

COMENTARIO A LA LEY DE COMPETENCIA DESLEAL

JOSÉ MASSAGUER
Catedrático de Derecho Mercantil

Primera Edición

Para Alfonso y Germán
Para M.^a Ángeles

Primera edición, 1999

Este comentario se ha realizado en el marco de un proyecto de investigación financiado por la DGCYT (PB94-1037), del cual es investigador principal el Prof. Dr. J. Massaguer.

El comentario a los artículos 6, 11 y 12 ha sido realizado en colaboración con Montiano Monteagudo, Profesor Titular de Derecho Mercantil, Universidad Pompeu Fabra. El comentario al artículo 15 ha sido realizado en colaboración con Paz Soler, Profesora Titular de Derecho Mercantil, Universidad Pompeu Fabra. El comentario al artículo 17 ha sido realizado en colaboración con Felipe Palau, Profesor Titular (interino) de Derecho Mercantil, Universidad Pompeu Fabra.

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, ni su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

© 1999, by José Massaguer
Editorial Civitas, SA
Camino de Galar, 15
31190, Cizur Menor
Teléfono: 948 297297
Fax: 948 297200
clientes@aranzadi.es
www.aranzadi.es
Depósito Legal:
ISBN 978-84-9135-771-1

PRÓLOGO

Aurelio Menéndez
Catedrático de Derecho mercantil

1. *Hace ya algún tiempo, a finales de los años ochenta, con motivo de mi acceso a la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, me vi en la necesidad de elegir un tema para mi discurso de ingreso. Después de no pocas dudas, me incliné por «la competencia desleal». Decía entonces, y ahora repito, que la razón que principalmente me animó a centrar la atención en la referida cuestión fue una razón de oportunidad. Se trataba de una materia de especial trascendencia en el tráfico mercantil, algo que estaba en contraste con la escasa utilización de tan notable instrumento corrector de la lucha competitiva en nuestro mercado; todo ello explicado —me parecía— por la heterogénea, dispersa e insuficiente regulación de la competencia desleal, la falta de un sistema procesal o de defensa adecuado frente a semejante competencia incorrecta y la escasa atención que el tema había merecido hasta entonces por parte de nuestra doctrina. No quiero dejar de señalar, porque ya entonces tenía una cierta estimación del cambio que, a mi juicio, se está operando en la concepción y el sistema del Derecho Mercantil como Derecho del empresario o de la empresa hacia un Derecho del mercado (¿una nueva «objetivación» del Derecho Mercantil?) que —como en el mismo Discurso de ingreso se decía— no fue ajeno a la elección del tema el alto significado de «la competencia desleal» en ese cambio de tendencia que se advierte en el Derecho Mercantil, un Derecho del mercado en el que el régimen de la competencia se presenta como una pieza clave de todo el sistema .*

En el referido Discurso de ingreso se añadía que los objetivos en él perseguidos eran básicamente tres: la clarificación del complicado panorama que se había ido formando a lo largo del tiempo en nuestro Derecho de la competencia desleal; la reconstrucción del escaso material normativo de que disponía nuestro ordenamiento con el fin de dar satisfacción a los aspectos más urgentes de la demanda social; y finalmente el tercer objetivo, «acaso el fundamental cual era el de ir abonando el terreno para la reforma legislativa». Es este último objetivo el que ahora interesa recordar. Lo es porque leído el Discurso de ingreso en la sesión pública de la Academia el 16 de mayo de 1988 no se hizo esperar mucho tiempo el comienzo de los trabajos de reforma en la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, trabajos dirigidos a la redacción de un Anteproyecto de Ley de Competencia Desleal. Es justo recordar ahora que todo se debió, en gran medida, a la colaboración prestada por el profesor JOSÉ CÁNDIDO PAZ-ARES , uno de mis discípulos más sobresalientes, que ya me había prestado su inestimable apoyo para la primera redacción de mi discurso de ingreso y que ahora estaba dispuesto a asumir la Ponencia encargada de ofrecer un primer borrador de lo que acabaría siendo el Anteproyecto de Ley de Competencia Desleal. Así sucedió, en efecto, pues tras el oportuno encargo del Ministerio de Justicia a la Sección de Derecho Mercantil para la redacción del texto del Anteproyecto y la designación del profesor PAZ-ARES como Ponente, se pudo culminar la discusión del referido texto en el Pleno de la Sección de Derecho Mercantil, y tras su tramitación en el Ministerio de Justicia, su aprobación por el Gobierno y su discusión en los órganos parlamentarios acabó por convertirse en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal .

Las circunstancias han querido que esta especie de pequeño proceso, iniciado con mi Discurso de Ingreso y continuado con la posterior promulgación de la Ley de

Competencia Desleal, se cierre ahora con un Comentario de gran autoridad del profesor JOSÉ MASSAGUER FUENTES Discípulo destacado del profesor VICENT CHULIÀ en la Universidad de Valencia, completó su formación en varias Universidades alemanas (Mainz, Friburgo y muy especialmente en el Max Planck-Institut de Derecho de Patentes, de Autor y de la Competencia en Munich) e italianas (Università Cattolica del Sacro Cuore y Università degli Studi de Bologna). Es actualmente Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona, donde simultanea el ejercicio de la docencia y la investigación con la práctica de la abogacía. Tuve la suerte de conocerle hace algunos años, cuando estaba concluyendo su preparación para el acceso a la Cátedra de Derecho Mercantil, y desde entonces hemos mantenido una estrecha relación de amistad que me ha permitido beneficiarme de su alta condición de jurista, de la seriedad y el rigor de sus enseñanzas, de su temple universitario y —¿por qué no decirlo?— de su gran calidad humana. Ha cultivado varios sectores de nuestra disciplina, pero ha prestado atención sobre todo al Derecho de la Competencia y de la Propiedad Industrial y al Derecho de Sociedades, gozando en todos ellos de una autoridad bien ganada. Por todo ello no es de extrañar que, en edad todavía temprana, sea estimado ya como uno de los juristas y maestros más destacados de las jóvenes generaciones de mercantilistas españoles .

2. El lector me perdonará esta larga introducción en unas páginas que tienen la pretensión de servir de prólogo a esta importante obra. Confieso que me ha sido difícil sustraerme a ciertos recuerdos sobre lo que ha representado la preocupación de un grupo de profesores dirigida al estudio y la regulación de la competencia desleal. Seguramente por el afán, también, de «situar» este excelente Comentario en lo que ha sido una parte significativa del estudio de la institución en los últimos años. Se impone, no obstante, una aclaración. La exposición anterior no olvida la abundancia y la calidad de las aportaciones de la doctrina española de las décadas más recientes en materia de competencia desleal: algunas de eminentes juristas de la propia escuela, otras de autores no menos prestigiosos en el ámbito del Derecho Mercantil, y todos ellos estudiosos a los que hemos de agradecer su positivo esfuerzo para enriquecer el tratamiento jurídico que merece —para decirlo con la terminología clásica— la enfermedad de la deslealtad en la competencia. Tal vez no pudiéramos decir lo mismo de la atención que viene mereciendo el ilícito antitrust (prácticas restrictivas de la competencia), pues aunque es cierto que también en ese terreno contamos con monografías y aportaciones de gran valor, se echa de menos un tratamiento más amplio, y quizás un mayor impulso hacia la reconstrucción unitaria del Derecho de la Competencia en su totalidad .

En todo caso no me parece dudoso que este «Comentario a la Ley de Competencia Desleal» del profesor MASSAGUER constituye un hito de singular relieve en la doctrina española relativa al Derecho de la competencia. He aceptado redactar mi modesta colaboración en forma de prólogo de la obra con una gran satisfacción, porque por algunas de las razones expuestas me resulta muy grato «estar» en esta obra, aunque sólo sea en las páginas que sirven como de «puerta de entrada» .

3. Empecemos señalando que la Ley de Competencia Desleal ha introducido importantes novedades en la regulación de la represión de la competencia desleal en España. La Ley ha acogido, en efecto, una orientación de política legislativa que se separa abiertamente de postulados y tesis anteriores, e intenta atenerse a las exigencias de la protección de la competencia económica impuesta constitucionalmente a los poderes públicos; ha establecido una regulación de carácter general, rompiendo con la atomización y especialización característica de la legislación anterior y que no lograron superar, me parece, las precedentes leyes General de Publicidad y de Marcas; ha ajustado las soluciones jurídicas de los problemas considerados a los nuevos planteamientos, dando cabida en el plano técnico a la experiencia de los ordenamientos

más avanzados y consolidados de nuestro entorno; y, en fin, ha dispuesto un sistema de acciones e incorporado algunas normas procesales especiales que dotan a la represión de la competencia desleal de una eficacia de la que había carecido con anterioridad. Durante los pocos años transcurridos desde su promulgación, la Ley de Competencia Desleal ha sido objeto de una aplicación judicial intensa, muestra inequívoca de que ha contribuido efectivamente a modelar la conducta de los operadores económicos en el mercado. Los resultados de esa aplicación judicial no pueden considerarse, sin embargo, positivos en todos los casos: junto a indudables aciertos, no faltan fallos técnicamente poco afortunados. Me parece que así ha sucedido, y no en último lugar, precisamente por la escasa familiaridad de nuestra práctica con los principios y normas que encontraron cabida en la Ley de Competencia Desleal; así se puede comprobar con facilidad en cuanto se revisan los pronunciamientos habidos en relación con las materias más novedosas o técnicamente más complejas, como podrían ser la configuración de la finalidad concurrencial como criterio determinante del ámbito objetivo de aplicación de la Ley de Competencia Desleal, la supresión de la relación de competencia como presupuesto del acto de competencia desleal, la relevancia de la cláusula general como norma sustantiva, las condiciones de deslealtad de la imitación.

No sería justo olvidar que, con anterioridad a la promulgación de la Ley de Competencia Desleal, se realizaron estudios serios, rigurosos y atentos a las evoluciones habidas en otros ordenamientos. En ellos se trataron ciertas parcelas de la represión de la competencia desleal y, en particular, de la publicidad desleal y de algunos aspectos del Derecho de marcas. Estos estudios posibilitaron, sin duda, el conocimiento de esta rama del ordenamiento y colocaron a nuestra doctrina a un alto nivel. Pero el marco legislativo ha cambiado considerablemente. Aquella bibliografía conserva su interés y utilidad para los estudiosos y sirve de inestimable apoyo para la mejor comprensión de los cambios legislativos introducidos en la materia. La Ley de Competencia Desleal encarna, en efecto, como se ha indicado, una decidida ruptura con los planteamientos tradicionales vigentes en nuestra legislación sobre la materia hasta su promulgación, con las líneas fundamentales del sistema de represión de la competencia desleal, con la técnica legislativa y con la respuesta dada a las diversas cuestiones que se han regulado. Es cierto, de otro lado, que la Ley de Competencia Desleal ha aprovechado la experiencia de la aplicación y reforma de leyes similares en otros países de nuestro entorno, así como de la jurisprudencia y doctrina elaborada sobre dichas leyes, y de forma muy particular de las leyes alemana y suiza. En estos países existe una abundante bibliografía, que comprende comentarios, monografías y artículos debidos a la pluma de los más reputados especialistas europeos y que se está enriqueciendo continuamente con nuevas aportaciones sobre las cuestiones de mayor interés y actualidad. Ahora bien, como no se ha dejado de reconocer en la doctrina europea de mayor autoridad en esta materia, uno de los méritos de la Ley española de Competencia Desleal ha sido, justamente, el haber logrado superar política y técnicamente el marco legislativo de referencia para convertirse, como se ha dicho de modo expreso, en ejemplo para la reforma de la legislación vigente en otros países europeos.

Ciertamente, la Ley atrajo desde el primer momento la atención de estudiosos y prácticos del Derecho, unos con formación en Derecho mercantil y otros cultivadores de áreas distintas del Derecho. Fruto de esta atención ha sido una producción dispar en calidad y utilidad. Así, al lado de algunos estudios monográficos de gran interés científico y práctico sobre determinados aspectos o sobre ciertos actos de competencia desleal en particular, han aparecido una pluralidad de trabajos con el propósito de ofrecer un tratamiento global o sistemático de la Ley de Competencia Desleal en su totalidad o de alguna de las materias reguladas, trabajos en los que se acusa, a veces, cierta superficialidad, o un planteamiento político-legislativo poco actual.

Una norma de las características de la Ley de Competencia Desleal necesita de un estudio pormenorizado de conjunto, que valore los nuevos postulados político-legislativos y que analice, desde una perspectiva unitaria, las nuevas soluciones sustantivas y técnicas incorporadas a nuestro ordenamiento y que tanta influencia tienen sobre las conductas de mercado. La Ley de Competencia Desleal había carecido de un estudio tan ambicioso. Este Comentario viene a llenar, en este sentido, una laguna en nuestra literatura jurídica: ofrece un estudio acabado y documentado, que se ha apartado del juicio a la Ley de Competencia Desleal, rehuyendo, sea la justificación, sea la crítica de las diversas opciones, para terminar facilitando la interpretación de sus normas, contribuyendo de este modo a la solución de los problemas que plantea la aplicación de esta pieza principal del ordenamiento jurídico-económico .

4. Es, por otro lado, un Comentario elaborado por un profesor universitario que en los últimos años ha dedicado buena parte de sus esfuerzos de investigación y docencia al estudio y enseñanza de esta materia. A un primer estudio de conjunto preparado por el autor por encargo del Instituto Max-Planck de Derecho de Patentes, de Autor y de la Competencia de Múnich, ha seguido la publicación de diversos artículos en los que se han abordado cuestiones particulares de carácter sustantivo y procesal, como las dedicadas al estudio del acto de confusión, de la publicidad en especie, del acto de denigración, de la violación de secretos empresariales, de la inducción a la infracción contractual, de la discriminación y abuso de posición de dependencia económica, de la acción de competencia desleal o de las medidas cautelares, así como otras publicaciones en las que ha tratado de materias relacionadas con la represión de la competencia desleal, como son la protección jurídica de las marcas notorias y de las marcas renombradas, los conflictos de marcas en Internet, la protección jurídica de los llamados derechos audiovisuales o algunos aspectos de la legislación sobre ordenación del mercado minorista. La actividad de investigación en la materia se ha conjugado con la docencia, ámbito en el que puede destacarse, en particular, la enseñanza de la asignatura Derecho de la competencia, en el programa de doctorado de la Universidad Pompeu Fabra durante los tres últimos cursos. A todo ello se une la experiencia directa de la aplicación práctica de la Ley de Competencia Desleal a través del ejercicio profesional, actividad relevante que, desde el principio, le ha brindado la ocasión de prestar con frecuencia su asesoramiento en asuntos contenciosos y no contenciosos relacionados con este sector del ordenamiento .

Como en no pocas ocasiones sucede en el ámbito académico, el interés por una materia y los esfuerzos de investigación de un profesor universitario nacen y se fraguan en el seno de un grupo de profesores dedicados al estudio de materias próximas, con preocupaciones y tareas que, en mayor o menor medida, acaban por coincidir. Y así ha sucedido en este caso también. El hecho de que el autor haya podido contar con la colaboración de algunos de los profesores del Área de Derecho mercantil de la Universidad Pompeu Fabra, para la preparación del comentario de algunos artículos y, en particular, con la colaboración de M MONTEAGUDO en el comentario de los artículos 6, 11 y 12, de P SOLER en el comentario del artículo 15 y de F PALAU en el comentario del artículo 17, todos ellos Profesores Titulares de Derecho mercantil y autores de diversas publicaciones relacionadas con esta materia, muestra el interés y los frutos que proporciona esta colaboración .

5. El Comentario está estructurado y organizado al modo de los comentarios que nos resultan tan conocidos en las publicaciones jurídicas de otros países y que en los últimos tiempos, siguiendo una pauta iniciada en la década de los cincuenta, parece cobrar nuevo auge entre los mercantilistas. Se trata de un comentario artículo por artículo, en el que se aborda el análisis de todos los preceptos de la Ley de Competencia Desleal, incluidos los de naturaleza procesal, que tan destacada importancia tienen en este caso .

El objeto de estudio no se limita, sin embargo, a la Ley de Competencia Desleal. En efecto, esta Ley se estudia, como es natural, teniendo en cuenta que es el texto legal principal del Derecho contra la competencia desleal en España, pero en él encuentran igualmente cabida otros textos legales. Éste es el caso, en particular, de ciertos preceptos de la Ley General de Publicidad, de la Ley de Defensa de la Competencia, de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, de la Ley de Marcas y de otras leyes sobre protección jurídica de la propiedad industrial, así como de las leyes autonómicas en materia de comercio interior y defensa de los consumidores y usuarios y un amplio número de leyes y reglamentos relativos a diversos aspectos de la actividad publicitaria. De ahí la atención que se presta a las relaciones existentes entre la Ley de Competencia Desleal y estas otras disposiciones normativas en las páginas de la Introducción del Comentario, páginas muy oportunas en las que se sientan las bases apropiadas para el correcto entendimiento del papel que corresponde a cada norma en la regulación de las diversas conductas tratadas por este sector del ordenamiento, y en las que se abordan, con planteamientos y explicaciones que merecen la máxima atención, cuestiones de gran importancia; se trata de cuestiones sobre las que hasta la fecha no existe una posición pacífica en la doctrina y que en la práctica dan lugar a decisiones divergentes de jueces y tribunales, como, por ejemplo, la vigencia de la Ley General de Publicidad y su interpretación y aplicación conforme a la Ley de Competencia Desleal, o la complementariedad entre las normas de protección jurídica de la propiedad intelectual e industrial y la represión de la competencia desleal, o las relaciones de la Ley de Competencia Desleal con las normas estatales y autonómicas relativas al comercio minorista, comercio interior y protección de los consumidores y usuarios. El estudio de los aspectos relevantes de estas otras disposiciones se incluye en el comentario de los artículos de la Ley de Competencia Desleal con los que hallan una relación sistemática más directa, dando lugar, en su caso, a exposiciones doctrinales que constituyen un tratamiento completo de algunos temas de especial importancia dogmática y práctica, como la protección jurídica de las marcas notorias y de las marcas renombradas, los aspectos jurídico-privados de las denominaciones de origen y de las indicaciones geográficas, las ventas grises...

