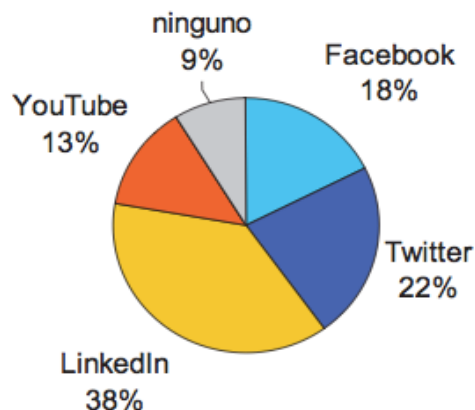
La misma evolución podemos observar en el campo de las redes sociales.

Mientras que en el informe de 2011 el uso de las redes sociales parecía todavía altamente deficiente, en el estudio de 2012 los despachos han indicado que casi la mitad de los encuestados hacen uso de Facebook, más de la mitad de Twitter y la gran mayoría de LinkedIn.

¿En qué redes sociales tiene presencia su despacho?

	presencia	la más útil
Facebook	45%	6%
Twitter	67%	39%
LinkedIn	82%	67%
YouTube	21%	3%
Otros	6%	
ninguno	15%	

Estudio de 2011 :



Otro aspecto interesante que salió del estudio de Lawyerpress del año 2011 es que, entonces, solo un 9% de los despachos encuestados delegaron la responsabilidad de su comunicación a través de las redes sociales a un “Community-Manager”. Según Lawyerpress, la mayoría de los despachos

había encargado la tarea de gestión de sus perfiles al Departamento de Comunicación (73%), mientras un 18% no tiene definido quién se comunica a nivel 2.0 con los clientes y los mercados.

b) Conclusión

El marketing jurídico sigue ganando puntos tanto en aceptación como en implantación en los bufetes españoles. Su profesionalización en los últimos años y el número de personal dedicado a estas tareas ha incrementado notablemente.

Las herramientas utilizadas en la promoción de los despachos siguen siendo muy clásicas con un “sobrepeso” de los contactos personales. La importancia de comunicarse con los clientes a través de los medios sigue creciendo, mientras otras herramientas pierden algo de relevancia. La comunicación 2.0 llega también a la abogacía española aunque con cierto retraso, ya que no existen grandes ejemplos en el uso de las redes sociales. Sin embargo, parece que la asignatura de la comunicación a través de una web corporativa se ha aprobado de forma satisfactoria. El desarrollo de instrumentos de valoración y evaluación de los resultados sigue siendo muy deficitario y quizás más complicado que en otras áreas de los servicios profesionales.

Sin embargo, se puede constatar un notable avance del marketing jurídico, tanto dentro de los despachos como en el mundo académico y de formación. Este hecho nos llena de esperanza sobre la evolución de tan necesaria como interesante disciplina.

3. Digresión: Estudio sobre la aplicación de la publicidad legal en América Latina

a) Análisis

La base del siguiente análisis es un estudio empírico que se ha realizado en Sudamérica por Antonio Gonçalves y Silvia Hodges⁵⁸⁰.

El estudio se realizó entre las empresas de más reputación en Sudamérica, identificadas a través de rankings o estudios sobre el tema.

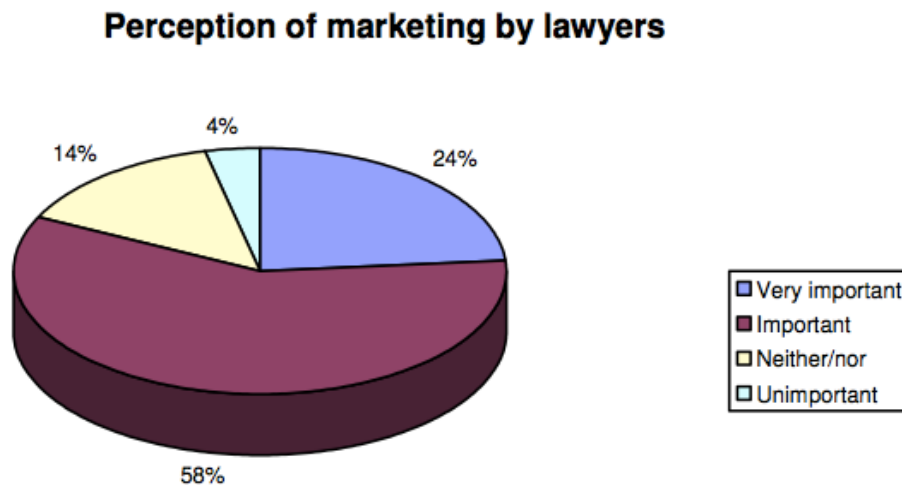
⁵⁸⁰*The State of Legal Marketing in Latin America*, publicado por Legal Marketing Association 2007.

En total, de los 388 despachos escogidos (*law firms*), 86 respondieron al sondeo. Esto iguala a una prorrata del 22% de participación. Un tercio de las empresas que han participadas tienen 50 o más abogados contratados y un poco menos de dos tercios tenían entre 10 y 49 abogados.

Según Gonçalves/Hodges, en América Latina hay una tendencia al incremento de tamaño en las empresas de abogados, aunque todavía no han llegado al nivel estadounidense. De las empresas que han respondido, el 59% de los responsables del marketing son abogados y la mayoría de ellos asociados a la firma respectiva.

Gonçalves/Hodges señalan que el fenómeno del marketing en Sudamérica es un fenómeno bastante reciente. La mayoría de las empresas empezaron hace más o menos 10 años.

A la mayoría de las empresas de abogados en América Latina el concepto del marketing les parece importante.



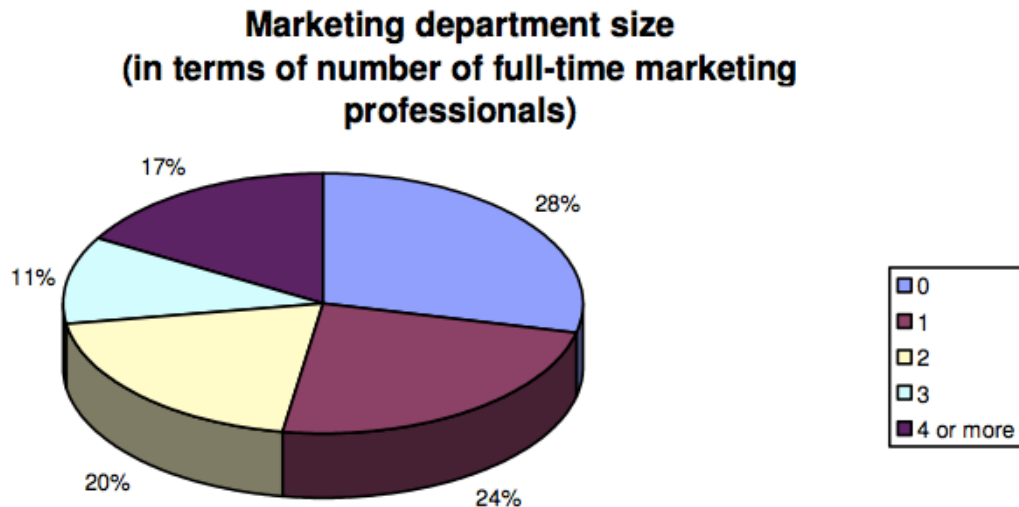
Fuente: Gonçalves/Hodges.

Solamente el 4% de los abogados pensaron que el marketing jurídico no es importante.

Los departamentos de marketing son generalistas e incluyen actividades de comunicación, relaciones públicas y desarrollo de negocio⁵⁸¹.

⁵⁸¹ Gonçalves/Hodges, *The State of Legal Marketing in Latin America*, pág. 8.

El tamaño del departamento es relativamente pequeño. Solo el 20% no tienen un especialista de marketing a jornada completa. El resto de las firmas tiene una persona o más trabajando solamente en el marketing. Pero la mayoría de los despachos tiene sólo entre 1 y 2 especialistas en marketing (véase el gráfico abajo).



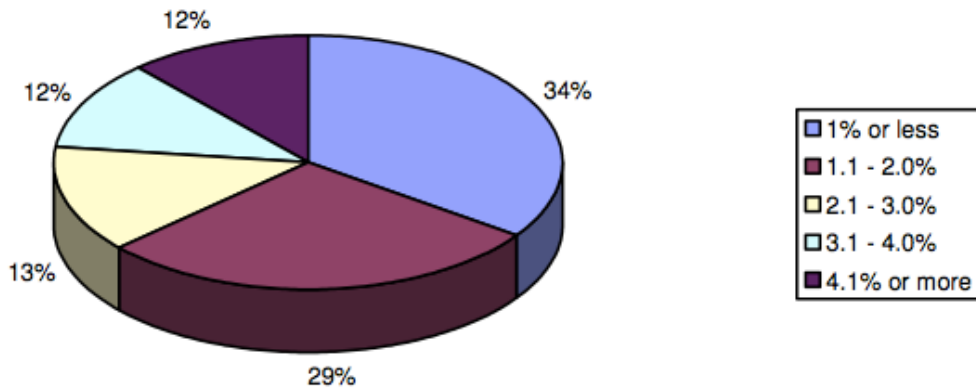
Fuente: Gonçalves/Hodges.

La mayoría de los despachos se comprometen a hacer un plan estratégico para el marketing (56%) y el 62% de las empresas disponen de un presupuesto para los gastos asociados con el marketing⁵⁸².