6. *La autoría única, o la intervención del autor en el comentario de los artículos elaborado en coautoría, se deja sentir positivamente en la unidad y armonía de los planteamientos y criterios. El Comentario posee, en este sentido, una homogeneidad y coherencia que no son frecuentes en obras de estas características y envergadura; coherencia particularmente estimable en aquellos estudios jurídicos en los que es preciso adoptar posturas claras sobre ciertas cuestiones clave (y en este caso además novedosas) que informan la totalidad del régimen jurídico de la represión de la competencia desleal y en los que se aborda el análisis de diversos preceptos íntimamente relacionados entre sí (como es el caso de los dedicados a los actos de confusión, imitación y aprovechamiento de la reputación ajena, o a los actos de engaño, denigración y comparación...).*

En relación con los contenidos se centra la atención en el examen de las normas que constituyen los pilares básicos de la Ley de Competencia Desleal (finalidad, ámbito objetivo, ámbito subjetivo y cláusula general). Este estudio se encuentra en consonancia con los postulados y objetivos que impulsaron la elaboración de la Ley de Competencia Desleal y con los antecedentes, experiencias y orientaciones legislativas, jurisprudenciales y doctrinales europeas de mayor interés y más modernas. De este modo, los comentarios dedicados a estos artículos (disposiciones generales y cláusula general) sientan los cimientos más apropiados para la correcta comprensión del significado sistemático y del alcance material de los preceptos dedicados a los actos de competencia desleal que han sido objeto de una tipificación específica. En particular, el Comentario enmarca la legislación contra la competencia desleal en el entramado legal

de protección de la competencia como principio político y normativo que rige la actividad económica en el mercado; y, en consecuencia, hace de la tutela de la competencia como institución el objetivo de la Ley y de la competencia por eficiencia de las prestaciones el criterio que determina la lealtad o deslealtad de las conductas enjuiciadas .

7. El comentario de los artículos en los que se definen los distintos actos de competencia desleal que han merecido una tipificación específica posee un mismo esquema: introducción, en la que se trata de los antecedentes y, eventualmente, de las normas contenidas en otras disposiciones que igualmente regulan el supuesto de hecho considerado por el precepto de la Ley de Competencia Desleal comentado; encuadramiento sistemático, donde se trata del sentido de la tipificación del acto de competencia desleal considerado, así como de la relación del precepto comentado con los dedicados a los demás actos de competencia desleal y, en su caso, con las demás normas que se ocupan de la regulación de la práctica o prácticas comprendidas en dicho precepto; estructura del acto de competencia desleal, dedicada al examen del acto de competencia desleal y, allí donde procede, a la delimitación del mismo respecto de otros actos próximos o a la identificación de las prácticas comprendidas en el supuesto de hecho definido legalmente, prestando especial atención a los criterios de deslealtad o claves determinantes del reproche de deslealtad o bien, lo que sucede en no pocos supuestos, de la licitud concurrencial de la conducta considerada; grupos de casos, esto es, prácticas que, a la luz de la observación de la realidad y especialmente de los pronunciamientos judiciales y de las resoluciones administrativas o de las instituciones de autocontrol, han adquirido unos perfiles propios y bien definidos que las singularizan entre las distintas conductas comprendidas dentro del concreto tipo estudiado .

8. El Comentario ha obviado el debate doctrinal para ofrecer una posición clara y propia, fundada en razones sólidas y oportunas convenientemente desarrolladas. Se ha evitado, por tanto, la premiosa exposición y discusión de tesis de unos y otros que resulta tan común como a veces escasamente enriquecedora. En correspondencia con esta idea, las notas a pie de página se han sustituido con ventaja por referencias en el texto; y, en línea con lo que es asimismo habitual en las obras europeas de esta clase y empieza a extenderse entre nosotros de modo ponderado en los estudios de Derecho mercantil de esta naturaleza, se han suprimido las inacabables citas de doctrina extranjera, cuyas oportunas enseñanzas encuentran, como advertirá el lector atento, adecuado reflejo en los argumentos y razonamientos desenvueltos en el texto .

No se ha hurtado al lector, sin embargo, el conveniente desarrollo de una sólida argumentación, que da respuesta suficiente a las diversas cuestiones suscitadas en cada caso, ni la exhaustiva consideración del amplio espectro de conductas que, en principio, caben en el ámbito de la aplicación de la Ley de Competencia Desleal. En este mismo orden de cosas, el Comentario ha concedido un relieve principal a la aplicación judicial de la Ley de Competencia Desleal y de las demás disposiciones legales que configuran este sector de la competencia. Como también se ha dedicado una cuidada atención a la doctrina de los órganos administrativos, como el Tribunal de Defensa de la Competencia, y a las resoluciones de las instituciones de autocontrol, como el Jurado de la Asociación de Autocontrol de la Publicidad, que tanta importancia tienen en este ámbito. Todo ello se trasluce en una rica información acerca de la vida real de la Ley de Competencia Desleal y demás normas aplicables a este sector de la competencia, que no se limita a su referencia en el texto, sino que se integra plenamente en el discurso y, por tanto, en la argumentación jurídica. Se ha evitado, finalmente, entrar a considerar los trabajos legislativos pendientes de desarrollo y a discutir aspectos de lege ferenda, por entender, a mi juicio con acierto, que de modo general un Comentario no es una obra que deba estar marcada por aspectos coyunturales o por el estudio de normas que, al menos de momento, carecen de vigencia .

9. *En todo caso, este Comentario se convertirá en una obra clásica de nuestra doctrina, en una obra de consulta necesaria que contribuirá a un mejor conocimiento de nuestra Ley de Competencia Desleal. Naturalmente no se excluyen las discrepancias que en esta o aquella cuestión podamos tener y que vendrán a enriquecer el mejor conocimiento del texto legal. Pero, con discrepancias o sin ellas, no me parece dudoso que estamos ante una obra de capital interés para conocer lo que es y lo que significa el ordenamiento actual de la competencia desleal en nuestro país. Espero que el lector comparta este criterio y encuentre en la obra la ayuda necesaria bien para el estudio doctrinal, bien para la aplicación práctica de una disciplina que, día a día, viene incrementando su singular importancia en el tráfico. Por mi parte sólo deseo añadir mi más cordial enhorabuena al profesor MASSAGUER que una vez más, y con especial relevancia, nos da con esta obra una nueva muestra de su alta calidad de jurista y maestro universitario .*

AURELIO MENÉNDEZ
Catedrático de Derecho Mercantil

Abreviaturas.

(A)AAP	Auto(s) de la Audiencia Provincial
(A)ATDC	Auto(s) del Tribunal de Defensa de la Competencia
ADC	Anuario de Derecho Civil
ADI	Actas de Derecho Industrial
ADPIC	Acuerdo sobre aspectos del Derecho de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio
AIPPI	Asociación Internacional para la Protección de la Propiedad Industrial
AP	Autocontrol de la Publicidad. Publicación de la Asociación de Autocontrol de la Publicidad
BIM	Boletín de Información Mercantil
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
BOE	Boletín Oficial del Estado
CBE	Circular del Banco de España
CC	Código Civil
CCJC	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
CCom	Código de Comercio
CDC	Cuadernos de Derecho y Comercio
CE	Constitución Española
CUP	Convenio de la Unión de París para la Protección de la Propiedad Industrial
D.	Decreto
DA	Disposición Adicional
DCE	Decisión de la Comisión Europea
DM	Primera Directiva 89/104/CEE, del Consejo, de 21 de diciembre, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas
DN	Derecho de los Negocios
EC	Estatuto de los Consumidores
ECU	Estatuto de los Consumidores y Usuarios
EPI	Estatuto sobre Propiedad Industrial
EVVA	Estatuto de la Viña, el Vino y los Alcoholes
GJ	Gaceta Jurídica de la Comunidad Europea
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil
IE	Boletín del Instituto de Comercio Exterior
NDO	Instituto Nacional de Denominaciones de Origen
La Ley-leg.	La Ley-Legislación
_CD	Ley de Competencia Desleal
_CU	Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios
_DC	Ley de Defensa de la Competencia

_EC	Ley de Enjuiciamiento Civil
_GP	Ley General de Publicidad
_M	Ley de Marcas
_Med.	Ley del Medicamento
_OAC	Ley de Ordenación de las Actividades Comerciales
_OC	Ley de Ordenación del Comercio
_OCI	Ley de Ordenación del Comercio Interior
_OCM	Ley de Ordenación del Comercio Minorista
_OPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
_P	Ley de Patentes
_PInd.	Ley de la Propiedad Industrial
_PR	Ley de Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia
_TPS	Ley de Protección Jurídica de las topografías de los productos semiconductores
_VP	Ley de Venta a Plazos de Bienes inmuebles
NGE	Norma General de Etiquetado
OM	Orden Ministerial
COMM	Órdenes Ministeriales
RD	Real Decreto
RDBB	Revista de Derecho Bancario y Bursátil
RDL	Real Decreto-Ley
RDM	Revista de Derecho Mercantil
RDP	Revista de Derecho Privado
RDProc.	Revista de Derecho Procesal
REDA	Revista Española de Derecho Administrativo
REVVA	Reglamento del Estatuto de la Viña, el Vino y los Alcoholes
RGD	Revista General de Derecho
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
RGDE	Revista General de Derecho
RISDCPA	Real Decreto 1945/1983, de 22 de junio, sobre infracciones y sanciones en materia de defensa del consumidor y la producción agroalimentaria
RJC	Revista Jurídica de Cataluña
RO	Real Orden
(R)RJAAP	Resolución(es) del Jurado de la Asociación de Autocontrol de la Publicidad
(R)RJCP	Resolución(es) del Jurado Central de Publicidad
(R)RTDC	Resolución(es) del Tribunal de Defensa de la Competencia
(S)SAN	Sentencia(s) de la Audiencia Nacional
(S)SAP	Sentencia(s) de la Audiencia Provincial
(S)SJPI	Sentencia(s) del Juzgado de Primera Instancia
(S)STC	Sentencia(s) del Tribunal Constitucional

{S)STEDH

Sentencia(s) del Tribunal Europeo de
Derechos Humanos

{S)STJCE

Sentencia(s) del Tribunal de Justicia de la
Comunidad Europea

{S)STS

Sentencia(s) del Tribunal Supremo

INTRODUCCIÓN

Bibliografía: R. ALONSO, «Los actos de competencia desleal regulados en la Ley 3/1991», en *La importancia de la marca y su protección*, Consejo General del Poder Judicial-Andema, Madrid, 1992, pág. 103 ss.; G. ARIÑO, *Principios constitucionales de la libertad de empresa. Libertad de comercio e intervencionismo administrativo*, M. Pons-Idelco, Madrid, 1995; A. BERCOVITZ, «La formación del Derecho de la competencia», 2 *ADI* 1975, pág. 61 ss.; ID., «Procedimientos y sanciones en materia de publicidad desleal», en *Primeras Jornadas de Derecho de la Publicidad*, Instituto Nacional de Publicidad, Madrid, 1980, pág. 121 ss.; ID., «La protección de los consumidores, la Constitución española y el Derecho mercantil», en R. BERCOVITZ y A. BERCOVITZ, *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Tecnos, Madrid, 1987, pág. 22 ss.; ID., «La competencia desleal», *Derecho de los Negocios*, núm. 20, 1992, pág. 1 ss.; ID. (coord.), *La regulación contra la competencia desleal en la Ley de 10 de enero de 1991*, BOE-Cámara de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 1992; M. BOTANA, «Disciplina de la competencia desleal y regulación de determinadas prácticas comerciales en España», 9 *ADI* 1983, pág. 487 ss.; ID., «Panorámica de la Ley 32/1988 española de marcas», 13 *ADI* 1989-90, pág. 13 ss.; M. DÍAZ VELASCO, «Notas para el estudio de la competencia ilícita», en *Estudios sobre Propiedad Industrial*, Grupo Español de la AIPPI, Barcelona, 1987, pág. 645 ss.; J. M. EMBID, «La competencia desleal en el Derecho español», *CDC*, núm. 24, 1997, pág. 141 ss.; J. M. FERNÁNDEZ LÓPEZ, «Propiedad industrial y competencia desleal», en *Curso sobre derecho industrial, patentes y marcas. Jurisdicción y normas procesales. Jurisprudencia europea y comunitaria*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 187 ss.; ID., «El sucesivo tratamiento legal de la competencia desleal. Principios y acciones que establece la nueva Ley», en *La importancia de la marca y su protección*, Consejo General del Poder Judicial-Andema, Madrid, 1992, pág. 91 ss.; ID., «El nuevo marco de la competencia desleal. La cláusula general de la LDC», en *Propiedad industrial y competencia desleal*, Consejo General del Poder Judicial-Andema, Madrid, 1995, pág. 11 ss.; C. FERNÁNDEZ NOVOA, *Estudios de Derecho de la Publicidad*, Homenaje a Facultarle de Dereito ò Autor Dr. Carlos FERNÁNDEZ NOVOA, Catedrático de Dereito Mercantil, nos XXV anos de cátedra, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1989; ID., «Reflexiones preliminares sobre la Ley de competencia desleal», *La Ley* 1991-2, pág. 1179 ss.; J. I. FONT, *Constitución económica y Derecho de la competencia*, Tecnos, Madrid, 1987; ID., «Competencia desleal y prácticas prohibidas en el marco de la Ley de Prácticas Restrictivas de la Competencia [Una interpretación del apartado d) del art. 3.º de la LPRC]», *RDM*, núm. 146, 1977, pág. 519 ss.; J. A. GARCÍA-CRUCES, «Derecho comunitario y Derecho del consumo», *RDM*, núm. 192, 1989, pág. 327 ss.; L. GIMENO, «Algunos problemas de la Ley de competencia desleal», *La Ley*, 1993-2, pág. 941 ss.; J. GIRÓN, «Competencia ilícita y Derecho de la empresa. Interpretación de nuestro Derecho positivo», *RDP*, 1944, pág. 693 ss.; J. A. GÓMEZ SEGADÉ, *El secreto industrial (Know-how). Concepto y protección*, Tecnos, Madrid, 1974; GRUPO ESPAÑOL DE LA AIPPI, *Informe sobre la cuestión 115: Protección efectiva contra la competencia desleal con arreglo al artículo 10 bis del Convenio de París de 1883*, remitido a la AIPPI en julio de 1993 con miras al Comité Ejecutivo de Copenhague de 1994, en GRUPO ESPAÑOL DE LA AIPPI, *Informes sobre propiedad industrial 1979-1995*, Grupo español de la AIPPI, Barcelona, 1995, pág. 357 ss.; C. MADRENAS, *Sobre la interpretación de las prohibiciones de publicidad engañosa y desleal*, Civitas, Madrid, 1990; ID., «La Ley núm. 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal», 10 *BIM*, 1991, pág. 1 ss.; J. MASSAGUER, «Aproximación sistemática general al Derecho de la competencia y de los bienes inmateriales», *RCD*, núm. 544-45, 1990, pág. 245 ss.; ID., «Competencia desleal», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995, pág. 1171 ss.;

A. MENÉNDEZ, *La competencia desleal*, Civitas, Madrid, 1988; J. MOLINA, *Protección jurídica de la lealtad en la competencia*, Montecorvo, Madrid, 1993; J. OTAMENDI, *Competencia desleal. Análisis de la Ley 13/1991*, Aranzadi, Pamplona, 1992; ID., *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Aranzadi, Pamplona, 1994; J. M. OTERO, « La nueva Ley de Marcas », *La Ley-Leg.*, 1989, 11, pág. 130 ss.; ID., «La nueva Ley sobre competencia desleal», *La Ley*, 1991-4, pág. 1053 ss.; F. PALAU, «Análisis crítico de la reciente jurisprudencia constitucional en materia de horarios comerciales», *XV ADI* 1993, pág. 177 ss.; F. PALAU y A. TATO, «Competencia desleal y libre circulación de mercancías en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea», *XV ADI* 1993, pág. 274 ss.; C. PAZ-ARES, «El ilícito concurrencial: de la dogmática monopolista a la política antitrust», *RDM*, núm. 159, 1981, pág. 7 ss.; ID., «Constitución económica y competencia desleal», *ADC*, 1981, pág. 927 ss.; F. SÁNCHEZ CALERO, «Las costumbres de probidad en la competencia y los secretos industriales », *XII Anales de Moral Social y Económica*, Madrid, 1966 (separata); G. SCHRICKER, «Últimos desarrollos del Derecho de la competencia desleal en Europa», *RCD*, núm. 538, 1993, pág. 3291 ss.; F. VICENT, «Otra opinión sobre la Ley de Competencia Desleal», *RCD*, núm. 589-90, 1993, pág. 9975; A. VICENTE ALMELA, «Algunas consideraciones sobre la competencia ilícita y el artículo 1.902 del Código Civil», *RCLJ*, 1944, pág. 59 ss.

1. LA FORMACIÓN DEL DERECHO CONTRA LA COMPETENCIA DESLEAL EN ESPAÑA

(1) El Derecho contra la competencia desleal ha experimentado en Europa una sensible evolución desde su origen en las construcciones jurisprudenciales francesas de principios del siglo XIX (sobre la evolución del Derecho contra la competencia desleal, por todos, v. A. MENÉNDEZ, *La competencia desleal, passim*, y C. PAZ-ARES, *RDM*, 1981, pág. 7 ss., *passim*, ID., *ADC*, 1981, pág. 927 ss., *passim*). En el último estadio de esta evolución, el Derecho contra la competencia desleal aparece como ordenamiento general de la conducta de todos los operadores que actúan en el mercado interviniendo económicamente en el intercambio de bienes y servicios, que tiene por bien jurídico protegido la competencia económica como principio político-institucional y que integra en su defensa los intereses de todos los individuos y grupos cuya actividad y necesidades económicas y sociales dependen del eficiente funcionamiento del mercado, incluido por lo tanto también el interés de la generalidad o interés público.

(2) Así concebido, el Derecho español cuenta con un moderno sistema jurídico de represión de la competencia desleal, compuesto por una pluralidad de disposiciones legales dictadas en desarrollo de las nuevas bases políticas, sociales e institucionales sentadas por la Constitución de 1978 y, en menor medida, en cumplimiento de los compromisos contraídos con la adhesión a las Comunidades Europeas [v. (17)].

(3) Hasta no hace mucho, sin embargo, el Derecho contra la competencia desleal era un sector del ordenamiento del que se tenía consciencia, sobre todo, a través de la literatura jurídica; en cambio, el legislador, la práctica y, por consecuencia, la jurisprudencia fueron considerablemente insensibles a su desarrollo. En efecto, ni el reconocimiento de la libertad de industria y comercio, en un plano de política legislativa, ni la peculiar revolución industrial española o el desarrollismo de los últimos años de la dictadura franquista, en un plano socio-económico, trajeron consigo una regulación sistemática y suficiente de la represión de la competencia desleal. Probablemente, ni la economía contaba con los elementos estructurales precisos para que la exigencia de tal regulación fuere clamorosa, ni en el talante y hábitos de los operadores de nuestro mercado estaba el exigirla.

(4) No debe extrañar, pues, que la acción legislativa en esta materia se limitara a la promulgación de unas escasas, fragmentarias e insuficientes normas, cuya vida se ha distinguido tanto por su longevidad, como por lo apacible de su existencia, esto es, por la escasa aplicación judicial que conocieron (se encuentra un magnífico estudio de la evolución de las fuentes del Derecho español de la competencia desleal, al tiempo que un análisis de sus rasgos esenciales, al que remito, en A. MENÉNDEZ, *La competencia desleal*, pág. 38-63, 85-94, y ofrece un repaso apretado pero exhaustivo, enfocado desde la perspectiva del tratamiento de la publicidad engañosa, C. MADRENAS, *Sobre la interpretación de las prohibiciones de publicidad engañosa y desleal*, pág. 43-59). Como tampoco debe extrañar, en este mismo orden de ideas, que los operadores económicos no tuvieran especialmente presentes las normas contra la competencia desleal al tiempo de definir sus estrategias y acciones, quizás con la significativa excepción, a partir de los años sesenta, de la consideración de las normas reguladoras de la actividad publicitaria mientras su aplicación estuvo confiada a la Administración (sobre la forma en que desaparecieron los órganos administrativos encargados de la aplicación de la normativa publicitaria, no obstante la continuidad de sus disposiciones sustantivas y no obstante su positiva labor de conjunto, A. BERCOVITZ, en *Primeras Jornadas de Derecho de la Publicidad*, pág. 127-128).

a. La represión de la competencia desleal en la ley de propiedad industrial, en la ley de represión de las prácticas restrictivas de la competencia y en el estatuto de la publicidad

(5) La Ley de Propiedad Industrial de 1902 fue sin duda, desde un punto de vista sustantivo, la más amplia de todas las normas históricas en materia de competencia desleal, y también la de más duradera vigencia: sus artículos 131 y 132, en efecto, no fueron derogados por el Estatuto sobre la Propiedad Industrial [la literatura al respecto es muy abundante, por todos v. M. DÍAZ VELASCO, «Notas para el estudio de la competencia ilícita», *RDM*, núm. 6, 1946, pág. 453 ss., pero manejo la reproducción de este trabajo publicada en M. DÍAZ VELASCO, *Estudios sobre Propiedad Industrial*, pág. 645 ss., pág. 650 a 659, y en jurisprudencia, entre los últimos fallos que aplicaron estas disposiciones, SSTS (Sala 2.) 3-VI-1987, «v. Domingo Martín induce a error», 15-VI-1987 «Máquina de clavar tacones», 30-X-1987 «Roy Sol», 9-VI-1989J, y continuaron vigentes hasta su derogación por la Disposición Derogatoria 2. de la Ley de Marcas en 1988. Ahora bien, sus disposiciones estaban cortadas según un patrón que, a la vista de la experiencia jurisprudencial de los países vecinos, ya podía considerarse superado en la época de su promulgación. Desde un punto de vista sistemático, en efecto, la regulación contra la competencia desleal en la Ley de Propiedad Industrial carecía de cláusula general. Desde un punto de vista sustantivo, aquella regulación estaba presidida por rasgos escasamente modernos. De, un lado, los actos de competencia desleal tipificados estaban vinculados de modo estrecho a la protección de la propiedad industrial: aprovechamiento de la reputación ajena [arts. 131 y 132. c) y g) LPInd], imitación [art. 132. a) y b) LPInd], engaño (ciertos supuestos relacionados con el uso de signos distintivos [art. 132. d) y f) LPInd] y denigración (también ciertos supuestos relacionados con el uso de signos distintivos) [art. 132. e) LPInd]. De otro lado, la represión de los supuestos de competencia desleal establecidos en los artículos 131 y 132 de la Ley de Propiedad Industrial se organizaba mediante sanciones de naturaleza jurídico-penal, contenidas en el Código, Penal vigente en cada momento (por la naturaleza penal del ilícito establecido en los arts. 131 y 132 LPInd, ya J. GARRIGUES, *Curso de Derecho mercantil*, T. I, 1. ed., S. e., Madrid, 1936, pág. 472-473).

(6) La Ley de Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia de 1963 (v. J. GARRIGUES, *La defensa de la competencia mercantil*, Sociedad de Estudios y Publicaciones, Madrid, 1964, G. SENÉN DE LA FUENTE, *Comentario a la Ley española*

sobre *Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia*, Sociedad de Estudios y Publicaciones, Madrid, 1964, E. GALÁN, *Acuerdos restrictivos de la competencia*, Monte corvo, Madrid, 1977), por su lado, únicamente prohibió actos de competencia desleal que formaran parte de una política comercial tendente a eliminar competidores del mercado y resultaren de un acuerdo restrictivo de la competencia o de un abuso de posición dominante [art. 3. d) LPR]. Semejantes presupuestos (acuerdos restrictivos, posición de dominio, integración en política comercial, ordenación a la expulsión de un competidor del mercado) no sólo impidieron que se desarrollara un control general de la lealtad de las conductas de mercado a partir de esta norma (v. J. I. FONT, *RDM*, 1977, pág. 537 al final), sino que incluso impidieron que esta modalidad de tipificación y represión de la competencia desleal jugara un papel destacado en la práctica. Fueron, en efecto, numerosas las resoluciones que rechazaron la aplicación de este precepto a supuestos que, aparentemente, podrían haber constituido actos de competencia desleal por no derivar de un acuerdo restrictivo o por no ser ejecutados por un sujeto con posición de dominio, y pocas las que declararon la existencia de un ilícito antitrust a partir de este precepto [*cf.* RRTDC (Pleno) 9-V-1986, expediente 1/86 «Compañía de Seguros Alborán, S. A.», (Sección 1.) 15-I-1987, expediente 225/86 «Yusal y Cía, S. A. c. Yusty, S. A.», (Sección 2.) 31-XII-1990, expediente 27/90 «NUINSA c. Edición Nórdica»; v. J. I. FONT, *RDM*, 1977, pág. 526-537].

(7) El Estatuto de la Publicidad de 1964 [v. sobre todo los diferentes trabajos de C. FERNÁNDEZ NOVOA, reproducidos en sus *Estudios de Derecho de la publicidad*, y además J. GARRIGUES, «Publicidad y competencia ilícita», en *La publicidad y sus fundamentos científicos*, Instituto Nacional de Publicidad, Madrid, 1966, pág. 5 ss., J. M. DE LA CUESTA, *Lecciones de Derecho de la publicidad*, Editorial de la Universidad Complutense, Madrid, 1985, C. LEMA (dir.), *Problemas actuales del Derecho de la publicidad*, Instituto Nacional de Publicidad, Madrid, 1984, *Primeras Jornadas de Derecho de la Publicidad*, Instituto Nacional de Publicidad, Madrid, 1980], finalmente, contuvo una regulación completa de la publicidad, incluida la regulación de los aspectos de Derecho contra la competencia desleal entre sus normas dedicadas a «dos principios generales». Sus disposiciones en esta materia, con todo, sólo eran de aplicación a la actividad publicitaria, la cual se definía, muy en consonancia con el espíritu de la época, como servicio prestado al consumidor destinado a orientar su libre toma de decisiones. Bajo este aspecto, para la actividad publicitaria se sentaban los principios de legalidad, veracidad, autenticidad y libre competencia (art. 6 EP) y, en particular, se tipificaba como ilícita la publicidad lesiva para los derechos de la personalidad o contraria al buen gusto, al decoro social, a las leyes, moral o buenas costumbres (art. 7 EP), la publicidad engañosa (art. 8 EP), la publicidad encubierta (art. 9 EP) y la publicidad desleal, calificación que en especial se atribuía a la publicidad que indujera a confusión, a la que tendiera a producir el descrédito y a la que, en general, fuere contraria a las normas de corrección y buenos usos mercantiles (art. 10 EP). La definición de los tipos se completaba con un sistema de sanciones y un mecanismo de aplicación de estricta naturaleza administrativa (art. 60 ss. EP): de la aplicación del Estatuto de la Publicidad conocía el Jurado Central de la Publicidad, cuyas resoluciones eran recurribles en vía contencioso-administrativa. La praxis estuvo marcada, como el Estatuto de la Publicidad mismo, por un rancio sabor corporativo [*ad ex.* «la responsabilidad de las expresiones contenidas en la publicidad debe asumirla el anunciante y solamente debe reputarse responsable a la Agencia en la medida en que actúe fuera de las indicaciones o aprobaciones del cliente» (RJCP 20-VI-1975 «Flan Dhul h), salvo en los casos de publicidad encubierta, en los que también se imputó la responsabilidad a la agencia (RJCP 23-X-1975 «Para primavera, Patricia»), y al medio (RJCP 11-I-1977 «Hoja del Lunes de Madrid»)]; con todo, no sería justo dejar de señalar que también hubo algunas soluciones progresistas, como el reconocimiento de la licitud de la publicidad comparativa (RJCP 4-XI-1976 «Dash/Ariel»).

b. La represión de la competencia desleal en la ley de marcas

(8) Hubo que esperar hasta la Ley de Marcas de 1988 para contar con una regulación más sólida contra la competencia desleal (la breve vigencia de los preceptos de la LM dedicados a la competencia desleal explica sobradamente la falta de literatura sobre el particular o su carácter eminentemente descriptivo; con todo, v. M. BOTANA, 13 *ADI* 1989-90, pág. 36 a 38, J. M. OTERO, *La Ley-Leg.*, 1989,11, pág. 136, B. PELLISÉ, *RJC*, 1989, pág. 670-679, J. M. FERNÁNDEZ LÓPEZ, en *Curso sobre derecho industrial, patentes y marcas. Jurisdicción y normas procesales. Jurisprudencia europea y comunitaria*, pág. 187 ss., *passim*, en especial pág. 203-209, y F. VICENT, *Introducción al Derecho mercantil*, 2. ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, pág. 203-206). Esta regulación constaba sólo de tres artículos: cláusula general de prohibición de la competencia desleal (art. 87 LM), relación de actos de competencia desleal (art. 88 LM) y remisión a lo dispuesto para las marcas en materia de acción de competencia desleal y cuestiones procesales (art. 89 LM); a estos preceptos se unían las normas, todavía vigentes, sobre protección de las marcas no inscritas (arts. 3.2, 3.3 y 14 LM), de las marcas renombradas [art. 13. c) LM] y del nombre comercial usado y no registrado (art. 77 LM). Sin embargo, éste fue, a mi entender, un intento abiertamente insuficiente; de hecho, las disposiciones de la Ley de Marcas en materia de competencia desleal llegaron a presentarse como «regulación de emergencia (que) deja en el aire una serie de aspectos indispensables para una aplicación mínimamente eficiente de la misma» (M. BOTANA, 13 *ADI* 1989-90, pág. 37). El desarrollo de la economía española y su creciente internacionalización exigían, en fin, un sistema de represión de la competencia desleal más homologable con los de nuestros socios comunitarios y, sobre todo, más operativo.,

(9) Desde un punto de vista sistemático, la Ley de Marcas no aspiró a establecer una regulación general. La relación de actos de competencia desleal tipificados, en efecto, empezaba con un significativo *caveat*: «(s)in perjuicio de lo que se establezca en la legislación general sobre la materia» (art. 88 LM) supuestamente todavía por venir. Semejante carácter parcial, dadas las condiciones sociales y económicas de la realidad española de 1988, no podía ser considerado precisamente un mérito destacado. Y ello menos todavía, ahora desde una perspectiva estrictamente técnica, a la vista de la ausencia de todo elemento que precisara, ni tan siquiera indiciariamente, en qué consistía la especialidad de las normas relativas a la competencia desleal establecidas en la Ley de Marcas, máxime cuando la única pista sobre su ámbito objetivo de vigencia se hallaba en la mención desadjetivada de los actos de competencia contenida en la cláusula general así como, de otro lado, en la integración de las normas sobre represión de la competencia desleal precisamente en la Ley de Marcas. En este sentido, resulta altamente significativo que algún pronunciamiento judicial invocara, entre otros motivos, la falta de registro como marca de la denominación empleada para distinguir el producto en cuestión para desestimar una demanda de competencia desleal basada en la Ley de Marcas y dirigida contra la utilización de dicha denominación en una publicidad valorada como denigratoria por la demandante (v. SAP *La Coruña* 18-IV-1995 «Blanco Turbio»).

(10) Desde un punto de vista sustantivo, por otro lado, lo insatisfactorio de la Ley de Marcas no se debía tanto a la fórmula clásica de la prohibición general: contravención de «las normas de corrección y buenos usos mercantiles» (art. 87 LM), pues ésta podía o, por mejor decir, debía ajustarse a las exigencias de la constitución económica —eso sí, andando por vía de interpretación el camino que algunos de nuestros vecinos comunitarios habían recorrido a lo largo de cien años de experiencia—, cuanto a la carencia de normas generales que definieran su marco de aplicación. De ello se seguían diversos riesgos: *ad ex.* excluir del mismo a los empresarios no mercantiles y a los profesionales liberales («normas de corrección y buenos usos mercantiles»: art. 87 LM), dejar la superación de la relación de competencia a una jurisprudencia entonces falta

de precedentes y de sensibilidad [«(s)e considera desleal todo acto de competencia»: art. 87 LM]. Tampoco debía merecer un juicio más positivo la muy fragmentaria definición de los actos de competencia desleal en particular (entre los que no se contabanv. *gr.* la imitación, la violación de secretos empresariales o la inducción a la ruptura contractual). Bajo este aspecto, en la Ley de Marcas básicamente sólo se relacionaron los actos de deslealtad tipificados en el artículo 10ter del Convenio, de la Unión de París —confusión, denigración y engaño, a los que añadió aprovechamiento de reputación ajena— y esencialmente en sus mismos términos (*cf.* art. 88 LM); en suma, el legislador cumplía con enorme retraso sus obligaciones unionistas y proporcionaba a una sociedad postindustrial unas normas que técnicamente correspondían en esencia a los primeros años de este siglo.

(11) Desde el punto de vista procesal, además, la regulación contra la competencia desleal establecida en la Ley de Marcas era claramente deficiente: no sólo carecía de un sistema de acciones propio, cuyo establecimiento fue sustituido por una remisión a las acciones por violación de marcas con los graves riesgos que ello comporta de por sí (como la accesoriadad de la acción de remoción respecto de la acción de cesación o la vinculación que *prima faeie* se establece entre culpa y reclamación extrajudicial), sino que, a raíz de tal remisión, en 1988 no se reconocía legitimación activa para interponer la acción de competencia desleal ni a las asociaciones de consumidores —aunque a decir verdad probablemente el silencio legal en este punto no debiera haber sido elemento decisivo para negársela (*cf.* art. 20 LCU)—, ni a las asociaciones empresariales.