En promedio, las empresas gastan menos del 2% de las ganancias en marketing (excluidos los costes para el personal).

⁵⁸² Gonçalves/Hodges, *The State of Legal Marketing in Latin America*, pág. 9.

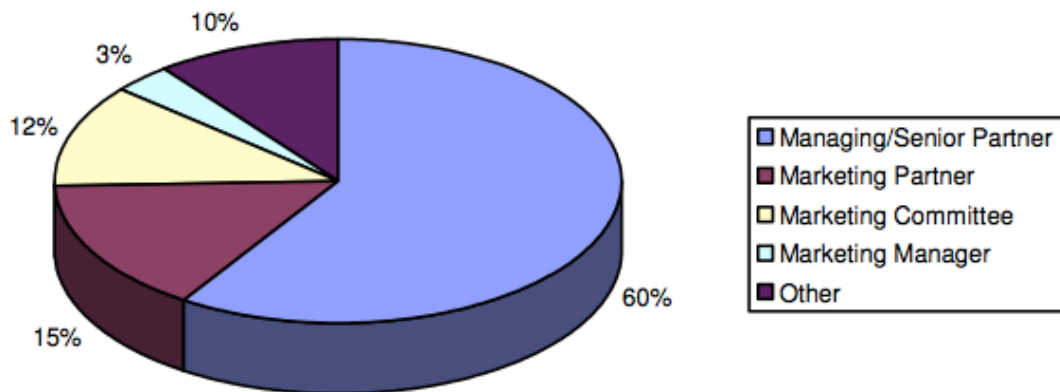
Annual marketing budget in relation to firm's annual revenue



Fuente: Gonçalves/Hodges.

Las decisiones sobre las actividades del marketing están predominantemente en manos de los abogados. Típicamente, el *Managing/Senior Partner* toma las decisiones en relación al plan de marketing y el presupuesto.

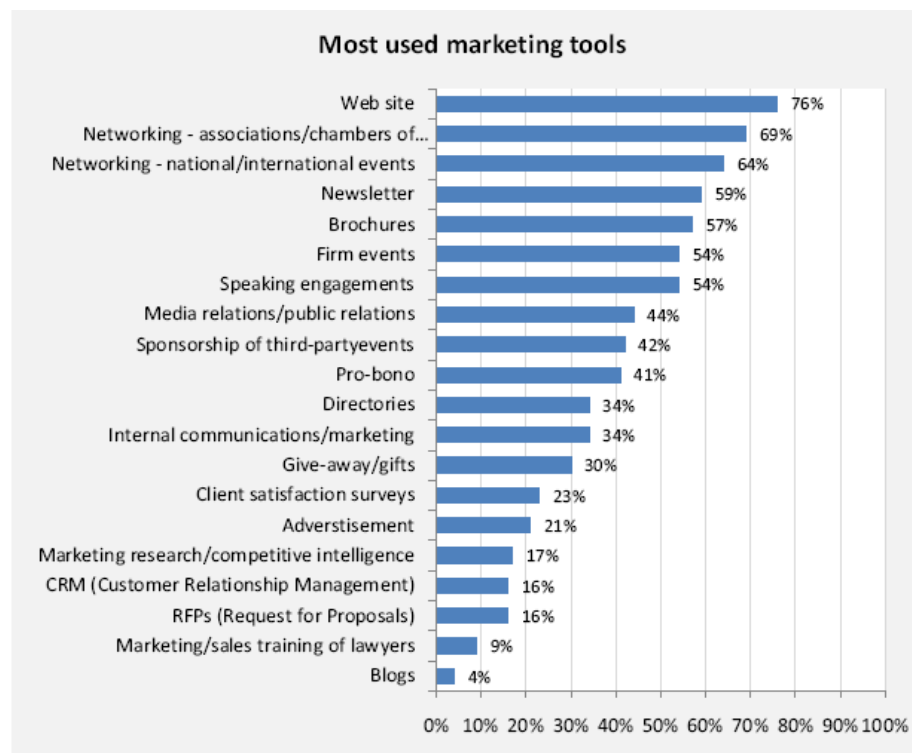
Decision making regarding marketing plan and budget



Fuente: Gonçalves/Hodges.

Más de la mitad de las empresas que han respondido al sondeo convalidan el tiempo que un abogado dedica al marketing a través de una remuneración, sin embargo, un 38% de las empresas del sondeo no recompensan los esfuerzos que un abogado ha invertido en el marketing⁵⁸³.

A pesar de que la cuantificación de los esfuerzos del marketing es una práctica bastante común, la mayoría de los despachos no mide la efectividad de sus actividades del marketing. Solamente el 33% de los entrevistados informan de que miden la efectividad. Las herramientas más populares para el marketing son⁵⁸⁴: el *networking* (redes sociales) con asociaciones profesionales, como cámaras de comercio (69%) o eventos nacionales/internacionales (64%), organizar eventos como seminarios o cenas (54%) y abogados que participan en conferencias. Aparte, las empresas realizan actividades con los medios y relaciones públicas (44%), patrocinan eventos de terceros (42%) y ofrecen actividades de interés común o benéficas (41%). Lo que destaca, como herramienta de marketing, es el uso de páginas web, aunque hoy en día habría que diferenciar entre páginas solamente descriptivas y páginas con un valor añadido.



Fuente: Gonçalves/Hodges.

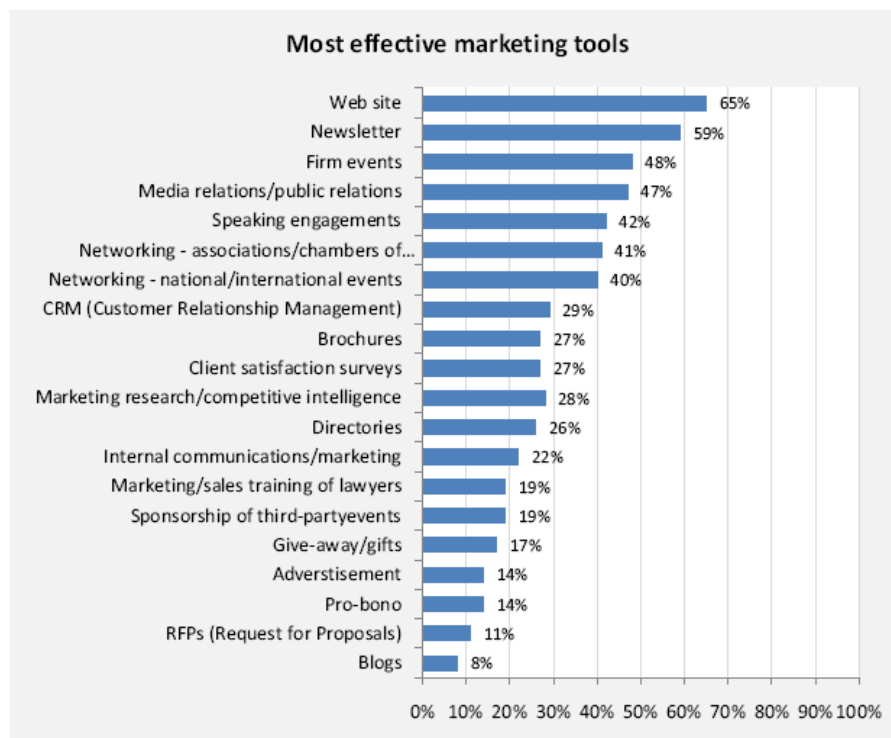
⁵⁸³ Gonçalves/Hodges, *The State of Legal Marketing in Latin America*, pág. 14.

⁵⁸⁴ Véase: Gonçalves/Hodges, *The State of Legal Marketing in Latin America*, pág. 16.

Comparado con el alto índice del uso de páginas web, sólo el 4% de los despachos usan blogs. Esta cifra es sorprendentemente pequeña, ya que los blogs pueden contribuir a la difusión de información de una manera sencilla.

Interesante parece, también, la opinión de los responsables hacia la efectividad de las medidas. De todas las herramientas, la página web está citada como instrumento más efectivo (65%), seguido por prensa (59%), eventos empresariales (48%) y relaciones con los medios/relaciones públicas (47%).

Menos de la mitad (44%) de las empresas que respondieron al sondeo contratan externos para la realización de actividades de marketing, o contratan consultores.⁵⁸⁵ Referente a este tema, las relaciones con los medios son el número uno de las actividades de contratación externa, seguidas por el diseño de material de impreso y páginas web⁵⁸⁶.

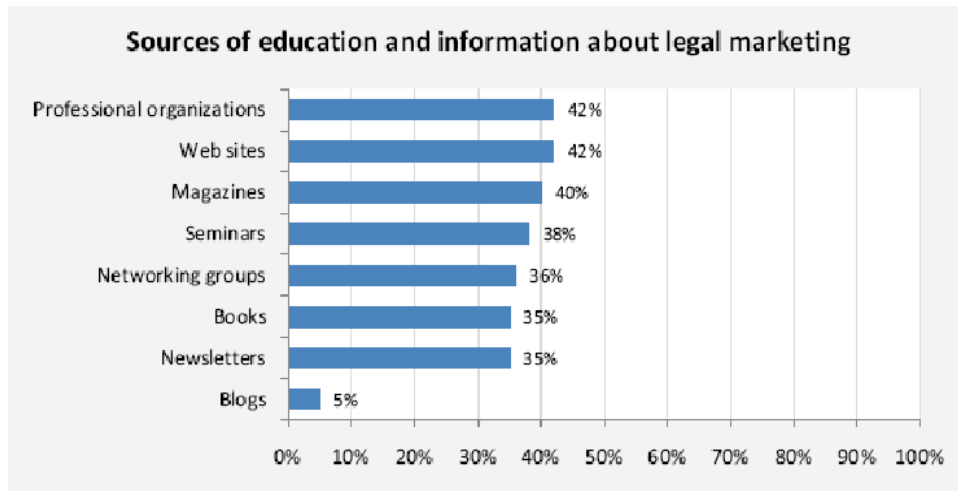


Fuente: Gonçalves/Hodges.