2. EL DERECHO CONTRA LA COMPETENCIA DESLEAL VIGENTE

(12) El panorama ha cambiado radicalmente. En los últimos tiempos la represión de la competencia desleal ha sido objeto de una superproducción normativa; en un lapso breve de tiempo, en España se han conocido dos amplias regulaciones de la competencia desleal: la contenida en la Ley de Marcas [v. **(8)** a **(13)**], y en la vigente Ley de Competencia Desleal, que ha derogado a la anterior, y una regulación entera de la publicidad engañosa y desleal en la Ley General de Publicidad. Completan las normas anteriores la protección jurídica de los signos distintivos en la Ley de Marcas, en particular lo dispuesto acerca de las marcas y nombres comerciales no registrados y acerca de las marcas renombradas, y diversas disposiciones relativas a la protección de las denominaciones o indicaciones geográficas, así como alguna de las prohibiciones contenidas en la Ley de Defensa de la Competencia. En fin, cierra el cuadro general de la regulación contra la competencia desleal la tipificación como delitos de ciertos actos de competencia desleal en el nuevo Código Penal, particularmente los delitos de utilización indebida de denominaciones de origen e indicaciones geográficas (art. 275 CP), los delitos de descubrimiento y de difusión, revelación y cesión de secretos de empresa (arts. 278 a 280 CP) y el delito publicitario (art. 282 CP), a los que tal vez pudieran sumarse los delitos de estafa y falsificación para la represión de supuestos de utilización desleal de marcas notorias y renombradas (no constitutivos de violación de marca).

(13) Por si esto no fuera suficiente, también regulan cuestiones que sistemática y sustantivamente se integran en la represión de la competencia desleal diversas leyes que, a fin de usar una terminología unitaria y familiar arraigada constitucionalmente, integran el que podríamos denominar régimen del comercio interior; así, la reciente Ley de Ordenación del Comercio Minorista, la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y las muchas leyes autonómicas sobre protección de los consumidores (Ley 10/1981 del Parlamento Vasco, de 18 de noviembre, por la que se aprueba el Estatuto del Consumidor, modificada parcialmente por Ley 5/1985 del Parlamento Vasco, de 13 de junio, y por Decreto Legislativo 2/1986, de 9 de septiembre;

Ley 12/1984 del Parlamento de Galicia, de 28 de diciembre, del Consumidor; Ley 5/1985, de la Junta de Andalucía, de 8 de julio, que aprueba el Estatuto de los Consumidores y Usuarios en Andalucía; Ley 2/1987 de la Generalidad Valenciana, de 9 de abril, de Estatuto de Consumidores y Usuarios de la Comunidad Valenciana; Ley 1/1990 de la Generalidad de Cataluña, de 8 de enero, sobre Disciplina del Mercado y Defensa de los Consumidores y Usuarios; Ley 3/1993 de la Generalidad de Cataluña, de 5 de marzo, del Estatuto del Consumidor), sobre comercio interior (Decreto Legislativo 1/1993 de la Generalidad de Cataluña, de 9 de marzo, por el que se aprueba el texto Refundido sobre Comercio Interior, de los preceptos de la Ley 1/1983, de 18 de febrero, y la Ley 23/1991, de 29 de noviembre; Ley 9/1983 del Parlamento Vasco, de 3 de mayo, de Ordenación de la Actividad Comercial, modificada por Ley 3/1986 del Parlamento Vasco, de 19 de febrero; Ley 8/1986 de la Generalidad Valenciana, de 29 de diciembre, de Ordenación del Comercio y Superficies Comerciales; Ley 10/1988 del Parlamento de Galicia, de 20 de julio, de Ordenación del Comercio Interior en Galicia; Ley 9/1989 de las Cortes de Aragón, de 5 de octubre, de Ordenación de la Actividad Comercial en Aragón; Ley 13/1989 del Parlamento de Navarra, de 3 de julio, del Comercio no Sedentario; Ley 9/1988 de la Junta de Andalucía, de 25 de noviembre, de Regulación de la Venta Ambulante; Ley 4/1994, del Parlamento de Canarias, de 25 de abril, de Ordenación de la Actividad Comercial de Canarias; Ley 1/1996 de la Junta de Andalucía, de 10 de enero, del Comercio Interior de Andalucía; Ley 7/1998, de 15 de octubre, de Comercio Minorista de Castilla-La Mancha; Ley 10/1998, de 21 de diciembre, sobre Régimen del Comercio Minorista de la Región de Murcia) o incluso sobre publicidad [Decreto Legislativo 5/1986 del Gobierno Vasco, de 9 de septiembre, sobre Publicidad Engañosa, desarrollado mediante Orden de 17 de abril de 1989; contienen además previsiones relativas a la publicidad engañosa arts. 36 y 37 LOAC del País Vasco; arts. 12. h) y 13 b) ECU de Andalucía; art. 8 EC de Cataluña; arts. 36.2 y 37 LOC de la Comunidad Valenciana; arts. 16, 22 y 32.2. a) LC de Galicia].

(14) Factores de orden socioeconómico al margen, esta hiperactividad del legislador tiene una doble explicación institucional y política. De un lado, la Constitución establece distintos principios cuyo desenvolvimiento legislativo debía plasmarse en la represión de la competencia desleal; fundamentalmente, la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado (art. 38 CE), que hace de la competencia económica el principio institucional de ordenación de las relaciones económicas y principio normativo rector del comportamiento de los agentes económicos que operan en el mercado (v. J. MASSAGUER, *RGD*, 1990, pág. 246-250, con ulteriores referencias), y la defensa de los legítimos intereses de consumidores y usuarios (art. 51 CE), que hace del mismo principio general del Derecho (v. A. BERCOVITZ, en R. BERCOVITZ y A. BERCOVITZ, *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, pág. 29-30).

(15) De otro lado, la Constitución establece una organización político-territorial del Estado descentralizada (Estado de las Autonomías) que comporta, entre otros extremos, una distribución de la competencia legislativa entre el Estado y las Comunidades Autónomas y que igualmente afecta a materias relacionadas con la represión de la competencia desleal. Al Estado corresponde en exclusiva la regulación de la defensa de la competencia —que quedaría comprendida en la reserva competencial relativa a las bases y ordenación de la actividad económica general y en el principio de unidad de mercado (v. STC 88/1986, de 1 de julio, «Ley catalana de rebajas»)-, noción que, según la jurisprudencia constitucional (SSTC 71/1982, de 30 de noviembre, «Estatuto del Consumidor del País Vasco», 88/1986, de 1 de julio, «Ley catalana de rebajas», 148/1992, de 16 de octubre, «Ley vasca de venta con rebaja»), incluye también la represión de la competencia desleal (v. F. PALAU, XV *ADI* 1993, pág. 181-185). Pero Estado y Comunidades Autónomas comparten competencia legislativa en materia de defensa de consumidores y usuarios y comercio interior, con distinto alcance según sea uno u otro el contenido de los respectivos Estatutos de Autonomía y

siempre con respeto de las bases de la política económica, que corresponden en exclusiva al legislador estatal (SSTC 88/1986, de 1 de julio, «Ley catalana de rebajas», 225/1993, de 8 de julio, «Ley valenciana de Ordenación del Comercio y Superficies Comerciales», 228/1993, de 9 de julio, «Ley de Ordenación del Comercio Interior de Galicia», 264/1993, de 22 de julio, «Ley de Ordenación de la Actividad Comercial de Aragón», 284/1993, de 30 de septiembre, «Ley catalana de Comercio Interior»; v. F. PALAU, XV ADI 1993, pág. 185 al final), al menos hasta la reciente y dudosa claudicación habida en materia de horarios comerciales (*cf.* art. 3 Ley Orgánica 2/1996, de 15 de enero, complementaria de la de Ordenación del Comercio Minorista, objeto de no pocas críticas: J. E. SORIANO, «Ley de Comercio: Estado de derecho y fraude constitucional», *El País*, 3-I-1996, pág. 48, y en relación con el entonces texto de la proposición de ley, G. Ariño, *Principios constitucionales de la libertad de empresa*, pág. 70-72).

(16) La pluralidad de fundamentos y de legisladores que caracteriza a este ingente conjunto normativo se deja sentir también en sus principios inspiradores, tanto en lo político como en lo sistemático. Si atendemos a dos criterios: naturaleza de la sanción y organismo encargado de asegurar su cumplimiento, las normas reguladoras de la competencia desleal en España pueden agruparse en dos bloques. El primero de ellos, formado por la Ley de Competencia Desleal y la Ley General de Publicidad, constituye el cuerpo fundamental de la normativa española contra la competencia desleal, que establece un sistema de control de mercado: las sanciones son de naturaleza jurídico-privada y su aplicación se confía enteramente a los órganos jurisdiccionales del orden civil, sin perjuicio de la parcial legitimación de la Administración para el ejercicio de acciones (así en el caso de la acción por publicidad ilícita). El segundo de dichos bloques, en el que se integra la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, la Ley de Defensa de la Competencia y la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, así como las disposiciones autonómicas sobre comercio interior, defensa de los consumidores y publicidad, establece un sistema de control gubernativo: las normas son más estrictas y minuciosas en la tipificación de las conductas ilícitas, las sanciones tienen naturaleza jurídico-pública y la vigilancia del cumplimiento de las normas y, al menos, la primera fase de la represión de los ilícitos se confía a organismos administrativos, cuyas resoluciones son judicialmente revisables por vía contencioso-administrativa.

(17) Considerablemente menor ha sido la influencia de las exigencias comunitarias en el desarrollo de la legislación contra la competencia desleal. No puede ocultarse, en efecto, que la regulación comunitaria en esta materia no es precisamente extensa y que se ha volcado en la armonización de determinados aspectos relativos a la publicidad, unos de carácter general (Directiva 84/450/CE del Consejo, de 10 de septiembre de 1984, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad engañosa, incorporada a nuestro ordenamiento a través de la Ley General de Publicidad y modificada ulteriormente por la 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, aún pendiente de su transposición) y otros de carácter sectorial (Directiva 89/552/CEE del Consejo, de 3 de octubre de 1989, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, incorporada al ordenamiento interno a través de la Ley 25/1994, de 2 de julio, de incorporación al ordenamiento jurídico español de 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, y modificada ulteriormente por la Directiva 97/36/CE, de 30 de junio, recientemente incorporada mediante la Ley 22/1997, de 7 de

junio, de Modificación de la Ley 25/1994, así como la Directiva 92/28/CEE del Consejo, de 31 de marzo de 1992, sobre publicidad de medicamentos de uso humano, incorporada por el Real Decreto 1416/1994, de 25 de junio, por el que se regula la publicidad de los medicamentos de uso humano, o la Directiva 98/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad y de patrocinio de los productos del tabaco, todavía pendiente de incorporación al Derecho interno); en las normas de armonización sectorial tal vez han pesado más otros intereses (salud, cultura, seguridad...) que los estrictamente concurrenciales. Más activa que el legislador se ha mostrado, en cambio, la jurisprudencia comunitaria, pero su influencia en el ordenamiento interno no parece que deba tener una especial trascendencia, toda vez que los pronunciamientos habidos conciernen en esencia a problemas relacionados con la libre circulación de mercancías en el mercado interior (v. F. PALAU y A. TATO, XV *ADI* 1993, pág. 274 ss.). En todo caso, la represión de la competencia desleal constituye uno de los campos todavía necesitados de la acción normativa armonizadora de la Comunidad.

3. LA LEY DE COMPETENCIA DESLEAL

(18) La promulgación de la Ley de Competencia Desleal representa un hito histórico en el ordenamiento jurídico español: encierra la primera regulación sistemática y completa de esta materia en España. En su conjunto y desde mi punto de vista, la Ley de Competencia Desleal merece una valoración positiva, por su coherencia sistemática, modernidad, exhaustividad, altura técnica y capacidad operativa; de hecho, a la Ley de Competencia Desleal no se le han regateado los elogios por parte de la más autorizada doctrina (que ha llegado a predicar de ella un carácter ejemplar en el marco europeo: v. G. SCHRICKER, en R. JACOBS, W. F. LINDACHER y O. TEPLITZKY, *UWG Grosskommentar*, W. de Gruyter, Berlín-Nueva York, 1994, Einl. *UWG Rdn.* 304, pág. 436-437) en claro contraste con la crítica, a mi juicio, desmesurada e injustificada con que fue recibida en un principio por parte de un significativo sector de nuestra doctrina [de la polémica y de alguna de sus causas da cuenta F. VICENT, *RGD*, 1993, pág. 992-993, especialmente en n. (23) y (24)], si bien parece que ahora los ánimos ya se han calmado y la atención se dedica fundamentalmente a su estudio.

(19) Si aquello es así en el plano de los principios, en el plano técnico, por su parte, la Ley de Competencia Desleal se ha configurado como una ley general, moderna y efectiva, tal y como avanzara la doctrina (A. MENÉNDEZ, *La competencia desleal*, pág. 147-159) y como advierte su Preámbulo. La Ley de Competencia Desleal es, en efecto, una ley general tanto en un sentido territorial como en un sentido material: desde la primera perspectiva es una ley aplicable en todo el territorio del Estado, como corresponde a una ley estatal que regula una materia de competencia exclusiva estatal (SSTC 71/1982, de 30 de noviembre, «Estatuto del Consumidor del País Vasco», 88/1986, de 1 de julio «Ley catalana de rebajas», 148/1992, de 16 de octubre, «Ley vasca de venta con rebaja»); desde la segunda perspectiva, se trata de una ley aplicable a cualquier actividad concurrencial que, por ello, supera la tendencia parceladora que durante todo el siglo ha presidido la regulación de la competencia desleal en España, y a la que en especial no supieron sustraerse la Ley de Marcas y la Ley General de Publicidad. Como ley moderna, ya diferencia de estos dos antecedentes inmediatos, la Ley de Competencia Desleal, de un lado, adopta un marcado cariz institucional, haciendo plena justicia a la entronización constitucional de la competencia económica como principio clave del orden económico, político y social, intensamente matizado por las exigencias de la configuración del Estado como Estado social y democrático de Derecho y por los objetivos programáticos expresados, en el Preámbulo y en el art. 1.1

de la Constitución (es un lugar común destacar la vinculación de la legislación contra la competencia desleal con el principio constitucional de libertad de empresa, a través de lo cual, por demás, se enlaza la primera con la legislación de defensa de la competencia: J. I. FONT, *Constitución económica y Derecho de la competencia*, pág. 52-54, 165-175, J. MASSAGUER, *RGD*, 1990, pág. 247, F. VICENT, *RGD*, 1993, pág. 9982, R. ALONSO, *ICE*, núm. 750, 1996, pág. 9-11), y, de otro lado, incorpora en su estructura y contenido sustantivo la experiencia habida en otros ordenamientos, estableciendo una regulación plenamente homologable con los más avanzados y convenientemente ajustada a la realidad de las estrategias empresariales y conflictos concurrenciales de nuestro tiempo.. En fin, la efectividad de la Ley de Competencia Desleal se ha asegurado mediante un conjunto de normas destinadas al establecimiento y regulación de las acciones e instrumentos procesales necesarios.

(20) Estructuralmente, la Ley de Competencia Desleal consta de unas normas generales, que fijan su finalidad y ámbitos objetivo, subjetivo y territorial de aplicación (arts. 1 a 4 LCD); de una cláusula general prohibitiva de la competencia desleal (art. 5 LCD); de un elenco de actos de competencia desleal en particular (arts. 6 a 17 LCD) y, finalmente, de un cuadro de sanciones (arts. 18 a 21 LCD) y normas procesales (arts. 22 a 26 LCD).

(21) Las normas sustantivas, como se ha apuntado, acogen y dan expresión formal a los resultados de la evolución legislativa y jurisprudencial del Derecho contra la competencia desleal en otros países; es notoria, en particular, la influencia del Derecho y experiencias jurisprudenciales y doctrinales alemanas y suizas. Así se ha incorporado directamente una muy avanzada regulación de la materia, obviando la formación jurisprudencial de algunos de los principios que hoy son postulados irrenunciables: *ad ex.* se atribuye una expresa finalidad institucional a la protección contra la competencia desleal, se suprime la relación de competencia o la intencionalidad como presupuestos del acto de competencia desleal, se recoge un criterio general de deslealtad abierto a todos los intereses relacionados con la competencia económica como principio político económico y, por último, se formulan los tipos del ilícito de una forma coherente con tales principios generales, primando en no pocas ocasiones la liberalización de algunas prácticas que, no obstante ser reflejo de eficiencia, se encuentran con el reproche de los competidores establecidos menos innovadores.

(22) Las normas reguladoras de la acción de competencia desleal, de su parte, configuran un completo arsenal de medios procesales de defensa y disponen una acabada y avanzada regulación de sus diversos aspectos, como se deja sentir especialmente en el régimen de la legitimación activa y pasiva, que se completa con ciertas previsiones procedimentales de extraordinaria importancia práctica, como son las relativas a las diferencias preliminares para la comprobación de hechos, las medidas cautelares o la atribución al juez de la potestad de exigir al demandado la prueba de ciertos extremos.

(23) Naturalmente, no faltan puntos débiles, que, a mi modo de ver, son dos, y ambos expresan problemas de convivencia y son deudores de opciones fundamentalmente políticas, y no técnicas: de un lado, la relación entre sus normas y las contenidas en otros cuerpos legales, de modo especial en la Ley General de Publicidad, que debió haber sido derogada y que de forma poco reflexiva y probablemente por razones cosméticas no lo fue, o con la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, que somete ciertas prácticas sobre precios y promoción de ventas realizadas en el específico sector del comercio minorista a principios y reglas que difieren de las dispuestas en la Ley de Competencia Desleal. En este mismo orden de cosas, tampoco puede olvidarse, la difícilmente explicable relación, en un mercado único, con una regulación autonómica

sobre prácticas de mercado fragmentaria, dispersa y asistemática (sobre la que, además, se superponen las disposiciones estatales sobre comercio minorista).

4. LA LEY GENERAL DE PUBLICIDAD

Bibliografía: J. L. DE CASTRO, «Los supuestos de publicidad ilícita en la nueva Ley General de Publicidad (Comentario al Título 11 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre)», *Revista Icade*, 1989, pág. 65 ss.; J. M. DE LA CUESTA, «Observaciones sobre la Ley General de Publicidad», *RJc*, 1989, pág. 917 ss.; C. LEMA, «La publicidad desleal: modalidades y problemas», *RGD*, núms. 562-63, 1991, pág. 6135 ss.; ID., «Publicidad» y «Publicidad desleal», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995, pág. 5374 ss., pág. 5400 ss.; O. LÓPEZ y L. DIETTA, «El control administrativo de la publicidad», *AAP*, núm. 30, 1999, pág. 16 ss.; L. A. MARCO, «Los ilícitos publicitarios y concurrencial», *GJ*, núm. 14, 1993, pág. 6 ss.; J. SANTAMARTA, «España: competencia desleal. Adaptación de la legislación española a los principios del nuevo Derecho Europeo», *La Ley*, 1991-2, pág. 1213 ss.; M. TRONCOSO, «El marco normativo de los ilícitos desleales de relevancia antitrust. (Reflexiones en torno al art. 7 LDC)», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor AURELIO MENÉNDEZ*, T. I, Civitas, Madrid, 1991, pág. 1035 ss.

a. Aspectos sustantivos y procedimentales de la represión de la publicidad ilícita

(24) Por lo que aquí interesa, la Ley General de Publicidad define la actividad publicitaria en la línea de lo establecido en la Directiva comunitaria sobre publicidad engañosa (art. 2 LGP) y tipifica ciertos supuestos de publicidad ilícita (art. 3 LGP). En el elenco de tipos de publicidad ilícita destaca, en especial, la artificiosa diferenciación entre supuestos de publicidad engañosa (arts. 4 y 5 LGP) y publicidad desleal (art. 6 LGP), que obedece a la anticuada e incorrecta contraposición entre engañoso/intereses de los consumidores y desleal/intereses de los competidores. No obstante, esta configuración dicotómica del ilícito publicitario, que ciertamente no ha escapado a la crítica (v. A. MENÉNDEZ, *La competencia desleal*, pág. 153, C. LEMA, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, pág. 5400, C. MADRENAS, *Sobre la interpretación de las prohibiciones de publicidad engañosa y desleal*, pág. 116-120, o F. VICENT, *RGD*, 1993, pág. 9989), puede considerarse de *facto* superada por el ordenamiento, sea como consecuencia de las exigencias derivadas de los principios constitucionales de libre competencia y de tutela de los intereses de los consumidores, sea a resultas de la Ley de Competencia Desleal. En particular, el tipo dedicado a la publicidad desleal comprende la publicidad que induce a confusión, la publicidad denigratoria, la publicidad parasitaria, la publicidad comparativa y una cláusula general basada en la contrariedad con las normas de corrección y buenos usos mercantiles; en lo sustantivo, además, la enunciación de los tipos correspondientes, excepción hecha del dedicado a la publicidad comparativa y a la publicidad parasitaria (de nuevo cuño), refleja en lo esencial una marcada continuidad con lo dispuesto en su día por el Estatuto de la Publicidad sobre este particular. Asimismo, en el elenco de tipos de publicidad ilícita aparecen otros supuestos que son perfectamente reconducibles de una u otra forma a los anteriores: publicidad contraria a la dignidad de la persona y a los valores y derechos reconocidos en la Constitución [art. 3. a) LGP], publicidad subliminal (art. 7 LGP) y publicidad prohibida o sometida a regulación administrativa específica (art. 8 LGP). Finalmente, la Ley General de Publicidad contiene un sistema propio, pero incompleto de acciones y normas procesales (arts. 25 a 33 LGP), al que me referiré con algún detalle más adelante [v. **Art. 18 (52) a (55)**].

(25) La Ley no encierra, sin embargo, la totalidad del Derecho de la publicidad ilícita, pues la regulación de las cuestiones relativas al contenido de la publicidad de ciertos productos y servicios (algunas de las cuales se encuentran ordenadas en el art. 8 de la Ley General de Publicidad), ya la publicidad difundida a través de ciertos medios ha quedado en manos de una pluralidad de normas especiales, unas de carácter estatal y otras autonómicas (*cfr.* C. LEMA y J. Gómez MONTERO, *Código de la publicidad* , 2. ed., M. PONS, Madrid, 1999). Entre las normas estatales que regulan la publicidad de ciertos productos y servicios (algunas previstas en el propio artículo 8 de la Ley General de Publicidad) merecen ser destacadas el Decreto 2584/1973, de 19 de octubre, por el que se regula la publicidad de determinadas inversiones, el Real Decreto 2685/1976, de 16 de octubre, por el que se aprueba la Reglamentación Técnico Sanitaria para la elaboración, circulación y comercio de preparados para regímenes dietéticos y/o especiales (sucesivamente modificado por los Reales Decretos 2398/1988, de 25 de noviembre, 3005/1991, de 13 de diciembre, y 577/1996, de 19 de enero), el Real Decreto 709/1982, de 5 de mayo, por el que se regula la publicidad y consumo de tabaco, el Real Decreto 1468/1988, de 2 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de etiquetado, presentación y publicidad de los productos industriales destinados a la venta directa a los usuarios y consumidores, el Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas, la Orden Ministerial (Ministerio de Economía y Hacienda) de 12 de diciembre de 1989 sobre tipos de interés y comisiones, información a clientes y publicidad, el Real Decreto Legislativo 330/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, el Real Decreto 212/1 992, de 6 de marzo, por el que se aprueba la Norma general de etiquetado, presentación y publicidad de los productos alimenticios, el Real Decreto 137/1993, de 29 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Armas, la Orden Ministerial (Presidencia del Gobierno) de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, el Real Decreto 1416/1994, de 25 de junio, por el que se regula la publicidad de los medicamentos de uso humano, el Real Decreto 1907/1996, de 2 de agosto, sobre publicidad y promoción comercial de productos, actividades o servicios con pretendida finalidad sanitaria, el Real Decreto 1599/1997, de 17 de octubre, sobre productos cosméticos, la Circular 1/1998, de 30 de julio, de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones sobre campañas publicitarias efectuadas en el mercado de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales, telemáticos e interactivos, por los operadores que disfrutan de una posición de dominio, la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles, el Real Decreto 2110/1998, de 2 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de Máquinas Recreativas y de Azar, el Real Decreto 2486/1998, de 20 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados... Entre las normas estatales que regulan la publicidad desde la perspectiva del medio de difusión, por su parte, pueden destacarse la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas y su Reglamento de ejecución, aprobado por el Real Decreto 1471/1989, de 1 de diciembre, la Ley 25/1988, de 29 de julio, de Carreteras y el Real Decreto 1812/1994, de 2 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Carreteras, la Resolución de 17 de abril de 1990, de la Dirección General de Medios de Comunicación Social, por la que se hacen públicas las normas de admisión de publicidad por RTVE, y en especial la Ley 25/1994, de 12 de julio, de incorporación al ordenamiento jurídico español de 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, modificada por la Ley 22/1999, de 7 de junio, la Ley 41/1995, de 22 de diciembre, de Televisión Local por Ondas Terrestres y la Ley 42/1995, de 22 de diciembre, de las Telecomunicaciones por Cable. Desde un punto de vista institucional, la regulación de la publicidad en estas normas trae consigo la atribución de un papel de gran importancia

a la Administración, sea en relación con la autorización de la publicidad, sea en relación con el control y represión de los incumplimientos de las reglas correspondientes (v. O. LÓPEZ y L. DIETTA, *AAP* , núm. 30, 1999, pág. 16 ss.).

b. Las relaciones entre la ley general de publicidad y la ley de competencia desleal en tomo a la represión de la publicidad ilícita

(26) Es lugar común destacar que la actividad publicitaria es un factor básico en las relaciones e intercambios que se producen en un mercado regido por el principio de competencia económica (*ad ex.* C. FERNÁNDEZ NOVOA, *Estudios de Derecho de la publicidad* , pág. 58-60). La publicidad, en efecto, es probablemente una de las facetas del comportamiento externo de los agentes económicos profesionales que más vivamente revela el sentido e intensidad de la competencia económica como proceso. Lo que es una realidad de hecho también lo es de derecho: la actividad publicitaria se define legalmente como «toda forma de comunicación realizada... con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones» (art. 2 LGP). El legislador ha optado por una definición extraordinariamente amplia, como resulta a las claras de los criterios escogidos para precisar los contornos de la actividad publicitaria —que no son, en este sentido, de orden material, sino finalista: la inserción en el marco de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional y la orientación a la promoción de la contratación de las prestaciones ofrecidas—, sentados en esencia para delimitar la actividad publicitaria de la publicidad institucional y de la propaganda política (C. LEMA, «Publicidad», en *Enciclopedia Jurídica Básica* , pág. 5375). En consecuencia, la definición legal no sólo comprende las acciones publicitarias de corte clásico, esto es, los anuncios o mensajes publicitarios difundidos a través de cualquier medio de comunicación o en general de forma mecanizada y al menos potencialmente de carácter masivo, sino también la colocación de rótulos de establecimiento en la vía pública [STS (Sala 3.) 12-11I-1996 «rótulo de oficina de farmacia»], las promociones de ventas dirigidas al público de los consumidores [así, C. LEMA, *RGD* , 1991, pág. 6149, y en relación con el EP ya J. M.^a DE LA CUESTA, *Lecciones de Derecho de la publicidad* , pág. 108, J. I. FONT, *Aspectos jurídicos de las operaciones de ventas con prima* , Publicaciones de la Universidad de Sevilla (extracto de tesis doctoral), Sevilla, s. f., pág. 4, 6-7, y C. VELA, *La regulación jurídica de las primas y regalos* , Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 1987, pág. 93-101], la misma presentación de los productos (SJPI *Vitoria-Gasteiz* 6-VI-1991, «envase de helados» [confirmada por SAP *Vitoria-Gasteiz* de 26-XI-1991], o SAP *Valencia* 8-XI-1993 «Wyn Olis Co.»; *cfr.* también RJAAP 22-IX-1998 «ASOZUMOS y Danone, S. A.»), un catálogo de precios (*cfr.* SAP *Baleares* 19-II-1998 «perfumes»), los folletos descriptivos de un determinado producto o servicio (v. STS 8-XI-1993 «Complejo Residencial Don Alfonso») o la llamada publicidad directa, esto es, las manifestaciones de todo tipo realizadas directamente al consumidor por las fuerzas de venta o de promoción dentro o fuera de los establecimientos, en este último supuesto tanto a través de medios de comunicación personalizada como de forma directamente personal (v. SAP *Barcelona* 4-IX-1995 «entrega de material publicitario en la calle», y entre los autores C. LEMA, «En torno al nuevo Anteproyecto de Ley General de Publicidad», *La Ley* , 1986-3, pág. 850 ss., pág. 851, ID., «Publicidad», en *Enciclopedia Jurídica Básica* , pág. 5374-5375, o A. TATO, «Publicidad directa y competencia desleal», *RJC* , 1994, pág. 573 ss., pág. 575).

(27) Así las cosas, la actividad publicitaria queda comprendida, sin duda, entre las conductas a las que es aplicable el control general de deslealtad concurrencial, extendido como está a todo comportamiento realizado en el mercado con fines concurrenciales, que no son otros que la promoción o aseguramiento de la difusión de las prestaciones propias o de un tercero (arg. ex arts. 2 y 5 LCD). En el mismo sentido, el Tribunal Supremo no ha dejado de afirmar que la publicidad desleal es «una forma de

manifestación» de la competencia desleal (STS 8-V-1997 «sin los efectos desagradables del cloro»).

(28) De tal modo se abren serios interrogantes acerca de las relaciones entre la Ley de Competencia Desleal y la Ley General de Publicidad. y lo cierto es que sobre esta cuestión ha habido pronunciamientos en todos los sentidos: desde las opiniones que postulan la derogación de la Ley General de Publicidad por la Ley de Competencia Desleal en lo relativo a la regulación de los supuestos de publicidad ilícita y a la acción de publicidad ilícita (F. VICENT, *RGD*, 1993, pág. 9978-9980, a quien se ha sumado J. M. EMBID, *CDC*, núm. 24, 1997, pág. 147), hasta los que afirman la especialidad de la Ley General de Publicidad frente a la Ley de Competencia Desleal y, por ello, sostienen más o menos claramente la aplicación de la primera a la actividad publicitaria con carácter general y en detrimento de la segunda, admitiendo, en su caso, la posibilidad de contradicciones sustantivas entre una y otra norma (en esta línea; C. LEMA, «La mención de la marca ajena en la publicidad», *La Ley*, 1993-4, pág. 917 ss., pág. 921, así como J. J. OTAMENDI, *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, pág. 107, C. MADRENAS, 10 *BIM* 1991, pág. 3, J. SANTAMARÍA, *La Ley*, 1991-2, pág. 1215, L. A. MARCO, *GJ*, núm. 14, 1993, pág. 13) a cuya postura se han sumado algunos pronunciamientos judiciales (SAP *Valencia* 6-III-1998 «profesionales facultados»), pasando por quienes defienden la «forzosamente pacífica» convivencia de ambas normas y, por ello, la posibilidad de que sean aplicadas alternativa o incluso conjuntamente a los supuestos de actividad publicitaria, sin más ajuste que la interpretación (incluso correctora) de los preceptos sustantivos de la Ley General de Publicidad según las exigencias de la Ley de Competencia Desleal allí donde pudiera haber conflicto (v. J. MASSAGUER, «Comentario a STS 30-V-92», *CCJC*, núm. 29, 1992, pág. 610 ss., y posteriormente en «Las medidas cautelares en la Ley de competencia desleal», *RDM*, núm. 206, 1992, pág. 731 ss., pág. 737-739, y en «Acción de competencia desleal» y «Competencia desleal», ambas en *Enciclopedia Jurídica Básica*, pág. 91-92, 1173, y en esta línea asimismo, empleando también otros argumentos, A. TATO, *La publicidad comparativa*, M. Pons, Madrid, pág. 204-221, así como P. PORTELLANO, *La imitación en el Derecho de la competencia desleal*, Civitas, Madrid, 1995, pág. 405-409). Esta última me parece la tesis más adecuada, pero, en cualquier caso, justo es reconocer que la duplicidad de normativas y la indefinición de sus relaciones crea un estado de cosas que, desde luego, no es excesivamente tranquilizador.

(29) La Ley de Competencia Desleal ha derogado expresamente la regulación contra la competencia desleal de la Ley de Marcas (*cf.* *Disposición Derogatoria I* LCD). y sin duda también debería haber derogado la Ley General de Publicidad. Así permitían esperarlo tanto la valoración idéntica que el legislador hace de la Ley de Marcas y de la Ley General de Publicidad como normas reguladoras de la competencia desleal fragmentarias y la expresa declaración de que la Ley de Competencia Desleal aspiraba a poner término a esta situación (Preámbulo LCD I y II párrafo 1.0), como la disparidad de modelos político-legislativos a que obedece una regulación y otra. Sin embargo, lo cierto es que no sólo no la ha derogado desde un punto de vista formal (con particular atención a los antecedentes legislativos, A. TATO, *La publicidad comparativa*, pág. 207-209), sino que además ha hecho todo lo necesario para impedir que el intérprete pueda entender que ha quedado materialmente derogada. En este sentido, puede advertirse, en primer término, que la Ley de Competencia Desleal, de modo explícito, ha reconocido la vigencia de la Ley General de Publicidad (*cf.* Preámbulo III.3 LCD), y, en segundo término, que posteriormente también lo han hecho de modo implícito otras normas (lo destacan también, A. TATO, *La publicidad comparativa*, pág. 209-210, y C. LEMA, «La publicidad engañosa en el moderno Derecho español», *La Ley*, 1995-2, pág. 870 ss., pág. 879), y en particular la Ley de incorporación de la llamada Directiva sobre Televisión sin Fronteras (Ley 25/1984, de 12 de julio, de incorporación al ordenamiento

jurídico español de la Directiva 89/552/CEE, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva) y el Real Decreto que incorpora la Directiva sobre publicidad de medicamentos (Real Decreto 1416/1994, de 25 de junio, por el que se regula la publicidad de los medicamentos de uso humano) contienen repetidas remisiones a la Ley General de Publicidad (*cf.* arts. 9.1 I, 9.2, 10.1 y 11 I de la Ley 25/1984, y art. 2.4 y DA 3. del R. D. 1416/1994), sin que pueda olvidarse que ambas leyes han sido promulgadas cuando ya se habían publicado las discusiones de los autores acerca de la relación entre la Ley General de Publicidad y la Ley de Competencia Desleal, e incluso de la eventual derogación de aquella por ésta. No falta, en fin, pronunciamiento del Tribunal Supremo que declare de modo expreso vigente la Ley General de Publicidad (STS 7-III-1996 «Cables Especiales de Levante, S. A. C. J. S. Distribuciones, S. A.»).

(30) En consecuencia, y ahora desde la perspectiva de la Ley de Competencia Desleal, es obligado preguntarse, en cambio, si las conductas tipificadas como actos de competencia desleal que merezcan la consideración de actividad publicitaria sólo quedarán sometidas a la Ley General de Publicidad. La respuesta a tal interrogante ha de ser necesariamente negativa, y aún más, a la Ley de Competencia Desleal, como ley posterior que es, debe reconocérsele primacía sobre la Ley General de Publicidad en un plano sustantivo: en primer lugar, la publicidad, tal y como se define en el artículo 2 de la Ley General de Publicidad, no es una materia especial respecto de la actividad realizada en el mercado con finalidad concurrencial que es objeto de la regulación establecida en la Ley de Competencia Desleal; en segundo lugar, la propia Ley de Competencia Desleal asume expresamente su aplicación a la publicidad.