⁵⁸⁵ Gonçalves/Hodges, *The State of Legal Marketing in Latin America*, pág. 19.

⁵⁸⁶ Gonçalves/Hodges, *The State of Legal Marketing in Latin America*, pág. 19.

Las firmas de abogados del estudio usan una amplia oferta de fuentes para la educación e información sobre el marketing legal. Lo más popular son organizaciones y páginas web (42%) seguido por revistas (40%), seminarios (38%) y grupos de redes sociales (36%) y periódicos y libros (35%).



Fuente: Gonçalves/Hodges.

b) Conclusión del estudio de América Latina

La situación del marketing jurídico nos muestra que este tema está ganando importancia en todo el mundo. La desregulación de los Códigos Deontológicos y los cambios que radican en el desarrollo del negocio y las innovaciones tecnológicas han creado mercados más competitivos, los cuales obligan a las firmas a encontrar nuevos caminos para competir. Ahora, como en todos los mercados competitivos, hay una conciencia, que el éxito profesional depende de gran medida de la orientación al cliente. La necesidad de competir de las empresas ha llevado a un número de firmas a usar prácticas de marketing activas para “cortejar” a posibles clientes.

Según este estudio, los abogados en Sudamérica seguían teniendo una fuerte aversión contra la publicidad. A la vez, para la mayoría de los abogados, el tema les parece importante. Todavía hay un gran número de empresas que no planean sus actividades de marketing de manera estratégica, aunque la mayoría de las firmas ya crea planes para coordinar las actividades estratégicamente.

Por lo tanto, podemos constatar que el marketing jurídico en América del Sur se lleva a cabo desde lo muy tentativo hacia lo relativamente sofisticado. Sin embargo, no hay que olvidar que, en algunos países del continente, los Códigos Deontológicos no permiten muchos instrumentos de

marketing y requieren el uso de otras herramientas, las cuales posiblemente no son tan efectivas. Igualmente, los clientes de los diferentes países están acostumbrados a distintas formas de marketing y a veces rechazan otras nuevas.

En total, parece ser que los bufetes de abogados en Sudamérica están bastante introducidos en el tema del marketing jurídico y hay mucha profesionalización. En comparación con EE. UU., tienen, no obstante, departamentos de marketing relativamente pequeños con actividades generalmente restringidas a la comunicación, las relaciones públicas y desarrollo de negocio. Teniendo en cuenta cuándo se realizó el estudio, suponemos que los despachos ya habrán llegado más o menos a un nivel similar que el de las firmas en EE. UU.

4. Conclusiones sobre los estudios empíricos

A través del propio estudio de esta investigación y los estudios citados se puede observar claramente una profesionalización del tema publicidad/marketing entre los grandes despachos, tanto del mercado alemán, como el español.

Debido a la diferente metodología de las encuestas, no disponemos de datos que nos permitan una comparación directa entre los resultados de los estudios mencionados. Sin embargo, vemos tendencias iguales en todos los sitios, hasta en Sudamérica. Una pregunta, por ejemplo, sí nos permite la comparación. Es la pregunta sobre la percepción de publicidad/marketing en los despachos. En Sudamérica y España a la mayoría de los abogados les parece un tema por lo menos importante o muy importante. En ambas encuestas, muy pocos encuestados respondieron que no les parecía un tema importante.

Igual, vemos la tendencia, tanto en Alemania como en España, en el tema de las redes sociales que se han vuelto una herramienta de publicidad/marketing fuerte. En el estudio que se realizó en Alemania podíamos constatar que el uso de esta herramienta es obviamente más interesante para los despachos pequeños que para los grandes, por el tema de los costes.

En total, podemos constatar que la importancia del marketing jurídico ha aumentado bastante en los últimos años y está aumentando todavía en España y Alemania. Los despachos grandes ya disponen de un nivel de alta profesionalización del tema en los países estudiados. Los despachos pequeños y medianos tienen todavía un camino por delante, aunque siendo realista, no podrán llegar nunca a un nivel tan profesional como los grandes por falta de recursos.

Aun así, los pequeños despachos deberían buscar las medidas de marketing apropiadas para su presupuesto, ya que no todas son muy costosas. Medidas que no cuestan mucho dinero, pero con un buen nivel de difusión, son por ejemplo las redes sociales o la publicación de artículos profesionales. Así también, medidas de marketing de poco coste pueden beneficiar significativamente al éxito profesional de un despacho de abogados. En el planeamiento de marketing se debe incluir una estrategia para dar un perfil al despacho. Sin este planeamiento todos los gastos y esfuerzos pueden ser en vano. Así que, para que el despacho sea rentable, es necesario identificar los campos jurídicos de actuación principal en los que el abogado tiene especial pericia.

Lo que se tiene que identificar es además el tipo de cliente ideal que se quiere explorar. Analizar los lugares ideales donde el bufete debería actuar. Todos estos factores analizados hay que implementarlos en el plan de marketing. Planeadas las medidas de marketing jurídico, en el caso óptimo dentro de un concepto de desarrollo de negocio, todas sus actividades de marketing podrán ser desarrolladas de modo integral y de forma productiva y –lo que es, al fin del cabo, lo más importante– rentable.

Las herramientas más efectivas no son fáciles de identificar, ya que parece que los despachos aplican una alta gama de medidas diferentes. Lo que sí destaca como tendencia –especialmente para los pequeños despachos– es la publicidad “online” y las redes sociales. Sin embargo, siguen siendo importantes las medidas de publicidad en medios de masas y las publicaciones. En España, parece que los contactos directos son un factor clave.

VI. Conclusiones finales

Las conclusiones obtenidas tras el desarrollo de la presente tesis son las siguientes:

(I) Bajo la actual normativa los despachos de abogados – tanto en España como en Alemania – disponen de un alto grado de libertad publicitaria. Ambos marcos legales se han liberalizado en los últimos años hasta llegar a un punto en el que ya existen pocos impedimentos publicitarios para los abogados. Muchas de las limitaciones restantes son, en la opinión del autor, elementos irrenunciables para asegurar la integridad de la profesión.

(II) Gracias a las actividades de la UE para la armonización legislativa europea, el contenido de los ordenamientos jurídicos alemán y español, en relación a la publicidad de los abogados, es esencialmente igual. Sin embargo, se basan en una configuración normativa individual y técnicamente diferente en muchas partes. La diferente configuración del mismo o por lo menos semejante contenido se debe a la técnica de armonización legislativa a través de directivas que requieren una trasposición en el derecho nacional.

(III) Los marcos disciplinarios tanto en Alemania como en España son sistemas divididos en leyes generales y leyes deontológicas o profesionales, lo que tiene como consecuencia una duplicidad normativa y sancionadora.

(IV) La autorregulación deontológica de la publicidad ha perdido mucha importancia, frente a una normativa publicitaria más y más liberalizada. Por lo tanto, han ganado protagonismo las leyes generales, es decir, las Leyes de Competencia Desleal.

Para el legislador, el abogado es, en mayor medida, un empresario y, por lo tanto, la publicidad jurídica se mide, aparte de las reglas deontológicas, por las leyes de competencia desleal. Ni el derecho profesional alemán ni el español son normativas completas acerca de la publicidad jurídica. Siempre hay que tener en cuenta las leyes generales sobre la competencia desleal y en el caso español de la publicidad. No obstante, los fines protectores de la regulación deontológica y de la competencia desleal son ampliamente idénticos.

En Alemania, por carencia de una Ley sobre la publicidad, todas las cuestiones publicitarias se miden solamente por la Ley de la Competencia Desleal alemana (UWG). En España podemos observar una tendencia hacia la misma valoración, ya que desde la última reforma legislativa la LP esta perdiendo importancia mientras, a la vez, la LCD la gana.

(V) Para los grandes despachos de abogados, la publicidad es solamente una parte de un concepto de marketing superior. Diferenciar entre el término publicidad y el término marketing para cada medida comunicativa de los despachos de abogados no es posible, ya que la publicidad puede ser parte del marketing y al revés. Sin embargo, bajo el término marketing se entiende en general una actividad que incluye un planeamiento estratégico para la aplicación de medidas publicitarias y comunicativas. El marketing también puede incluir actividades no publicitarias, empezando con la medición del efecto de las medidas aplicadas hasta la organización interna del despacho para mejorar la orientación al mandante/cliente, etc. Por lo tanto, el término describe mejor todas las actividades que desarrollan los despachos líderes de abogados.

(VI) El éxito profesional va en conjunto con la especialización jurídica del abogado:

Como hemos visto arriba en el estudio de *Hommerich y Kilian*, la especialización del abogado es uno de los factores técnicos más importantes en la elección del abogado por parte del cliente. Otros factores todavía más significativos que influyen en la elección del abogado por el cliente se refieren a la orientación del despacho hacia su cliente, es decir, a la calidad de la atención al cliente.