(31) La publicidad (engañosa y desleal) no constituye, en efecto, una materia especial en relación con la competencia desleal. El postulado del que se partió en la reforma de nuestra legislación en la materia fue justamente el contrario (*v.* A. MENÉNDEZ, *La competencia desleal*, pág. 150-153). Y lo cierto es que en el marco de una constitución económica como la española no es fácil dar con razones que puedan justificar mínimamente que los conflictos producidos con ocasión de la actividad publicitaria en relación con la autonomía de decisión de los consumidores en el mercado, con la actividad y posición de los demás agentes profesionales que operan en el mercado o con los intereses públicos involucrados en el desarrollo de las relaciones y procesos económicos que tienen lugar en el mercado presenten unos rasgos propios y diferenciados de los que posee la actividad realizada en el mercado con finalidad concurrencial y, en particular, que además reclamen del legislador una solución diferenciada de la que pueda encerrar la legislación contra la competencia desleal. A mi modo de ver, no es dudoso que a este planteamiento (unidad de la materia y de su tratamiento legal) obedece la regulación establecida en la Ley de Competencia Desleal: en esta pieza normativa, el legislador ha abordado la regulación del fenómeno concurrencial de forma global y unitaria. Así se sigue a las claras, y de forma difícilmente rebatible, de la nota de generalidad con que se caracteriza la regulación establecida en la Ley de Competencia Desleal precisamente en su Preámbulo, y en particular del contenido que expresamente se asigna a esta nota en el mismo Preámbulo: adopción de una «perspectiva unitaria del fenómeno concurrencial» (*cf.* Preámbulo III LCD), fenómeno que sin lugar a dudas comprende la publicidad engañosa y desleal. De forma coherente con este planteamiento, y corroborando lo que del mismo se deduce, no falta una expresa declaración del legislador que afirme con rotundidad la aplicación de las normas de la Ley de Competencia Desleal a la publicidad: así, dice del precepto rubricado como «actos de comparación» (art. 10 LCD) que es «relativ(o) a la publicidad comparativa» (Preámbulo III.2. *in fine* LCD; *v.* también la intervención del Sr. Jover del Grupo Parlamentario Socialista en relación con el artículo 11 del Proyecto de Ley, actual art. 10 de la Ley: Cortes Generales, *Diario de Sesiones del Senado*, Comisiones, IV

Legislatura, núm. 67, pág. 1846 col. dcha.), de donde puede deducirse sin violencia que la norma dedicada a los «actos de confusión» es relativa a la publicidad que induce a confusión, que la dedicada a los «actos de engaño» es relativa a la publicidad engañosa... Y es lo cierto que de no ser así habría que admitir que la Ley de Competencia Desleal encarna un magnífico ejemplo de esfuerzo baldío: atendida la amplitud con que legalmente se define la actividad publicitaria [v. **(26)**] no parece aventurado advertir que en la práctica no será fácil encontrar (si es que fuera acaso posible en absoluto) supuestos de confusión, engaño, obsequios y primas, denigración, comparación o aprovechamiento de la reputación ajena, todos ellos definidos como actos de competencia en el catálogo legal correspondiente (arts. 6, 7, 8, 9, 10 y 12 LCD), que no sean actividad publicitaria, con la consecuencia abiertamente absurda de privar de sentido en la práctica a una parte principal de las disposiciones de la Ley de Competencia Desleal y precisamente a aquélla centrada en la represión de la deslealtad contra los consumidores [v. **Art. 5 (36)**]. En este mismo orden de ideas, resulta extraordinariamente significativo que, en el marco de la liberalización del ejercicio de las profesiones colegiadas y tras disponer que se realizará en régimen de libre competencia, se haya establecido de forma expresa que la oferta de los servicios profesionales (cuya comunicación no es sino la esencia del contenido de la publicidad) estará sujeta a la Ley de Competencia Desleal, con omisión de toda referencia a la Ley General de Publicidad en este contexto (*cf.* art. 2.1 LCP), y que precisamente como consecuencia de este cambio normativo algunos Colegios Profesionales hayan sentido la necesidad de reformar la vigente regulación corporativa de la publicidad (*cf.* Exposición de Motivos del Reglamento de Publicidad del Consejo General de la Abogacía Española, aprobado por su Asamblea General de 19 de diciembre de 1997).

(32) Aun en el caso de que las relaciones entre la Ley de Competencia Desleal y la Ley General de Publicidad se abordaran desde el erróneo postulado de la especialidad de la actividad publicitaria respecto de la actividad realizada en el mercado con finalidad concurrencial, y siendo pacífico desde esta perspectiva que en cualquier circunstancia la Ley de Competencia Desleal es una ley general, es igualmente obligado admitir la primacía de sus soluciones valorativas y técnicas a los diferentes conflictos sobre las soluciones establecidas al respecto en la Ley General de Publicidad.

(33) En primer término, y como enseña la teoría general, la norma especial debe ceder a la general ulterior cuando ésta última obedece a principios y orientaciones de política legislativa que son diversos y contradictorios con aquellos a los que responde la primera, cuando la segunda encarna un cambio en la política legislativa. Y esto es justamente lo que ha sucedido con la Ley de Competencia Desleal respecto de la Ley General de Publicidad. En efecto, las claves de política legislativa a que obedecen una y otra ley no son las mismas: si la Ley General de Publicidad se aproxima a la materia en clave corporativa, la segunda lo hace en clave institucional, del modo que se refleja con claridad no sólo en la fórmula de las respectivas cláusulas generales (tenida en cuenta la tradición y objetivos que se hallan detrás de cada una de ellas), sino también en la determinación de los criterios de ilicitud empleados en los diversos tipos (lo destaca especialmente, P.PORTELLANO, *La imitación en el Derecho de la competencia desleal*, ob. cit., pág. 408-409). En este sentido, la Ley de Competencia Desleal pone fin a los privilegios corporativos todavía característicos de la Ley General de Publicidad: *ad ex.* el desconocimiento de la *exceptio veritatis* en la definición de publicidad denigratoria, la segregación artificial del ilícito en publicidad engañosa, desleal, subliminal y contraria a normas especiales, así como, significadamente, la falta de legitimación activa de las asociaciones de consumidores o la falta de legitimación pasiva de agencias de publicidad y de los medios de comunicación.

(34) En segundo término, y en cualquier caso, es asimismo obligado reconocer la determinante fuerza interpretativa que tienen los principios y normas de la Ley de

Competencia Desleal respecto de los pasajes más o menos generales de la Ley General de Publicidad. Así las exigencias de la buena fe del artículo 5 de la Ley de Competencia Desleal deben servir necesariamente como criterio decisivo para dotar de contenido a las normas de corrección y buenos usos mercantiles del artículo 6. b) de la Ley General de Publicidad, la admisión de la *exceptio veritatis* en el artículo 9 de la Ley de Competencia Desleal ha de imponer su admisión en el artículo 6. a) de la Ley General de Publicidad ante el silencio que guarda al respecto.

(35) En suma, las disposiciones de la Ley General de Publicidad sobre publicidad engañosa y desleal debieron haber sido derogadas por la Ley de Competencia Desleal, pero no sólo no lo fueron sino que, en atención a las sucesivas referencias del legislador a la Ley General de Publicidad (sea en la propia Ley de Competencia Desleal o en disposiciones ulteriores), debe aceptarse la continuidad de su vigencia. De ahí que la publicidad esté sometida en España, al menos formalmente, a un doble control de legalidad concurrencial: el que depara la Ley General de Publicidad y el que se sigue de la Ley de Competencia Desleal. Ahora bien, siendo la Ley de Competencia Desleal una norma posterior que regula con carácter unitario el fenómeno concurrencial (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) descartarse 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, en favor de ésta última (v. SJPI *Majadahonda* 7-X-1998 «ADIGRAM c. Bacardí-Martini, S. A.»). Tampoco las acciones de la Ley General de Publicidad desplazan a las de la Ley de Competencia Desleal; se produce en esta materia un supuesto de concurso de acciones.

5. LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Bibliografía: R. ALONSO, «La modificación de la Ley española de Defensa de la Competencia», *GJ*, Boletín-10, 1997, pág. 1 ss.; L. BERENGUER, «Los derechos de defensa en los procedimientos en materia de competencia. Derecho español y comunitario», *Gaceta de la CE*, D-27, 1997, pág. 71 ss.; LI. CASES, *Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia*, M. Pons, Madrid, 1995; J. COSTAS, «Los acuerdos de menor importancia en la Ley de Defensa de la Competencia», *XV ADI* 1993, pág. 153 ss.; ID., «La nueva regulación de las medidas limitativas de la competencia: el Real Decreto-Ley 7/1996», *RGD*, núm. 632, 1997, pág. 5678 ss.; A. MENÉNDEZ, «Los derechos del administrado en los procedimientos de aplicación del Derecho de la Competencia», *REDA*, núm. 77, 1993, pág. 5 ss.; J. I. RUIZ, «Observaciones respecto a los Reglamentos nacionales de exención por categorías en el Derecho de la Competencia español», *RGD*, núm. 576, pág. 8363 ss., A. SALA, «Desarrollo procesal de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia en materia de autorizaciones singulares», *RGD*, núm. 576, pág. 8591 ss.; J. E. SORIANO, *Derecho público de la competencia*, M. Pons-Idelco, Madrid, 1998; A. TOBÍO, «Exención por categorías, autorización singular y Registro de Defensa de la Competencia», *XIV ADI* 1991-92, pág. 757 ss.; M. TRONCOSO, «El marco normativo de los ilícitos desleales de relevancia antitrust. (Reflexiones en torno al art. 7 LDC)», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor AURELIO MENÉNDEZ*, T. I, Civitas, Madrid, 1996, pág. 1035 ss.

a. Aspectos sustantivos, institucionales y procedimentales de la legislación de defensa de la competencia

(36) El sistema antitrust español se ha visto literalmente conmocionado por los cambios producidos en los últimos tiempos. En el plano legislativo, no sólo se ha producido la incorporación del *acquis* comunitario tras la integración en las entonces Comunidades Europeas en 1986, sino también la modernización de la anterior normativa interna, con la promulgación de la Ley de Defensa de la Competencia y de sus importantes desarrollos reglamentarios (especialmente, Real Decreto 157/1992, de 21 de febrero, en materia de exenciones por categorías, autorización singular y registro de defensa de la competencia). En el plano de la praxis, la legislación de defensa de la competencia no sólo ha experimentado un más que sensible incremento en la aplicación efectiva de sus prohibiciones, como refleja a las claras el número de expedientes resueltos y el importe de las multas impuestas (v. las sucesivas *Memorias Anuales* del Tribunal de Defensa de la Competencia), sino ante todo una mayor implantación cualitativa, una mayor influencia sobre las decisiones y estrategias de las empresas y sobre la ordenación de la economía en general. En este último sentido, es de destacar el importante papel desempeñado, en distintas fases y de diversos modos, por la política de defensa de la competencia en la desregulación de la economía española emprendida en los últimos tiempos (v. los diferentes *Informes* del Tribunal de Defensa de la Competencia).

(37) Objetivo declarado e inmediato de la Ley de Defensa de la Competencia es garantizar el orden económico constitucional a través de la salvaguardia de una competencia suficiente y de su tutela frente a todo ataque contrario al interés público (Exposición de Motivos 1 y II LDC). De una somera comparación entre este plan de política legislativa y aquel otro a que responde la represión de la competencia desleal [v. **Art. 1 (7) a (13)**] se desprende con facilidad la unidad del ordenamiento de la competencia económica. La convergencia, sin embargo, no se queda en el plano de los objetivos y grandes principios, sino que se manifiesta igualmente en la conexión funcional de sus ilícitos. Esta conexión se produce en un triple sentido: la integración de los actos de competencia desleal como base fáctica y presupuesto de una conducta prohibida por la legislación de defensa de la competencia, como es el falseamiento de la libre competencia por actos desleales [v. (42) a (50)], la integración de las conductas prohibidas por la legislación de defensa de la competencia entre los actos de competencia desleal a través del tipo dedicado a la violación de normas [v. **Art. 15 (49) a (51)**] o la recepción de los criterios de ilicitud propios de la legislación de defensa de la competencia como claves del reproche de deslealtad a que pueden sucumbir determinadas prácticas [v. **Art. 11 (40) a (43), Art. 16 (24) a (26) y Art. 17 (50) a (55)**].

(38) En su estructura y contenido, la Ley de Defensa de la Competencia está notablemente inspirada en el Derecho comunitario, tanto en las normas positivas como en la jurisprudencia y en las decisiones y comunicaciones de la Comisión. Los ilícitos antitrust definidos por la Ley de Defensa de la Competencia son los acuerdos restrictivos de la competencia (art. 1 LDC), el abuso de posición dominante (art. 6 LDC) y el falseamiento de la libre competencia por actos desleales (art. 7 LDC). A tales prohibiciones se suma el control de las concentraciones económicas que afecte o pueda afectar al mercado español mediante la creación o el reforzamiento de una posición de dominio (art. 14 LDC), así como la vigilancia meramente consultiva de las ayudas públicas (art. 19 LDC). La influencia comunitaria no sólo se ha dejado sentir en la configuración de la normativa, sino también, y de modo señalado, en su interpretación y aplicación.

(39) La vulneración de las diferentes prohibiciones establecidas por las normas de defensa de la competencia es objeto de sanciones administrativas, civiles y penales.

Las sanciones administrativas comprenden la intimación a cesar en la práctica prohibida (art. 9 LDC), completada por la posibilidad de fijar multas coercitivas de 10.000 a 150.000 pesetas por lapsos de tiempo suficientes para cesar en la práctica ilícita (art. 11 1 LDC); la remoción de los efectos de la práctica ilícita (art. 9 *in fine* LDC); las multas sancionadoras (art. 10 LDC), sea a los sujetos implicados en la realización de la práctica ilícita, hasta 150.000.000 de pesetas incrementado en un 10% del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior, sea a los representantes legales de las personas jurídicas implicadas, hasta 5.000.000 de pesetas. Las sanciones civiles, de su lado, consisten en la nulidad de los acuerdos que originan prácticas restrictivas de la competencia (art. 1.2 LDC), que en cuanto es nulidad absoluta opera automáticamente sin necesidad de declaración judicial previa, y en el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta ilícita, que sólo puede ser impuesto por los tribunales civiles previa resolución firme del Tribunal de Defensa de la Competencia (art. 13 LDC). Las sanciones penales, por último, no tienen carácter específico, sino que resultan de la reconducción de las conductas a alguno de los delitos tipificados, como el de detracción del mercado de materias primas o productos de primera necesidad (art. 281 CP).

(40) Los organismos encargados de la aplicación de las prohibiciones antitrust son el Tribunal de Defensa de la Competencia (arts. 20 a 28 LDC) y el Servicio de Defensa de la Competencia (art. 30 a 35 LDC). No obstante su equívoco nombre, el Tribunal de Defensa de la Competencia es organismo de estricta naturaleza jurídico-administrativa, dotado de un estatuto de órgano independiente. El Tribunal de Defensa de la Competencia es competente para la declaración de infracciones, concesión y retirada de exenciones, imposición de sanciones administrativas, y además acumula el ejercicio funciones consultivas. Sus resoluciones son recurribles ante los tribunales del orden contencioso-administrativo. El Servicio de Defensa de la Competencia, igualmente un organismo administrativo, investiga las prácticas, instruye los expedientes de oficio o a instancia de parte, tramita expedientes que luego ha de resolver el Tribunal de Defensa de la Competencia, lleva el Registro de Defensa de la Competencia y vigila el cumplimiento de las resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia; sus decisiones son recurribles ante el Tribunal de Defensa de la Competencia.