(VII) Una clave del éxito profesional en el campo de la abogacía es el marketing jurídico:

El resultado del estudio empírico que se llevó a cabo en Alemania es, que los despachos de abogados de gran éxito profesional aplican muchas medidas de marketing para “vender” sus servicios jurídicos. El marketing jurídico tiene para ellos tanto valor que han creado departamentos especializados que tratan de profesionalizar el marketing jurídico cada vez más. Podemos suponer también que el marketing es tan decisivo para algunos despachos de gran éxito que, por eso, evadían contestar a la pregunta sobre qué tanto por ciento de su cifra de negocio invierten en las medidas publicitarias.

Según los resultados de la encuesta realizada en Alemania podemos generalizar: cuanto más grande el despacho de abogados, más medidas de marketing desarrolla.

(VIII) Entre las medidas de marketing jurídico, se ha vuelto muy importante la aplicación de medidas de marketing online. La abogacía se ha dado cuenta de que hoy en día el Internet se ha transformado en un medio muy poderoso para llegar a los destinatarios. Especialmente, la página web es la nueva “tarjeta de presentación” de los despachos, porque para los posibles clientes la página web refleja la profesionalidad de la empresa/despacho. Por lo tanto, para muchos de ellos, la página web es una de las medidas más importantes de publicidad/marketing. Aparte de la página web, están ganando mucha importancia las redes sociales. En el ámbito jurídico, parece que son más bien las redes profesionales que las de ocio. Aquí se espera – muy probablemente – un crecimiento de actividad publicitaria de los despachos de abogados en los próximos años.

(IX) El estudio revela una fuerte tendencia de profesionalización en los despachos de abogados grandes en comparación con el tema de marketing/publicidad. En los despachos pequeños notamos todavía cierta carencia en medidas de marketing/publicidad, que se debe, tal vez, a la falta de conciencia sobre la importancia del marketing/publicidad para su profesión.

(X) En general, aumentan las inversiones en el marketing jurídico en España, aunque la economía del país se encuentre en plena crisis.

(XI) En España, se valoran muchísimo los contactos personales directos en el mercado jurídico. Los contactos directos siempre han sido un pilar fundamental para conseguir nuevos clientes en el mercado jurídico, porque la actividad del abogado depende en gran medida de la confianza de sus clientes. Para ellos es más sencillo depositar su confianza en un abogado al que pueden tratar en persona, que mediar con un completo desconocido. Sin embargo, aunque las dos encuestas no sean entre sí comparables, parece que, tal vez por cuestiones culturales, se valoran más los contactos directos en España que en Alemania. Para los clientes en Alemania, especialmente en el ámbito profesional, son de suma importancia las calificaciones probadas, en forma de referencias de otras empresas y/o títulos, es decir, la cualificación formal del abogado.

(XII) El marketing jurídico está muy profesionalizado en los despachos grandes especialmente de origen estadounidense o británico. Los marcos jurídicos anglosajones en relación a la publicidad de los abogados llevan mucho tiempo muy liberalizados. Por eso, y por los indudablemente grandes presupuestos de marketing de las firmas de abogados, éstos son los innovadores en esta disciplina.

(XIII) La mayoría de los despachos pequeños – en ambos países – carecen de la aplicación de un planeamiento de marketing/publicidad y se encuentran, dentro de una cuestión publicitaria, muy por debajo de sus posibilidades.

VII. Perspectivas

Las perspectivas del marketing quedan bastante claras. Con el persistente aumento de la competitividad en el mercado jurídico y con la crisis económica en el espacio actual europeo, vamos a notar un aumento de la presión económica sobre los despachos. En muchos bufetes de abogados esto desembocará en dos vertientes, o mejoran su marketing y su posición en el mercado, o probablemente no permanecerán en él por mucho tiempo.

Por otro lado, no tenemos que ver el marketing jurídico tan sólo como una herramienta necesaria para sobrevivir, sino también de esta manera apreciaremos una cierto grado de profesionalización en de los servicios de los despachos que lo utilicen y, por lo tanto, clientes más satisfechos. No consiste en una mejora para los clientes, sino también para los abogados, porque si los despachos se ven obligados a hacer un planeamiento de marketing, a su vez tienen que reflexionar sobre dónde están sus pericias, qué tipo de clientes quieren atraer, etc. De este modo, el marketing jurídico puede contribuir a una mejora evolutiva de la carrera profesional jurídica. En relación al marco legal ya estamos observando un nivel de liberalización avanzado de las normas profesionales de la publicidad. Las limitaciones de la deontología se están reduciendo progresivamente. De igual manera, se está produciendo una mayor aceptación sobre las medidas publicitarias y de marketing dentro del campo de la abogacía. Por lo tanto, probablemente estaremos destinados a la abolición de muchas de las restantes normas deontológicas. Este proceso evolutivo continuará hasta que se llegue a unas normas mínimas e imprescindibles para la profesión. Desde luego, será muy improbable que nos encontremos con una liberalización total de la publicidad jurídica, como

lo vemos, por ejemplo, en Estados Unidos. Con el paso del tiempo, casi con toda probabilidad nos quedaremos únicamente con una orden profesional europea, como hoy en día con la CCBE⁵⁸⁷. Los códigos deontológicos nacionales perderán más importancia y es posible que desaparezcan con el tiempo. Como existen diversas formas de publicidad, es difícil regular toda forma divulgatoria a través de leyes exclusivamente publicitarias. En consecuencia, el legislador está optando por incluir un cantidad mayor normativa (y puede que en el futuro sea por completo) en las regulaciones sobre la competencia desleal.

Podemos concluir que la publicidad jurídica se está convirtiendo, y seguirá haciéndolo con velocidad y en aumento, en una parte esencial para alcanzar el éxito profesional. Los modelos antiguos de negocio que publicitaban sólo a través del boca en boca han dejado de funcionar debido al aumento de competencia en el mercado jurídico. No creemos que esta vaya a disminuir con el tiempo. Por eso, será crucial para los despachos la elaboración de un buen concepto de marketing para lograr mantenerse o establecerse dentro del mercado. Aparte de la competencia en el ámbito de los servicios jurídicos esta tendencia tiene que ver con las exigencias de los clientes, que hoy en día quieren una mayor información sobre el despacho de abogados que les interesa. Para cumplir con estas exigencias de los clientes, es básico ofrecerles canales de información para su consulta a través de los nuevos medios digitales.

⁵⁸⁷ Carta de principios esenciales de la Abogacía Europea y Código Deontológico de los Abogados Europeos, www.ccbue.eu

Bibliografía

- Ahrens, Hans-Jürgen *Die europäische Rechtsanwaltschaft zwischen Rechtspflege und Dienstleistung Erfordernis und Grenzen der Staatsintervention aus Gemeinwohlgründen, ZZP, 115, 2002, págs. 281 s*
- Alexander, Christian *Die strafbare Werbung in der UWG-Reform, en: Wettbewerb in Recht und Praxis (WRP), 2004, págs. 407-421*
- Anderson, Paul *Marketing, Strategic Planning and Theory of the Firm, Journal of Marketing, vol. 46, Spring 1982*
- Andreasen, Alan R. *Verbraucherunzufriedenheit als ein Beurteilungsmaßstab für unternehmerische Marktleistung, en Hansen, U.; Stauss, B. y Riemer, M. (Hrsg.), Marketing und Verbraucherpolitik, Stuttgart, 1982, págs. 182-195*
- Bain, Joe *Barriers to new competition: Their carácter and consequences in manufacturing industries, Harvard University Press, 1956*
- Becker, Jochen *Marketing-Konzeption, sexta edición, Munich, Editorial Franz Vahlen, 2001*
- Behrens, Karl Christian *Handbuch der Werbung, Wiesbaden, 1970*
- Benesch, Thomas /
Sperl, Manuel *Corporate Identity Online. Theorien, Vorgehensmethodiken, Fallbeispiele, Editorial Haupt, 2004*

- Bercovitz Rodriguez-Cano, A. *La formación del derecho de la competencia*, ADI 2 (1975), págs. 61-82
- Bernays, Edward L. *Biographie einer Idee. Die hohe Schule der PR*, Düsseldorf, Econ, 1967
- Bidlingmaier, Johannes *Festlegung der Werbeziele*, en Behrens, K.CH. (ed.), *Handbuch der Werbung*, Wiesbaden, 1970, págs. 403-434
- Bieberstein, Ingo *Dienstleistungsmarketing*, Editorial Kiehl, 1.^a edición, 1995
- Bitner, Mary Jo *The impact of physical surroundings on customers and employees*, *Journal of marketing*, 57-71, 1992
- Böhm, Frank *Das Werbeverbot des § 26 Musterberufsordnung der Ärzte*, ZRP 1994, 388 ss.
- Borgmann, B./ Haug, K. *Anwaltshaftung*, Editorial C.H. Beck, 3.^a edición noviembre 2000
- Braun, Kurt *Werbung und Meinungsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 S. 1 Grundgesetz*. En: *Wettbewerb in Recht und Praxis (WRP)* 1982, S. 510 sig.
- Breuer, Stefan *Anwaltliche Werbung: Inhalt und Grenzen*, Bonn, 1994
- Bruhn, Manfred *Effizientes Kommunikationsmanagement – Wandel und Perspektiven im Management der Marketing-Kommunikation in Werbeforschung & Praxis*. núm. 38, 1993, págs. 75-86
- Idem* *Erfolgreiches Markenmanagement: vom Wert einer Marke, ihrer Stärkung und Erhaltung*. Wiesbaden, 1997

- Idem* *Kommunikationspolitik*
Systematischer Einsatz der Kommunikation für Unternehmen, 2.^a edición, München, Editorial Vahlen, 2003
- Bruhn, Manfred / Esch, Franz-Rudolf / Langner, Tobias (Editores) *Handbuch Kommunikation, Grundlagen – Innovative Ansätze – Praktische Umsetzungen*, Editorial Gabler 2009.
- Idem* *Internationalisierung von Dienstleistungen: Forum Dienstleistungsmanagement*. Editorial Gabler, 2005
- Bydlinksi, Franz *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff* 1982, 463 ff., 2.^a edición, Vienna, 1991
- Cafaggi, Fabrizio *Le role des acteurs privés dans les processus de régulation: Participation, autorégulation et regulation privée*. Revue française d'administración publique. Núm. 109, 2004, págs. 23-36, 36
- Calvo Fernández, Sergio / Reinares Lara, Pedro *Comunicación en Internet. Estrategias de Marketing y Comunicación Interactivas*. Madrid, Paraninfo, 2001
- Casulá, Juan "Principales novedades de la Ley General de Publicidad", <http://www.diariojuridico.com/opinion/principales-novedades-de-la-ley-general-de-publicidad.html>, Fecha de publicación: 3.02.2010 (enlace comprobado el día 31 de julio de 2014)
- Chaffney, Dave *Internet-Marketing*, Pearson Studium, 2001

- Corsten, Hans *Produktionswirtschaft: Einführung in das industrielle Produktionsmanagement*
7.^a edición, München, Editorial Oldenburg, 1988
- Cruz Villalón, Pedro *Derechos fundamentales y legislación, en, La curiosidad del jurista persa y otros estudios sobre la Constitución.* Madrid, 1999, págs. 235-236
- Cuevillas Sayrol, Jaume Alonso *Evolución de la Regulación de la Publicidad de la Abogacía en España,*
www.fbe.org/IMG/doc/Rapport_JACS_ES.doc.
- Deichsel, Alexander *Markensoziologie*
1^a Edición, Deutscher Fachverlag, Frankfurt, 2004
- De la Cuesta Rute, José María / De la Oliva Santos, Andrés *Tratamiento jurídico en España de la comunicación publicitaria ilícita*
La Ley, 1981, pág. 895
- Desbordes, Michel / Ohl, Fabien / Tribou, Gary *Marketing Deportivo*
Análisis del consumo deportivo
Barcelona, Editorial Paidotribou, 2001
- Domizlaff, Hans *Die Gewinnung des öffentlichen Vertrauens*
Ein Lehrbuch der Markentechnik, Hamburg, 1939
- Döbbelt, Simon *Werbebeschränkungen im anwaltlichen Berufsrecht,*
Hamburg, Verlag Dr. Kovač, 2008
- Duran, Jaume / Sánchez, Lydia (editores) *Industria de la comunicación audiovisual*
Publicacions de la Universidas de Barcelona 2008

- Ekey, Friedrich /Klippel, Diethelm/
Bender, Achim *Heidelberger Kommentar zum Markenrecht*, Primer tomo, , 2a Edición, 2009
(cit.: Autor en: Ekey/Klippel/Bender in HK-WettbR)
- Emmerich, Volker *Unlauterer Wettbewerb*
7. Edición, München, 2004
- Erichson, B./ Maretzki, J. *Werbeerfolgskontrolle*
en Hermanns, A. (ed.), *Handbuch Marketing-Kommunikation. Strategien, Instrumente, Perspektiven*. Wiesbaden, Ed. Gabler, 1993
- Esch, Franz-Rudolf / Hermann, Andreas
Sattler, Henrik *Marketing – Eine managementorientierte Einführung*
Editorial Vahlen, 2. Edición 2008
- Esteve Pardo, José *Autorregulación, Génesis y Efectos*, Navarra,
Ed. Aranzadi, 2002, págs. 21 y ss
- Fenkart, Peter / Widmer, Hansruedi *CI. Corporate Identity. Leitbild- Erscheinungsbild- Kommunikation*.
Ed. Orell Fuessli, 1987
- Ferrel, O. C./Hartline, Michael *Estrategia de Marketing*
3.ª edición, Ed. S.A. de C.V., 2006
- Feuerich, Wilhelm *Rechtsanwälte aus anderen Staaten in Deutschland*.En:Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht, (DZWIR), 1991,
págs. 200s
- Feuerich, Wilhelm E./ Weyland, Dag *Bundesrechtsanwaltsordnung*
Kommentar. 6. Edición, Vahlen, München
2003

- Fezer, Karl-Heinz *Modernisierung des deutschen Rechts gegen den unlauteren Wettbewerb auf der Grundlage einer Europäisierung des Wettbewerbsrechts* en: *Wettbewerb in Recht und Praxis (WRP)2001*, págs. 989-1022
- Fombrun, Charles. J. *Reputation. Realizing value from the corporate image*, Boston, Massachusetts, 1996
- Förster, Anja/Kreuz, Peter *Offensives Marketing im E-Business - Loyale Kunden gewinnen – CMR Potentiale nutzen*, Berlin-Heidelberg, Springer, 2002
- Freixes Montes, Jordi *Libertad de expresión y publicidad comercial en los Estados Unidos de América: una aproximación a la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, n.º 8, 1994, , págs. 53-60
- Frenz, Walter Prof. Dr. *Handbuch Europarecht* Tomo 1 Europäische Grundfreiheiten Editorial Springer, 2004
- Friese, Franz *Die Freiheit der Advokatur: Niederlassungsfreiheit, Werbefreiheit, Fachanwaltschaften*, Editorial Fischer 1989
- Fuchs, Wolfgang. / Unger, Fritz *Management der Marketing Kommunikation* 3.ª edición, Editorial Springer, 2005
- Fuertes-Planas, Aleix, C. *Responsabilidad deontológica y jurídica en el ámbito de la profesión de abogado*, en AA.VV., *El concepto de relevancia jurídica*-Madrid, Centro de Estudios Registrales, monografías, , 2001, págs. 177-209

- Gálvez Montes, Javier *La organización de las profesiones tituladas Temas de Administración Consultiva (Consejo de Estado)*
Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado;
Auflage: 1, Madrid 2002
- García Jimenez, Jesús *La comunicación interna.*
Ed. Díaz de Santos S. A., Madrid, 1998
- García Vidal, Ángel *Gomez-Acebo & Pombo, Análisis 2010*
URL: http://www.gomezacebo-pombo.com/docs/PUB_246_doc.pdf.
(enlace comprobado el 01.04.2012)
- Gardner, Eriq *Pfizer Litigators, Endure Beast of a Beauty Contest*, CORP. COUNSEL, Oct. 31, 2005.
- Garoupa, Nuno *Regulation of legal and medical professions in the US and Europe: A comparative analysis*, Documento de trabajo, 2006-11, marzo, 2006, págs. 9 ss
- Gimeno Olcina, Luis *Algunos problemas de la Ley de Competencia Desleal, La Ley*, 1993-II, pág. 941
- Gloy, Wolfgang *Unlauterer Wettbewerb und Meinungsfreiheit*
Festschrift A. Kraft, Neuwied, 1998, págs. 113 y ss., pág. 116
- Gloy, Wolfgang / Bruhn, Dirk *Die Zulässigkeit von Preisvergleichen nach der Richtlinie 97/55/EG - Kehrtwende oder Kontinuität?* En: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) 1998, 226, 237
- Idem* *Unlauterer Wettbewerb und Meinungsfreiheit*
Festschrift für Alfons Kraft zum 70. Geburtstag. Neuwied. 1998, págs. 113-124

Gonçalves, Marco Antonio P. /
Hodges, Silvia

The State of Legal Marketing in Latin America; A survey among the leading firms in Argentina, Brazil, Chile, Colombia, Mexico, Peru and Venezuela, Octubre 2007
<http://www.silviahodges.com/wp-content/uploads/2010/07/LMA-Legal-Marketing-in-Latin-America-Study-FINAL1.pdf>,
(enlace comprobado el 22.10.2012)

Gonzales Vaqué, Luis

La noción de consumidor medio según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Revista de Derecho Comunitario Europeo, n.º 17, 2004, págs. 50-54

Goodman, John A.

The nature of customer satisfaction, Journal: Quality Progress, 22 (2), 1987, págs. 37-40

Götting, Horst-Peter /
Nordemann, Axel

UWG Handkommentar
Nomos 1ª Edición 2009

Gouthier, Matthias H. J.