(41) Por su lado, los tribunales del orden civil no pueden conocer a título principal de la vulneración de las normas de defensa de la competencia, esto es, no pueden declarar su infracción por ser ésta competencia atribuida de forma exclusiva a un órgano administrativo, como tampoco pueden condenar al pago de indemnizaciones de daños y perjuicios sin previa resolución firme del Tribunal de Defensa de la Competencia o, en su caso, sentencia firme en el orden contencioso-administrativo que declare la vulneración de las prohibiciones establecidas en aquellas normas [*cf.* STS 30-XII-1993 «Armadores de buques de pesca c. CAMPSA», doctrina de la que se hacen eco, entre otras, RRTDC 28-VII-1994, expediente 339/93 «Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid», o 5-VI-1997, expediente 372/96 «Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid (11)»]. Ello no obstante, nada impide que los tribunales civiles conozcan de la infracción de las normas de defensa de la competencia a título incidental, esto es, que valoren la eventual existencia de un ilícito de defensa de la competencia en los casos en que ello sea relevante para determinar la eficacia o no de un concreto acto o contrato (art. 1.7 CC; no obstante, *cf.* SAP *Girona* 11-I-1993 «lotes de películas», fallo que parece ir más lejos y, previamente, declara la infracción del art. 2 LPR). Como nada impide tampoco que lo hagan en el marco del enjuiciamiento de actos de competencia desleal por violación de normas [v. **Art. 15 (49) a (51)**].

b. Falseamiento de la libre competencia mediante actos desleales

(42) En la relación entre la Ley de Defensa de la Competencia y la Ley de Competencia Desleal es elemento crucial la tipificación del falseamiento de la libre competencia mediante actos desleales como ilícito antitrust en el artículo 7 de la Ley de Defensa de la Competencia, esto es, como específica conducta prohibida por la legislación de defensa de la competencia, o «peculiar forma de actuación contra la libre competencia» (RTDC 8-VII-1992, expediente 294/91 «Asociación Nacional de Industrias Envasadoras y Refinadoras de Aceites Comestibles c. Frint, S. A.»). No puede considerarse, por ello, que el artículo 3. d) de la Ley de Prácticas Restrictivas de 1963 fuera su antecedente [v. **(6)**]. En la incorporación de este supuesto como conducta prohibida destaca, desde un punto de vista sustantivo, la extensión de la defensa de la competencia a ciertas conductas desleales especialmente cualificadas por su impacto sobre la estructura o el funcionamiento del mercado, que sin embargo no encajan en las demás conductas prohibidas. En su ámbito objetivo quedan comprendidas, en efecto, conductas que exceden de la sola afectación de los intereses particulares de los competidores para comprometer directamente los intereses públicos y que, de otro lado, son distintas de los acuerdos restrictivos de la competencia y abusos de posición dominante (y que por lo tanto no presuponen un acuerdo entre empresas, decisión de agrupación... ni una posición de dominio: *cfr.* RTDC 5-VI-1997, expediente r 201197 «Periódico Lanza») por lo que de otro modo, ya falta de un tipo particular, no podrían enjuiciarse en este contexto. Esto último no significa, sin embargo, que el artículo 7 de la Ley de Defensa de la Competencia no pueda aplicarse conjuntamente con los artículos 1 ó 6 de la Ley. Al contrario, el tipo «falseamiento de la libre competencia por actos de competencia desleal» deberá aplicarse junto con la prohibición de concertación y/o de abuso de posición dominante cuando, en el caso considerado, la perturbación de la competencia detectada debiera existir igualmente en ausencia de acuerdo o de posición dominante (RRTDC 30-XII-1991, expediente 295/91 «N.C.A. Electromedicina c. General Electric CGR España, S. A.» [confirmada por SAN 17-XI-1994J, 15-XII-1994, expediente 79/94 «Tandem-Rutasur»). Pero no podrá aplicarse cuando el falseamiento de la libre competencia se deba únicamente a la posición de dominio de la empresa que realiza la práctica, pues en tal caso debe preferirse su enjuiciamiento como abuso de posición dominante (RTDC 26-XII-1997, expediente 263/1997 «MOB/Móviles»).

(43) Desde una perspectiva institucional y en consonancia con lo anterior, la inclusión de este ilícito ha habilitado a los órganos de defensa de la competencia para combatir, con el arsenal instructor y sancionador de la legislación de defensa de la competencia, ciertos actos de competencia desleal de efectos especialmente graves (extremo especialmente destacado por R. ALONSO, *ICE*, núm. 750, 1996, pág. 14-15). Ahora bien, y considerando a un mismo tiempo los planos sustantivo e institucional, para que una determinada conducta pueda constituir, en efecto, un falseamiento de la libre competencia por actos desleales, y por tanto para que la administración antitrust pueda actuar contra ella, es preciso que la conducta considerada sea un acto de competencia desleal, pueda producir un falseamiento sensible de la libre competencia en todo o en parte del mercado nacional y provoque una afectación del interés público (RTDC 30-XII-1991, expediente 295/91 «N.C.A. Electromedicina, S. A. c. General Electric, CGR España, S. A.» [confirmada por SAN 17-XI-1994]). Se advierte con facilidad que en la definición de esta conducta prohibida se han incorporado unas exigencias de orden cualitativo relativas a sus efectos actuales o previsibles (falseamiento sensible de la competencia y afectación del interés público), a las que, en principio, son ajenas tanto la prohibición de las concertaciones como el abuso de posición dominante. De este modo, la posible intervención de los órganos de defensa de la competencia en la represión de la competencia desleal, y la alteración del orden de competencias general en esta materia, ha quedado justificada por la presencia de unos específicos elementos (los mismos que dotan de sustantividad propia al ilícito), cuyo alcance por lo demás ha sido determinado por lo general de forma estricta (RTDC 6-I-1995, expediente r 104/94 «Roca Radiadores»). En suma, no se ha posibilitado legalmente ni se ha producido en

la práctica una irrupción indiscriminada de los órganos de defensa de la competencia en la represión de la competencia desleal.

(44) A estos efectos, y en primer lugar, los actos de competencia desleal relevantes son las conductas que merecen esta consideración con arreglo a la legislación general sobre el particular: la legislación de defensa de la competencia ni presupone ni establece una noción de deslealtad concurrencial ni unos contenidos normativos distintos de los dispuestos con carácter general en la legislación contra la competencia desleal. De hecho, se ha declarado que la deslealtad concurrencial de la conducta que se enjuicie como supuesto de falseamiento de la libre competencia debe apreciarse según las reglas y criterios sentados en la Ley de Competencia Desleal (RTDC 18-I-1991, expediente 286/90 «Panava, S. L. c. Juguetes Vir, S. A. y otro») o en la Ley General de Publicidad (RTDC 7-II-1993, expediente A 61/93 «Autoescuela Valenciana c. Autoescuela Jordá»). Si bien, como consecuencia de los otros presupuestos y de la relevancia para los intereses públicos que expresan, normalmente el falseamiento de la competencia debiera asentarse en la comisión de alguno de los llamados actos de deslealtad contra el mercado [*cf.* RRTDC 8-VII-1992, expediente 294/91 «Asociación Nacional de Industrias Envasadoras y Refinadoras de Aceites Comestibles c. Frint España, S. A. y otros» (acaparamiento predatorio de aceite), 23-XII-1996, expediente MC 15/96 «Tabacos de Canarias» (violación de normas), 14-V-1997, expediente «Hidroeléctrica Ampurdanesa» (venta con prima predatoria)], lo cierto es que igualmente puede fundarse en cualquiera de los actos tipificados en la Ley de Competencia Desleal [*cf.* RRTDC 30-XII-1991, expediente 295/91 «N.C.A. Electromedicina c. General Electric CGR España, S. A.» —confirmada por SAN 17-XI-1994— (engaño), 17-II-1992, expediente 270/1990 «Repsol Butano, S. A.», 9-I-1998, expediente 368/1995 «Veterinarios a domicilio» (denigración), 19-XI-1998, expediente 357/1995 «Consejo General de Colegios Oficiales de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de España» (engaño), y AATDC 16-XII-1996, expediente MC 14/96 «Airtel c. Telefónica» (engaño)], así como en su cláusula general [*cf.* RTDC 8-VII-1992 «Asociación Nacional de Industrias Envasadoras y Refinadoras de Aceites Comestibles c. Frint España, S. A. y otros» (acaparamiento predatorio de aceite)].

(45) Entre la Ley de Defensa de la Competencia y la Ley de Competencia Desleal no se produce, sin embargo, un concurso material de acciones: ni los actos ilícitos, ni sus respectivos presupuestos, ni las sanciones previstas son las mismas, ni estas últimas son incompatibles entre sí (M. TRONCOSO, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor AURELIO MENÉNDEZ*, T. I, pág. 1057-1059). En particular, en ningún caso se produce un desplazamiento del control de la deslealtad concurrencial a favor del control antitrust: la eventual aplicación del artículo 7 de la Ley de Defensa de la Competencia a un caso determinado no impide la aplicación de la Ley de Competencia Desleal o de la Ley General de Publicidad; en consecuencia, la apertura de un expediente por los órganos de defensa de la competencia no impide ni paraliza la tramitación de la acción de competencia desleal o de publicidad ilícita interpuesta ante la jurisdicción ordinaria antes o después de aquella incoación. Y a la inversa, el Tribunal de Defensa de la Competencia debe apreciar por sí la comisión del acto de competencia desleal de que en cada caso se trate (RTDC II-X-1994, expediente r 89/94 «S. Orts c. Asociación de Viajes y Aventuras»), sin necesidad de esperar para resolver el previo pronunciamiento de la jurisdicción civil acerca de la deslealtad de la práctica enjuiciada (RTDC 8-VII-1992, «Asociación Nacional de Industrias Envasadoras y Refinadoras de Aceites Comestibles c. Frint España, S. A. y otros»).

(46) No pueden descartarse, por lo tanto, divergencias entre los pronunciamientos del Tribunal de Defensa de la Competencia y los de los juzgados y tribunales; de hecho, así ha ocurrido en relación con el enjuiciamiento de los descuentos sobre el precio de los libros mediante entrega de vales descuento, que si para el Tribunal de Defensa de la

Competencia han sido prácticas promocionales lícitas por constituir una particular modalidad de venta con prima (*ad ex.* RRTDC 23-II-1992, expediente 307/91 «Unión de Consumidores de Gijón c. Alcampo», o 17-II-1993, expediente A 40/92 «Gremio de Libreros de Valencia c. El Corte Inglés»), para algunas Audiencias Provinciales no han merecido tal calificación sino la de descuentos en sentido propio (si bien encubiertos) y por ello constitutivos de un acto de competencia desleal por violación de normas [v. **Art. 15 (49) a (51)**]. Y al contrario, tampoco puede descartarse que la doctrina sentada por Tribunal de Defensa de la Competencia en este contexto sea tomada en consideración por jueces y tribunales para interpretar y aplicar la Ley de Competencia Desleal [*cfr.* SSAP *Barcelona* 8-V-1995 «descuentos a cooperativistas», *Valladolid* 16-V-1995 «Agrupación Vallisoletana de comercio c. Centros Comerciales Continente, S. A. (11)»]. De ahí que, en su caso, sea posible que un órgano jurisdiccional del orden civil y los órganos de defensa de la competencia, o en vía de recurso los órganos jurisdiccionales del orden contencioso-administrativo, conozcan de una misma conducta constitutiva de un acto de competencia desleal y, cuando proceda, formulen un reproche de ilicitud, en un caso por deslealtad y en otro por falseamiento de la libre competencia mediante actos de competencia desleal, y adopten los correspondientes remedios con independencia. Ahora bien, si la calificación de una determinada conducta como acto de competencia desleal que efectúe en este contexto el Tribunal de Defensa de la Competencia, o en vía de recurso los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa, sólo surte efectos dentro del procedimiento sancionador o del recurso correspondiente y no vinculan a los jueces y tribunales en la interpretación y aplicación de la Ley de Competencia Desleal (en términos generales, v. *SAP Madrid* 15-VI-1995 «mantenimiento de ascensores»), no ocurre lo mismo con la sentencia firme pronunciada por un tribunal civil sobre este particular. En efecto, el Tribunal de Defensa de la Competencia o, en su caso, los tribunales de lo contencioso están obligados a pasar por la calificación hecha por la jurisdicción civil si la sentencia gana fuerza de cosa juzgada antes o durante la tramitación del expediente o de los pertinentes recursos, o incluso a revisar las resoluciones firmes, pero no las sentencias firmes dictadas en vía de recurso contencioso-administrativo (con mayor detalle, v. M. TRONCOSO, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor AURELIO MENÉNDEZ*, T. I, pág. 1065-1070).

(47) Por su parte, el falseamiento de la competencia en el mercado que se exige para que un acto de competencia desleal pueda constituir el ilícito del artículo 7 de la Ley de Competencia Desleal consiste en la supresión de las condiciones que son presupuesto de la competencia, en particular en la supresión de la pluralidad de competidores (aspecto especialmente destacado por SAN 17-XI-1994 «NCA Electromedicina, S. A. c. General Electric, CGR España, S. A.»), o si se prefiere de la libre entrada o permanencia de los competidores en el mercado (RTDC 3-II-1992, expediente A 16/91 «Tecnotrón»). En cambio, no causa un falseamiento de la competencia la conducta que no altera «la estructura del mercado en perjuicio de la competencia existente» (RTDC 11-VII-1994, expediente r 78/94 «Federación Sindical del Pequeño y Mediano Comercio y del Artesanado c. Grandes Almacenes FNAC España, S. A.»), aunque en la resolución el pasaje entrecomillado se refiere a la inexistencia en el caso de afectación negativa del interés general). Como se desprende de lo dicho hasta aquí, el falseamiento de la competencia sólo es el segundo y no el único de los presupuestos del ilícito del artículo 7 de la Ley de Defensa de la Competencia. No es realista por ello atisbar riesgo alguno de que el contenido que se ha dado a este presupuesto haga del mismo un garante inflexible de la «pluriconcurrencialidad», esto es, que frustre ninguna clase de conducta eficiente que pueda acabar por expulsar del mercado a los operadores menos aptos o por retraerles de entrar en él: el falseamiento de la competencia, como requisito de este ilícito, presupone la previa comprobación de que se ha realizado un acto de competencia desleal (de una práctica que por definición no responde al modelo de competencia por eficiencia de las propias prestaciones), del que ahora se trata de comprobar además, y como elemento de la estructura del ilícito antitrust y presupuesto que justifica la puesta

en marcha de los órganos de defensa de la competencia y del correspondiente mecanismo sancionador, si trae consigo, o puede traer consigo, la expulsión de los competidores o bien el cierre del mercado a nuevos competidores.

(48) A estos efectos, ocasiona un falseamiento de la competencia la conducta desleal «que pretende su restricción (de la competencia en el mercado) mediante la eliminación de un posible competidor» (RTDC 30-XII-1991, expediente 295/91 «NCA Electromedicina, S. A. c. General Electric, CGR España, S. A.» [confirmada por SAN 17-XI-1994]), alterando los mecanismos de funcionamiento normal del mercado (RRTDC 10-VI-1993, expediente 50/93 «Gremi de Llibrers de Valencia c. Santillana, S. A. y Grupo Anaya, S. A.», 5-VII-1994, expediente r 81/94 «Asociación Provincial de Empresas de Papelería de Ciudad Real c. doce centros escolares de la provincia de Ciudad Real»). Y lo ocasionan también las conductas que previenen la aparición de competencia en el mercado, como en su caso se ha apreciado en relación con la difusión de informaciones falsas y con la puesta en práctica de excepcionales medidas de promoción que *de facto* tienen carácter predatorio (RTDC 30-XII-1991, expediente 295/91 «NCA Electromedicina, S. A. c. General Electric, CGR España, S. A.» [confirmada por SAN 17-XI-1994]), o como podría ocurrir en supuestos de incremento de la producción o de realización de inversiones no justificadas por la situación actual del mercado (costes hundidos) y encaminadas, en cambio, a alzar barreras de entrada para terceros potenciales competidores.

(49) Se exige finalmente que el acto de competencia desleal falsee la competencia de manera sensible. De este modo se introduce un umbral de relevancia mínima para entender producido el ilícito. En la práctica, por lo demás, esta exigencia se ha confundido con el tercero de los presupuestos establecidos en el artículo 7 de la Ley de Competencia Desleal, la afectación del interés público. Ambas previsiones, en efecto, se han desenvuelto en una exigencia de notoriedad, relevancia e importancia sustantiva de las consecuencias reales o potenciales de la conducta enjuiciada para la competencia en el mercado, requiriéndose en este sentido que el acto de competencia desleal que falsea la competencia tenga «entidad suficiente como para causar una grave perturbación en los mecanismos que regulan el funcionamiento del mercado» (RRTDC 9-X-1991, expediente A 13/91 «Suministros para Ventilación y Calefacción por Aire, S. A. c. Todo en Aire, S. A.», 11-VII-1994, expediente r 82/94 «Federación Española de Asociaciones de Videoclubs c. Centros Comerciales Pryca, S. A.», o 5-VII-1994, expediente r 81/94 «Asociación Provincial de Empresas de Papelería de Ciudad Real c. doce centros escolares de la provincia de Ciudad Real», 26-VI-1997, expediente 217/97 «Colegio San Alberto Magno»). La relevancia considerada a estos efectos tiene en lo esencial un carácter cualitativo, y no cuantitativo (RTDC 8-VII-1992, expediente 294/91 «Asociación Nacional de Industrias Envasadoras y Refinadoras de Aceites Comestibles c. Frint España, S. A. y otros», aunque tampoco faltan casos en los que expresamente se ha tomado en consideración el volumen del mercado para negar que la conducta enjuiciada afectara a los intereses públicos, como RTDC 22-X-1994, expediente r 85/94 «Gobierno Vasco»), lo que ha permitido aplicar el artículo 7 de la Ley de Defensa de la Competencia a prácticas cuyos efectos se manifestaban únicamente en mercados locales (RRTDC 18-II-1992, expediente 270/1990 «Repsol Butano, S. A.», o 9-II-1998, expediente 368/1995 «Veterinarios a domicilio»; v. también RTDC 14-V-1997, expediente r 180/1996 «Hidroeléctrica Ampurdán»). Para apreciar satisfecho este elemento del ilícito se ha de atender a la naturaleza, reiteración, importancia económica de los actos considerados e influencia sobre la estructura del mercado (RTDC 15-IV-1994, expediente 335/93 «Cepy c. Trip Difusion»), lo que obliga a determinar con alguna precisión el mercado relevante y a considerar seguidamente la posición relativa de los operadores que actúan en el mismo, en especial de la empresa cuya conducta se enjuicia (RTDC 26-VI-1997, expediente 217/97 «Colegio San Alberto Magno»).