Kundenentwicklung im Dienstleistungsbereich,
Editorial Gabler, 2003

Griswold, Glenn y Denny

Your Public Relations, New York, Funk & Wagnalls, 1948

Grönroos, Christian

Marketing y gestión de servicios: la gestión de los momentos de la verdad,
Ediciones Díaz de Santos, S.A., 1994

Große-Bölting

Management der Betriebsmarkentreue: Konzeptualisierung, Operationalisierung und Gestaltungsempfehlung für den Bekleidungs-einzelhandel, Gabler, 2005

- Habscheid, Walter J. *Die Unabhängigkeit des Rechtsanwalts*, en: Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1962, págs. 1985 ss
- Hadding, Walther *Die Klagebefugnis der Mitbewerber und der Verbände nach § 13 Abs. 1 UWG im System des Zivilprozeßrechts*. Juristen Zeitung, Editorial Mohr Siebeck, 1970, pág. 305 s
- Hartung, Wolfgang en: *Beck'sches Rechtsanwaltshandbuch* 9.^a edición, Editorial C.H. Beck, 2007
- Hartung, Wolfgang / Holl, Thomas *Anwaltliche Berufsordnung* Kommentar, 2a Edición, München 2001. (cit. autor en Hartung/Holl/, BORA)
- Hartung, Wolfgang / Römermann, Volker *Berufs- und Fachanwaltsordnung Europäische Berufsregeln – CCBE, Bundesrechtsanwaltsordnung. Kommentar*. 4.^a edición, Ed. C.H. Beck, 2008
- Haseloff, Otto Walter *Kommunikationstheoretische Probleme der Werbung. Handbuch der Werbung*. Editado por K. Ch. Behrens. Wiesbaden, 1969
- Hefermehl, Wolfgang/Köhler, Helmut/ Bornkamm, Joachim *Wettbewerbsrecht - Kommentar* 25. Edición München, 2007 (cit. autor en Hefermehl/Köhler/Bornkamm)
- Hemmert, Martin (Editor) *Anwaltliche Tätigkeit in Europa*, Editores: Martin Hensseler y Jörg Nerlich, Schriftenreihe des Instituts für Anwaltsrecht an der Universität zu Köln, Band 10.
- Henning-Bodewig, Frauke *Das neue Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*. en: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR), 2004, pag. 713

- Henssler, Martin / Prütting, Hanns *Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO), Kommentar, 2. Edición, München, Editorial C.H. Beck, 2004 (cit.: Henssler/Prütting/autor; BRAO).*
- Hernández, Miguel *Proyecto Docente e Investigador, Universidad de Murcia, 1999*
- Hinterhuber, Hans H. / Matzler, Kurt *Kundenorientierte Unternehmensführung, 5. Editorial Gabler, 2006*
- Hocke, Ulrich *Werbung für anwaltliche Dienstleistungen, Deutscher Anwaltverlag, 1992*
- Hommerich, Christoph / Kilian, Matthias *Die Auswahl von Experten durch Laien Soldan Institut für Anwaltsmanagement, Anwaltsblatt, 2007, núm. 12*
- Hommerich, Christian / Kilian, Matthias Wolf, Thomas *Mandanten und ihre Anwälte Soldan Institut für Anwaltsmanagement Anwaltsblatt 2007, núm. 6*
- Höselbarth, F./ Lay, R. /Ammann, J.-C. *Branding für Unternehmensberatungen. So bilden Sie eine Wissensmarke, Editorial Campus, 2001*
- Houston, Franklin *The marketing concept: What it is and What is it Not. Journal of Marketing. Núm. 50, abril 1986, págs. 81 s*
- Hucke, Anja *Erforderlichkeit einer Harmonisierung des Wettbewerbsrechts ein Europa, Baden-Baden, Editorial Nomos, 2001*
- Huff, Martin *Zulässigkeit anwaltlicher Internetwerbung unter Bereithaltung eines Vollmachtsvordrucks, Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht (EWIR), 4/2002, págs. 155-161*

- Huffmann, Helga
Kampf um freie Advokatur. Essen 1967
- Jansen, Heiko
Der Einsatz kommunikationspolitischer Instrumente an Bibliotheken.
Kölner Arbeitspapiere zur Bibliotheks- und Informationswissenschaft, Tomo 16
- Jarass, Hans D./ Pieroth, Bodo
Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland – Kommentar, 7. Edición. München, C.H. Beck, 2004 (cit. Jarass/Pieroth, GG)
- Jimenez de Parga, Rafael
Otras modalidades de publicidad desleal; la publicidad confusionista y la protección de las creaciones publicitarias, Revista: Auto-control Publicitario, número 63, 2002, págs. 16-26.
- Kamperman Sanders, Anselm
Unfair Competition Law, the Protection of Intellectual and Industrial Creativity,
Ed. Oxford University, 1997
- Kellermann, Eva-Maria
Zum Standesrecht der englischen Anwaltschaft, Universität Kiel Diss. 1986
- Köbler, Gerhard
Juristisches Wörterbuch,
4.^a Edición, Munich, 1989
- Kohli, Ajay / Jaworski, Bernard
Market Orientación: The Construct, Research Propositions, and Managerial Implications. Journal of Marketing, 54, April 1990, págs. 1-18
- König, Annegret
Marketing für Kanzleien und Wirtschaftsprüfer.
Claudia Schieblon (editora).
Ed. Gabler, 2010

- Kotler, Philip / Hayes, Thomas / Bloom, Paul
Marketing Professional Services, 2.ª edición, Prentice Hall, New Jersey, 2002
- Kotler, Philip / Armstrong, Gary / Wong, Veronica / Saunders, John
Grundlagen des Marketing
Editorial Pearson Studium, 2010
- Kroeber-Riel, W./Meyer-Hentschel, G.
Werbung – Steuerung des Konsumentenverhaltens, Würzburg, Editorial Physica, 1982
- Kühlmann, K./Wolf, H.-P./ Wallenwein, C./Swoboda, U.
Marketing Vertrieb und funktionsorientierte Qualifikationen, Editorial: Versicherungswirtschaft, 2003
- Langner, Tobias
Branding als Grundlage zum Markenaufbau
en Esch, F.-R. (ed.), *Moderne Markenführung*. 4.a Edición, Wiesbaden, 2005
- Lantz, Jefferey W.
The Essential Attorney Handbook for Internet Marketing
Authorhouse, 2009 (Selfpublishing)
- Lehwald, Walter
Freiheit der Advokatur – die wie meinen – Eine Betrachtung zur Einführung unserer Zeitschrift, NJW 1948, pág. 2 s.
- Leible, Stefan
Das neue spanische Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb.
En: *Zeitschrift für Rechtsvergleichung (ZfRV)* 1992, págs. 257-280
- Leñena Mendizabal, E./ Irákulis Arregui N.
La publicidad contraria al orden constitucional y los derechos de la persona, Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales. Nº 20, Aranzadi, 2004 (base de datos WESTLAW)

- Lienemann, C./Reis, T. *Der ressourcenorientierte Ansatz: Struktur und Implikationen für das Dienstleistungsmarketing.*
En: Wirtschaftswissenschaftliches Studium, 5. Jahrgang, págs. 257-260
C.H. Beck, München
- Lindner, Josef Franz *Theorie der Grundrechtsdogmatik,*
Mohr Siebeck, Tübingen, 2005
- Llamas Pombo, Eugenio/
Macías Castillo, Agustín *Código derecho de la información y publicitario,* La Ley Madrid 2008.
- Lorz, R. Alexander *Die Erhöhung der verfassungsgerichtlichen Kontrolldichte gegenüber berufsrechtlichen Einschränkungen der Berufsfreiheit.*
En: Neue Juristische Wochenschrift (NJW)2002, págs. 169-170
- Lörcher, Heike en: (N 3) *Europäisches und internationales Anwaltsrecht.* Büchting, Beck'sches Rechtsanwalts Handbuch, 9. Edición 2007
- Lovelock, Cristhopher/
Wirtz, Jochen *Services Marketing, People, Technology Strategy.* 5th International Edition, Pearson Prentice Hall, 2004
- Löwe, Ewald *Werbung im künftigen Berufsrecht der Rechtsanwälte*
En: Anwaltsblatt (AnwBl 1988), págs. 545, 548
- Macías Castillo, Agustín *Publicidad comparativa ilícita que deviene en práctica de competencia desleal.* Actualidad civil, ISSN 0213-7100, N° 11, 2006, págs. 1386-1390, Editorial LA LEY

- Idem *Competencia desleal: actos de carácter desleal. Análisis de la STS de 8 de octubre de 2007, Actualidad Civil, N° 3, Sección Fundamentos de Casación, Quincena del 1 al 16 Feb. 2008, pág. 359, tomo 1, LA LEY 7061/2007, Editorial LA LEY*
- Idem *Actos de competencia desleal por el empleo de productos y marcas con denominación similar (“Caribe mix 2002”) 26 de septiembre de 2010 (Pte. Sr. Corbal Fernández) SAP Barcelona, Marcas con denominación similar, Práctica de Derecho de Daños, N° 87, Sección Fundamentos de Casación, Noviembre LA LEY 13760/2010, Editorial LA LEY*
- Magro Cervet, Vicente *Sobre el Anteproyecto de Ley de Servicios Profesionales. La necesidad de la colegiación obligatoria de la abogacía sin distinciones y el mantenimiento de los colegios locales y provinciales, Diario La Ley, N° 8115, Sección Tribuna, 28 Jun. 2013, Año XXXIV, Editorial LA LEY, LA LEY 2839/2013*
- Maleri, Rudolf *Grundlagen der Dienstleistungsproduktion, 4.ª Edición, Berlin und Heidelberg, Springer, 1997*
- Mälzer, Susanne *Werbemöglichkeiten für Rechtsanwälte in der europäischen Union, Deutscher Anwaltverlag & Institut der Anwaltschaft GmbH (1995)*
- Marcos Fernández, Francisco *Competencia en el mercado de la abogacía. Publicado en el Instituto de Derecho y Ética Industrial. Comunicaciones 21 (julio 2000) págs. 120-131, pág. 120*
- Massaguer Fuentes, José *Códigos de conducta y competencia desleal: aspectos sustantivos y procesales, Barcelona, Indret, 2011*

- Idem* *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Civitas, 1999, pág. 62
- Mattera, Alfonso *El Mercado Único Europeo: sus reglas, su funcionamiento*, Civitas, Madrid, 1991, pág. 763.
- McCarthy, E. Jerome *Basic Marketing: A managerial approach*, R. D. Irwin, 1975
- Meffert, Heribert *Marketing, Grundlagen marktorientierter Unternehmensführung, Konzepte- Instrumente-Praxisbeispiele*, 8.^a edición, Ed. Gabler, Wiesbaden, 1998
(cit. Meffert, 1998)
- Idem* *Marketing, Grundlagen marktorientierter Unternehmensführung, Konzepte- Instrumente-Praxisbeispiele*.
9.^a Edición, Ed. Gabler, Wiesbaden 2000
- Meffert, H./Bruhn, M. *Dienstleistungsmarketing: Grundlagen - Konzepte – Methoden*. Ed. Gabler 4. y 5. 2003/2006
- Meffert, H./Burmam/Kirchgeorg *Marketing Grundlagen Marktorientierter Unternehmensführung*.
10.^a Edición, Ed. Gabler, Wiesbaden, 2007.
(cit. Meffert/Burmam/Kirchgeorg, pág.)
- Menéndez, Pablo *Una interpretación renovada de la reserva de servicios esenciales a favor de las entidades locales*
Edición Civitas, Revista Española de Derecho Administrativo núm. 89, 1996
- Meyer, A./Dornach, F. *Branchenübergreifende Kundenbarometer Marktforschung und Management*, 42, núm. 4, págs. 145-150

- Meyer, Henning/
Pogoda, Andreas
- Gefährdet das Internet den Markenstil?*
Cybiz Online-Fachmagazin für Erfolg mit E-Commerce/E-Business, 12/2000, págs. 44-50
Editorial Deutscher Fachverlag
- Montoro Puerto, Miguel
- La infracción administrativa, características, manifestaciones y sancion*,
Madrid 1965
- Müller, Ingo
- Spanisches Anwaltshaftungsrecht*, Schriften der Deutsch-Spanischen Juristenvereinigung, Band 36, Editorial Peter Lang 2010
- Münch, Ingo von/Kunig, Philip
- Grundgesetz – Kommentar*
Band 1 (Präambel bis Art. 19), 5. Edición,
Editorial C.H. Beck, München 2000
(cit. Münch/Kunig/autor)
- Muñoz, Rojas, Tomás
- Regulación sustantiva y procesal de la “competencia mercantil”*
(Leyes 16/1989 y 3/1991) Doctrina, 1991-II,
Actualidad Civil, ISSN 0213-7100, N° 2,
1991 , págs. 319-326, Editorial LA LEY
- Nagel, Klaus Andreas
- Werbeverbote. Die grundrechtliche Problematik genereller Werbeeinschränkungen – dargestellt am Beispiel von Werbeverboten für Anwälte und Genussmittel unter besonderer Berücksichtigung der betroffenen Dienstleistungs- bzw. Produkthanbieter*,
Editorial Nomos, Baden-Baden 1992
- Narasimha Reddi, CV
- Effective Public Relations and Media Strategy*, India, Editorial PHL Learning, 2010
- Narver, John/Slater, Stanley
- The Effects of Market Orientation in Business Profitability*
Journal of Marketing, 54, October 1990,
págs. 20-35

- Nieschlag, R./Dichtl, E./Hörschgen, H. *Marketing*, 7. Ed., Berlin Dunker & Humblod, 1994
(cit. Nieschlag/Dichtl/Hörschgen, pág.)
- Núñez Martínez, María *El Tribunal Constitucional y las libertades del artículo 20 de la Constitución española*. Revista de Derecho UNED, núm. 3, 2008, págs. 289-317
- Ohly, Ansgar *Richterrecht und Generalklausel im Recht des unlauteren Wettbewerbs – ein Methodenvergleich des englischen und des deutschen Rechts*. Editorial Carl Heymann, Köln 1997
- Ostler, Fritz *100 Jahre Rechtsanwaltsordnung*
En: Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1979, Editorial C.H. Beck, pág. 1959
- Pardo, Esteve Esteve Pardo, *Autorregulación, Génesis y Efectos*, Navarra, Aranzadi 2002
- Pardo Leal, Marta *La Directiva 2005/29/CE relativa a las prácticas comerciales: ¿un puedo y no quiero de la protección de los consumidores?*, Boletín del Centro Europeo para el Derecho del Consumo, n.º 108, 2005, pág. 9
- Paz-Ares, Cándido/
Alfaro Águila-Real, Jesus *Un ensayo sobre la libertad de empresa, en Estudios de homenaje a Luis Díez-Picazo.*, Thomson-Civitas, tomo IV, Madrid 2003, págs. 5971-6040
- Pesch, Jürgen *Marketing*. UTB Basics, 2.a Edición,
Editorial UVK Verlagsgesellschaft, Konstanz 2010
- Pohlmann, Petra *Zur Vereinbarkeit von Werbebeschränkungen mit EG Art. 28*, EWiR 2004, págs. 1083 - 1084

- Porter, Michael E. *Las cinco fuerzas competitivas que dan la forma a la estrategia.* Harvard Business Review, América Latina, enero 2008, Reimpresión R0801E-E
- Preisner, Andreas *Marketing im E-Business Online und Offline – der richtige Marketing-Mix,* Editorial C.H. Beck, München 2001
- Prinz, Matthias *Anwaltswerbung* Frankfurt am Main u.a. 1986, a la vez tesis doctoral, Universität Hamburg 1985
- Rapp, Reinhold *Kundenzufriedenheit durch Servicequalität,* Editorial Deutscher Universitätsverlag, 1995
- Rawert, Frauke *Die Zweiteilung der englischen Anwaltschaft,* Deutscher Anwaltsverlag 1994
- Regenthal, Gerhard *Ganzheitliche Corporate Identity: Form Verhalten und Kommunikation erfolgreich steuern,* Gabler, 2003
- Remertz, F.R. *Anwaltschaft zwischen Tradition und Wettbewerb – Das Berufs- und Standesrecht der Rechtsanwälte in England und Deutschland,* Schriftenreihe des Instituts für Anwaltsrecht an der Universität zu Köln, Band 21, 1996.
- Reuss, Sabine *Marketing für Kanzleien und Wirtschaftsprüfer,* Claudia Schieblon (editora) Editorial Gabler, 2010
- Rick, Markus B. *Die verfassungsrechtliche Stellung des Rechtsanwalts,* Deutscher Anwaltverlag, 1998

- Ring, Gerhard *Anmerkung zu BGH v. 23.09.2002*
AnwZ (B) 67/01 (AGH Hamburg), EWiR
2003, págs. 323 ss
- Rivera Camino, Jaime /
De Garcillán López, Mencía *Dirección de Marketing: Fundamentos y
aplicaciones*. Ed. ESIC, 2007
- Robles, Antonio / Laborda, Martín *Art. 4. La Cláusula General Prohibitiva de la
Competencia desleal*, en Enrique Armijo
Chávarri (coord.), *Análisis de la reforma del
régimen legal de la competencia desleal y de
la publicidad llevada a cabo por la Ley
29/2009, de 30 de diciembre*, Madrid, La Ley,
2011, págs. 15-40 (e-book)
- Rodríguez Vergara, Ángel *Los efectos internos de las resoluciones del
Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la
vinculación del juez a su jurisprudencia*. Teoría y Realidad Constitucional nº 8-9, 2º semestre de 2001 - 1er semestre de 2002
- Rojas Orduña, Octavio Isaac *Relaciones Públicas. La eficacia de la influencia*.
Editorial ESIC, 2005
- Römermann, Rachelle *Anwaltliches Marketing-Management, Der Weg zum optimalen Kanzleimanagement*, 1.ª ed., Ed. Schmidt. Colonia, 2003
- Römermann, Volker *Gerechte Bewertung? – Gewinnverteilung in großen Sozietäten*. En: *ANWALT*, 12/2001, pág. 26
- Del Rosal García, Rafael *Normas deontológicas de la abogacía española. Una doctrina construida a partir del ejercicio de la competencia disciplinaria*. Ed. Civitas, Madrid 2002, págs. 164-173

- Sack, Rolf *Der Gewinnabschöpfungsanspruch von Verbänden in der geplanten UWG Novelle.* En: *Wettbewerb in Recht und Praxis (WRP)* 2003, págs. 549 – 558
- Sánchez González, Santiago *La libertad de expresión,* Marcial Pons, Madrid 1992
- Santaella López, Manuel *Derecho de la Publicidad.* Ed. Civitas, Madrid 2003, págs. 149-150
- Sarazá Jimena, Rafael *La nueva regulación de la publicidad ilícita.*, http://www.elderecho.com/mercantil/nueva-regulacion-publicidad-ilicita_11_232555001.html (página visitada el 1.11.2011)
- Scharnbacher, Kurt / Kiefer, Guido *Kundenzufriedenheit: Analyse, Messbarkeit und Zertifizierung,* Editorial Oldenburg, Wissenschaftsverlag, 2003
- Scherer, Inge *Schutz „leichtgläubiger“ und „geschäftlich unerfahrener“ Verbraucher in § 4 Nr. 2 UWG n.F. – Wiederkehr des alten Verbraucherleitbildes durch die Hintertür?* *Wettbewerb in Recht und Praxis (WRP)* 2004, págs. 1355-1358
- Schiebe, Robert *Anwaltliches Marketing: Vergleich beruflicher Restriktionen Englands, Deutschlands und Österreichs im europäischen Kontext,* tesis doctoral, Wien 2004, Ed. Neuer Wissenschaftlicher Verlag (NWW), Wien 2005
- Schieblon, Claudia (editora) *Marketing für Kanzleien und Wirtschaftsprüfer, Ein Praxishandbuch für Anwalts-, Steuerkanzleien und Wirtschaftsprüfungunternehmern,* Editorial Gabler, 1.^a Edición, Wiesbaden 2009

- Schmalen, Helmut *Mediaselektion*”, en Hermanns, A (ed.), *Handbuch Marketing-Kommunikation. Strategien, Instrumente, Perspektiven*, Ed. Gabler, Wiesbaden 1993
- Schotthöfer, Peter (Editor) *Handbuch des Werberechts in den EG-Staaten, Österreich Schweiz und USA*, 1. Edición, Köln 1997
- Schricker, Gerhard / Henning-Bodewig, Frauke *Elemente der Harmonisierung des Rechts des unlauteren Wettbewerbs in der Europäischen Union*
En: *Wettbewerb in Recht und Praxis (WRP)* 2001, pág. 1367
- Schricker, Gerhard *Schadensersatzansprüche der Abnehmer wegen täuschender Werbung?*, GRUR 1975, págs. 111 – 120.
- Schulte, Mark *Das Werberecht der freien Berufe*, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2002
- Schweiger, Günter / Schrattenecker, Getraud *Werbung, Eine Einführung*, 5.^a Edición Editorial Lucius & Lucius, Stuttgart 2001
- Idem *Werbung*. 6.^a edición, Editorial Lucius & Lucius, Stuttgart 2005
- Shevenaugh, S./Griffin, A./ Gleason, G./ Preiss, R. *Best practice for customer satisfaction in manufacturing firms: Manufacturing Firms*. *D. Sloan Management Review*, 36 (2), Winter 1995, págs. 87-98
- Siegert, Gabriele/Brecheis, Dieter *Werbung in der Medien- und Informationsgesellschaft. Eine kommunikationswissenschaftliche Einführung. Lehrbuch*, VS Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden 2005

- Smith, Paul Russel / Taylor, Jonathan
Marketing Communications, An integrated approach, 4th edition, Editorial: Kogan-Page 2004
- Solozabal Echavarría, Juan José
La libertad de expresión desde la teoría de los derechos fundamentales.
Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 32, 1991, págs. 73-113
- Stadler, Astrid/Micklitz, Hans W.
Der Reformvorschlag der UWG-Novelle für eine Verbandsklage auf Gewinnabschöpfung.
En: *Wettbewerb in Recht und Praxis*, Deutscher Fachverlag, 2003, págs. 559 - 562
- Steffen, Dirk
Die Potenzialqualität von Dienstleistungen Konzeptualisierung und empirische Prüfung.
Gabler, 2006
- Stuyck, Jules / Terryn, Evelyn / Van Dyck, Tom
La proposition de directive pratiques commerciales déloyales: quel marché unique pour le consommateur?", *Revue européenne de droit de la consommation*, n.º. 4, 2003, págs. 275-276.
- Sue, Ingrid
Rechtsstaatliche Probleme des anwaltlichen Standesrechts
Tesis doctoral de la Univ. Göttingen, 1986
- Tato Plaza, Anxo/
Herrera Petrus, Christian/
Fernández Carballo-Calero, Pablo
La reforma de la Ley de Competencia Desleal 2010, Tomo 1, Editorial LA LEY.
- Tews, Nicole/Bokel, Anja
Werbung und Wettbewerbsrecht
Schriftenreihe Wettbewerbszentrale
Jan Kaestner, 3. Edición 2009

- Tonnemacher, Jan
Kommunikationspolitik in Deutschland: Eine Einführung. UTB, 2003
- Tscheulin, Dieter / Helmig, Bernd
Branchenspezifisches Marketing: Grundlagen, Basiswissen, Besonderheiten, Editorial Gabler, 2001
- Tuominen, Matti/
Möller, Kristian
Market Orientation: A State of the Art Review, Proceedings of the 25th. European Marketing Academy Conference, 1996, 1161-1181
- Ulmer Eugen
Das Recht des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, München, 1965.
(Gutachten erstattet im Auftr. der Kommission der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft vom Institut für Ausländisches und Internationales Patent-, Urheber- und Markenrecht der Universität München.)
- Veleiro Reboredo, Belén
Mercado y Competencia
Editorial El Derecho y Quan, 2010
- Warren, Jill
En: Marketing für Kanzleien und Wirtschaftsprüfungssozietäten, Ein Praxishandbuch für Anwalts-, Steuerkanzleien und Wirtschaftsprüfungsunternehmen.
Claudia Schieblon (ed.), Ed.Gabler, 2. Edición 2010, pág. 140 s
- Weber, Matthias
Starke Marke, Verbindungen von betriebswirtschaftlichen und psychologischen Faktoren als Erfolgsgarant.
Tesis doctoral 2009, pág. 106. Ed. Disserta; 1.ª edición, 2010

- Weigl, Janek
Erfolgreiche Fachmedienarbeit durch Kanzleien. publicado en:
http://www.schieblon.com/Erfolgreiche-Fachmedienarbeit-durch-Kanzleien_from=9_40.html
(enlace comprobado el 10.10.2012)
- Wimmer-Leonhardt, Susanne
UWG-Reform- und Gewinnabschöpfungsanspruch oder: Die Wiederkehr des Drachen,
GRUR 2004, 12 – 20
- Wirtz, Bernd
Multi-Channel-Marketing, Grundlagen - Instrumente – Prozesse, Editorial Gabler, 1. Edición, Wiesbaden 2008
- Winters, Karl-Peter
Der Rechtsanwaltsmarkt: Chancen, Risiken und zukünftige Entwicklung.
Wege zur erfolgreichen Anwaltspraxis, Bd. 1,
Köln, O. Schmidt, 1989
- Zuck, Rüdiger
Internationales Anwaltsrecht
NJW, 1987, págs. 3033 - 3036
- Zustiege, Guido
Werbeforschung
Editorial UVK, Konstanz 2007

Páginas web:

<http://abovethelaw.com/>

<http://blog.beck.de>

www.brak.de

www.ccbe.org/

www.ces.es

www.coag.es

www.constitucion.es

www.diariojuridico.com

www.eito.com

www.elderecho.com

www.fbe.org

www.gesetze-im-internet.de

www.gomezacebo-pombo.com

www.jurablogs.com

www.jurpc.de

www.kriegs-recht.de

www.lawblog.de

www.law-connect.de

www.lawyerpress.com

www.lexisnexis.com

www.mariscal-abogados.es

www.marketingpower.com

www.meiseonlinestrategie.de

www.mineco.gob.es

www.procuradoresmurcia.com

www.rechtsanwaltsmarketing.com

www.profesiones.org

www.schieblon.com

www.silviahodes.com

www.soldaninstitut.de

www.wbs-law.de

Fe de erratas

Erratas localizadas en la versión imprimida¹ de la tesis:

- **Página 69**, línea 2, se debe borrar la palabra “*decliente*” y sustituir por “*cliente*”.
- **Página 108**, última línea, se deben borrar las palabras “...*de publicidad publicitaria...*” y sustituir por “...*de la publicidad...*”.
- **Página 171**, línea 5, se debe cambiar “*decliente*” por “*cliente*”.
- **Página 200**, línea 9, se debe sustituir “*decliente*” por “*cliente*”.
- **Página 205**, línea 27, debería decir “...*desventaja...*” en vez de “...*ventaja...*”.
- **Página 212**, línea 4, se debe sustituir “*decliente*” por “*cliente*”.
- **Página 212**, línea 9, se debe de sustituir “*decliente*” por “*cliente*”.
- **Página 240**, línea 12, se debe eliminar la palabra “*cliente*”; línea 15 se debe borrar la palabra “*clientecliente*” y sustituir por “*cliente*”.
- Igualmente en las siguientes localizaciones debería decir “...*cliente...*” en vez de “...*clientecliente...*”: **página 244**, línea 18, 19; **página 245**, línea 2, 17 y 18; **página 246**, línea 6; **página 247**, líneas 5, 6, 18 y 19; **página 249**, línea 22.
- **Página 256**, línea 24, falta el artículo “*Las*” delante de “*relaciones públicas*”.
- **Página 282**, línea 12 debería decir “...*en el marketing...*” y no “...*en al marketing...*”, **misma página** línea 13 se debe eliminar la frase incompleta “una operación al contado”; **misma página**, línea 14, sobra la palabra “...*dar...*”.
- **Página 291**, línea 19 y **página 292**, línea 17 y 18, debería decir “...*cuantitativo (resp. cuantitativa)...*” en lugar de “...*cualitativo (resp. cualitativa)...*”.
- **Página 295**, línea 8, falta la palabra “*cartas*” antes de “*circulares*”.
- **Página 302**, párr. f) línea 30, debería decir “...*en relación...*” en vez de “...*en comparación...*”.
- **Página 306**, línea 12, debería decir “...*herramientas...*” en lugar de “...*herramientos...*”.

¹ La versión imprimida difiere de la versión digital por motivos de impresión.