(50) Esta aproximación, sin embargo, no debe llevar a olvidar que el interés público tutelado, como es obvio y como se deduce con suficiente claridad de lo dicho, es el mantenimiento y en su caso potenciación de la competencia económica como principio regulador de los procesos de mercado, sea en sus aspectos estructurales o funcionales. No parece, en cambio, que deban entenderse también tutelados intereses públicos metaconcurrentiales, esto es, que la afectación del interés público relevante se produzca igualmente cuando la conducta enjuiciada no altere la estructura o funcionamiento competitivos del mercado, pero sí tenga efectos negativos para otros intereses generales (en esta línea, RTDC 16-IV-1998, expediente r 288/1998 «Escuelas de Danza de Valencia»; con todo, no falta resolución que entrara a considerar si los intereses de la Hacienda Pública o los intereses culturales resultaban negativamente afectados antes de rechazar que el interés público referido en el art. 7 LDC se viera perjudicado por la conducta enjuiciada: *cfr.* RTDC 10-VI-1993, expediente 50/93 «Gremi de Llibrers de Valencia c. Santillana, S. A. y Grupo Anaya, S. A.»).

c. Acuerdos de menor importancia

(51) Originariamente, y a decir verdad aún hoy, los acuerdos de menor importancia no han quedado excluidos de la prohibición de acuerdos restrictivos, sino que ha colocado su tratamiento entre los supuestos que pueden ser autorizados individualmente con carácter excepcional, esto es, aunque no concurren los requisitos establecidos con carácter general para la concesión de una autorización individual (art. 3.2 LDC). De ello sólo se puede seguir, pues, que los acuerdos de menor importancia están plenamente sujetos a la prohibición de acuerdos restrictivos (*v.* RRTDC 30-V-1989, expediente 247/89 «La Rosa, Sociedad Cooperativa», 21-XII-1989, expediente 252/89 «Promotores de la Vivienda Ibérica», 6-III-1992, expediente 306/92 «Henkel Ibérica, S. A.»; no obstante, RTDC 26-V-1999, expediente 437/98 «Vileda/Tervi») y que, en caso de que efectivamente la contravengan, podrán ser autorizados, a falta de norma que haya sentado su exención por categorías, mediante una autorización individual, sea porque concurren los requisitos generales para ello exigidos (art. 3.1 LDC), sea porque están justificados por la economía general y el interés público (art. 3.2 LDC).

(52) Ante este panorama (pleno sometimiento de los acuerdos de escasa importancia a la prohibición de acuerdos restrictivos de la competencia y posibilidad de autorización individual) y la avalancha de asuntos que trajo consigo, ha reaccionado el legislador, con una técnica extraordinariamente pobre, introduciendo un nuevo apartado tercero del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia por el Real Decreto Ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica. Mediante esta norma, se ha concedido a las autoridades de defensa de la competencia la facultad de desistir de perseguir los acuerdos restrictivos de la competencia de escasa importancia. Considerado su tenor y en particular su coincidencia con el del artículo 7 de la Ley de Defensa de la Competencia, los acuerdos de menor importancia serán aquellos que no afecten de forma significativa los intereses generales, circunstancia que no puede hacerse depender de consideraciones cuantitativas sino cualitativas (aunque probablemente en este ámbito tienda a concederse una mayor importancia a los criterios de orden cuantitativo). No se trata de una exención o legitimación *ex lege* de esta clase de acuerdos, sino tan sólo de una renuncia a incoar o tramitar expedientes contra los mismos, que se habrá de plasmar bien en una decisión de inadmisión de la denuncia o de archivo del expediente por parte del Servicio de Defensa de la Competencia, o bien en una decisión de sobreseimiento del expediente por el Tribunal de Defensa de la Competencia, recurribles las primeras ante el Tribunal de Defensa de la Competencia y las segundas ante la Audiencia Nacional.

(53) De ahí no puede seguirse, sin embargo, la impunidad de esta clase de acuerdos restrictivos. El acuerdo de estas características no deja de infringir la prohibición del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y, en este sentido, constituye la conducta de sus partes un acto de competencia desleal por violación de normas, y en particular por violación de normas que regulan actividad concurrencial [v. **Art. 15 (49) a (51)**]. Su represión, por lo tanto, queda constreñida al ámbito de la represión de la competencia desleal y en manos de los jueces y tribunales del orden civil. No es en absoluto evidente, de otro lado, que el carácter excluyente de la competencia de las autoridades de defensa de la competencia para conocer y resolver a título principal de las infracciones de la Ley de Defensa de la Competencia [v. **(41)**] impida, sobre la base de que en un juicio de competencia desleal por violación de normas no tiene lugar una aplicación a título incidental de la Ley de Defensa de la Competencia, admitir a trámite una acción de competencia desleal por este motivo y en su día resolver sobre el fondo sin que medie una de aquellas resoluciones previstas en el artículo 1.3 de la Ley de Defensa de la Competencia.

6. LA LEGISLACIÓN EN MATERIA DE PROPIEDAD INDUSTRIAL E INTELECTUAL

Bibliografía: M. ALBALADEJO y S. DÍAZ (coord.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, T. V, vol. 4.º, EDERSA, Madrid, 1994 y 1995; H. BAYLOS, *Tratado de Derecho industrial*, 2. ed., Civitas, Madrid, 1992; A. BERCOVITZ, «La formación del Derecho de la competencia», 2 *ADI* 1975, pág. 61 SS.; R. BERCOVITZ, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2. ed., Tecnos, Madrid, 1997; M. BOTANA, *La protección de las marcas internacionales*, M. Pons, Madrid, 1994; A. CASADO y M. L. LLOBREGAT (coord.), *Comentarios a los reglamentos sobre la marca comunitaria*, Universidad de Alicante, Alicante, 1996; C. FERNÁNDEZ NOVOA, *Fundamentos de Derecho de marcas*, Montecorvo, Madrid, 1984; ID., *Derecho de marcas*, Montecorvo, Madrid, 1990; ID., *Sistema comunitario de marcas*, Montecorvo, Madrid, 1995; J. A. GÓMEZ SEGADE, *La Ley de Patentes y Modelos de Utilidad*, Civitas, Madrid, 1988; ID., «El Acuerdo ADPIC como nuevo marco para la protección de la propiedad industrial e intelectual», XVI *ADI* 1994-1995, pág. 33 SS.; J. M. GONDRA, «Teoría general de los signos distintivos», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor AURELIO MENÉNDEZ*, T. I, Civitas, Madrid, 1996, 829 SS.; J. L. IGLESIAS (dir.), *Los derechos de propiedad intelectual en la Organización Mundial del Comercio El Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio*, IDEI, Madrid, 1997; J. MASSAGUER, «Aproximación sistemática general al Derecho de la competencia y de los bienes inmateriales», *RGD*, núm. 544-45, 1990, pág. 245 ss.; J. M. OTERO, *El modelo industrial*, Montecorvo, Madrid, 1977; J. M. OTERO, C. LEMA, A. CASADO y J. GÓMEZ MONTERO, *Comentarios a la Ley de Patentes*, Praxis, Madrid, 1987; J. M. RODRÍGUEZ TAPIA y F. BONDÍA, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, Madrid, 1997; M. J. SEGURA, *Derecho penal y propiedad industrial*, Civitas, Madrid, 1995.

a. La propiedad industrial y su régimen jurídico

(54) La propiedad industrial es concepto que, según la única definición que encontramos en nuestro ordenamiento positivo (art. 1.2 CUP) y prescindiendo de la reciente incorporación de una noción de propiedad intelectual ajena a nuestra tradición a través del Acuerdo sobre los Aspectos del Derecho de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (*cf.* art. 1.2 ADPIC), comprende patentes, modelos de utilidad, modelos y dibujos industriales, marcas, nombre comercial, indicaciones de procedencia o denominaciones de origen, así como la represión de la competencia desleal. A estas modalidades de propiedad industrial se han añadido con el tiempo otras, cuya posterior

aparición (y protección jurídica) es debida al desarrollo de la tecnología, como ocurre con las obtenciones vegetales, las topografías de los productos semiconductores o los certificados de protección complementaria de los medicamentos; por contra, la inclusión de la represión de la competencia desleal entre las modalidades de la propiedad industrial obedece a una concepción patrimonialista y primaria de esta materia, alejada de los postulados y fines en la actualidad vigentes en nuestro país y en los de nuestro entorno.

(55) La regulación positiva de la propiedad industrial en España ha estado presidida a lo largo de buena parte de este siglo por un principio de unidad sistemática. Semejante tradición, iniciada por la Ley de Propiedad Industrial y continuada por el Estatuto de la Propiedad Industrial, se rompió definitivamente con las recientes y sucesivas reformas habidas en esta materia. En la actualidad, el régimen jurídico de la propiedad industrial se recoge en distintas leyes especiales: la Ley de Patentes, la Ley de Marcas, el Estatuto de la Propiedad Industrial para dibujos y modelos industriales y artísticos, la Ley de Protección de las Obtenciones Vegetales, el Estatuto de la Viña, el Vino y los Alcoholes para denominaciones de origen y el Real Decreto 1573/1985, de 1 de agosto, por el que se regulan las Denominaciones Genéricas y Específicas de los Productos Alimentarios en materia de indicaciones geográficas, la Protección Jurídica de las Topografías de los Productos Semiconductores, a las que, sin duda, puede sumarse el Reglamento comunitario relativo al certificado de protección complementaria de los medicamentos y el Reglamento comunitario por el que se crea un certificado de protección complementaria para los productos fitosanitarios. Este proceso de especialización ha pasado por alto el establecimiento de una parte general común, aunque las normas sobre jurisdicción, competencia y procedimiento contenidas en la Ley de Patentes hacen las veces de parte general en esta materia a través de un juego de remisiones [*cf.* art. 40 LM, y *Disposición Derogatoria* 1. a) LP]. En particular, tampoco dispone nuestro Derecho de una ordenación única de los distintos contratos relativos a derechos de propiedad industrial. Es más, no en todos los casos recogen las distintas leyes especiales un régimen, aun embrionario, de los contratos de que puede ser objeto la particular modalidad de propiedad industrial. La protección jurídica de la propiedad industrial incluye, finalmente, la tipificación de su infracción como delito en los artículos 273 a 277 del Código Penal.

b. La propiedad intelectual y su régimen jurídico

(56) El término propiedad intelectual se utiliza tradicionalmente entre nosotros para designar el particular sistema de protección jurídica de las creaciones literarias, artísticas y científicas, así como de ciertas prestaciones próximas a ellas o relacionadas con ellas, como las interpretaciones o ejecuciones de los artistas, los fonogramas, las grabaciones audiovisuales, las emisiones de entidades de radiodifusión, las meras fotografías y determinadas producciones editoriales; las primeras, las obras artísticas, literarias y científicas son objeto del derecho de autor, mientras que las segundas, las prestaciones que se acaban de relacionar, son objeto de los que la legislación española denomina «otros derechos de propiedad intelectual», también conocidos como derechos vecinos o afines al derecho de autor.

(57) A diferencia de cuanto acontece en materia de propiedad industrial, la regulación esencial de la propiedad intelectual se encuentra recogida en una única norma, la Ley de Propiedad Intelectual (Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes en la materia), últimamente modificada por la Ley 5/1998, de 6 de marzo, de incorporación de la Directiva 96/9/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos y principalmente complementada, en lo que aquí interesa,

por el Reglamento de la Ley de Propiedad Intelectual de 1879 (Real Decreto de 3 de septiembre de 1880, por el que se aprueba el Reglamento para la ejecución de la Ley de 10 de enero de 1879, de Propiedad Intelectual), por el Reglamento del Registro General de la Propiedad Intelectual (Real Decreto 733/1993, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Registro General de la Propiedad Intelectual) y por los artículos 270 a 272 del Código Penal que tipifican los delitos relativos a la propiedad intelectual.

c. Las relaciones entre la protección jurídica de la propiedad industrial e intelectual y la ley de competencia desleal en torno a la represión de la competencia desleal

(58) En nuestra literatura se acepta generalizadamente la unidad de un Derecho de la competencia en sentido amplio, en cuyo marco encuentran acomodo tanto la legislación contra la competencia desleal como la legislación en materia de propiedad industrial e intelectual. Y lo cierto es que los puentes existentes entre la represión de la competencia desleal y la protección jurídica de la propiedad industrial e intelectual, más allá de la adscripción a una misma categoría sistemática, son múltiples. De una parte, los actos de explotación de las diversas modalidades de propiedad industrial e intelectual son, en principio, actos realizados en el mercado con finalidad concurrencial y, de otra parte, la legislación contra la competencia desleal y la protección jurídica de la propiedad industrial e intelectual obedecen a objetivos de política legislativa que, al menos en parte, se encuentran estrechamente relacionados. En el mismo orden de cosas, además, el reproche de deslealtad, en algunas de sus modalidades, y la infracción de derechos de propiedad industrial o intelectual están contruidos sobre criterios ciertamente próximos, como son, en esencia y para los signos distintivos, la confusión, la explotación de reputación ajena —cuya protección tiende a incluir la jurisprudencia española entre las funciones de la marca de forma cada vez más evidente (*cf.* SSTS 29-X-1994 «Bailey's», 19-XI-1994 «Loewe/Enrique Loewe Knappe») y ha sido plenamente asumida tanto en el Reglamento sobre la Marca Comunitaria (*v.* C. FERNÁNDEZ NOVOA, *Sistema comunitario de marcas*, Montecorvo, Madrid, 1995, pág. 43-44) como en el Acuerdo sobre los Aspectos de Propiedad Intelectual relacionados con el comercio [*v.* J. MASSAGUER y M. MONTEAGUDO, en J. L. IGLESIAS (dir.), *Los derechos de propiedad intelectual en la Organización Mundial del Comercio*, pág. 153 ss., pág. 174-177]—, y para las creaciones industriales e intelectuales, el aprovechamiento de esfuerzo y de las inversiones ajenas (*cf.* Preámbulo LP). Sobre estas bases comunes, sin embargo, se han construido mecanismos de protección jurídica técnicamente diferenciados: si el Derecho contra la competencia desleal se vale de cláusulas generales y, por ello, está dotado de una enorme capacidad de adaptación a la cambiante realidad de las conductas de mercado, la legislación de propiedad industrial e intelectual se vale de derechos subjetivos de contenido esencialmente negativo (derechos de exclusión), con la consiguiente rigidez en la definición de los presupuestos materiales y formales de protección, así como en la determinación del contenido material y el alcance objetivo de dicha protección.

(59) De ahí que, como no podía ser de otra forma, no haya sido infrecuente que la práctica, detectadas lagunas o insuficiencias en la protección jurídica de la propiedad industrial e intelectual, volviera los ojos hacia los mecanismos más flexibles ofrecidos por el Derecho contra la competencia desleal. Y de ahí que no pueda extrañar la vehemencia y complejidad del debate tradicionalmente abierto acerca de la eventual aplicación conjunta de las normas de estos cuerpos legales ni, en consecuencia, la riqueza de los argumentos de política y de técnica jurídica que se han manejado.

(60) Aun a riesgo de simplificar en exceso, debe asumirse la premisa de que las relaciones entre el Derecho contra la competencia desleal y la legislación sobre

propiedad industrial e intelectual están presididas por un principio de complementariedad relativa; debe rechazarse de plano, por tanto, una solución simplista bien basada en un formal principio de especialidad legislativa que, según los casos, opere en uno u otro sentido, con la consecuencia de que la aplicación de una normativa excluya automáticamente la posibilidad de aplicar la otra, o bien al contrario basada en un principio de acumulabilidad indiscriminada. Las claves que explican la naturaleza y alcance de esta relación de complementariedad relativa giran, a mi modo de ver, en torno a los aspectos en que se produce al tiempo la proximidad y el alejamiento entre la legislación contra la competencia desleal y la legislación de propiedad industrial y de propiedad intelectual. En efecto, las coincidencias que se han apuntado en el plano de la política legislativa y en el plano de los criterios de ilicitud sólo son parciales. Tal circunstancia abre la puerta a una posible aplicación complementaria de ambos bloques normativos, sea simultáneamente o no, en este caso particularmente ante la imposibilidad de hacer valer los derechos de propiedad industrial o de propiedad intelectual.

(61) Los fines político-legislativos de la legislación sobre propiedad industrial e intelectual no se limitan a una mera especialización de los propios de la legislación contra la competencia desleal, debida tal vez a la relativa facilidad con que el ilícito podía asentarse sobre bases normativas y no meramente fácticas y, sobre todo, al interés político-legislativo en proceder de este modo para proteger jurídicamente ciertos resultados de la actividad intelectual, inventiva, comercial o empresarial. Antes bien, aquellos fines político-legislativos sobre todo acogen, en plano de igualdad, objetivos metaconcurrentiales diversos, procedentes de la política industrial (*cfr.* Preámbulo de la LP), agrícola (*cfr.* Preámbulo del EVVA), cultural, de fomento regional., e incluso halla fundamentos constitucionales, si no exclusivos, desde luego formalmente alejados del mero reconocimiento de la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, como son el derecho a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica [art. 20.1. b) CE, invocado en relación con el sistema de patentes por J. A. GÓMEZ SEGADE, «Aplazamiento de la reforma del Derecho de patentes español», 7 *ADI* 1981, pág. 503 ss., pág. 512; ID., «Problemas y perspectivas del futuro Derecho español de patentes», 9 *ADI* 1983, pág. 79 ss., pág. 86 y 87; ID., «Caracteres generales y algunos aspectos concretos de la nueva Ley española de patentes», 11 *ADI* 1985-86, pág. 17 ss., pág. 18]), el derecho a la propiedad privada (art. 33 CE, invocado en relación con el sistema de patentes por F. VICENT, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, T. II, 1. ed., s. e., Valencia, 1983, pág. 21-22), las obligaciones de los poderes públicos de promover el acceso a la cultura y la investigación científica y técnica [art. 44 CE, invocado en relación con el sistema de patentes por J. MASSAGUER, «Import und Export van Waren im Rahmen des spanischem Patentgesetzes», *GRUR Int.*, 1988, pág. 558 ss., pág. 559 en nota (5a)], o el enriquecimiento del patrimonio artístico y cultural (art. 46 CE). De tal forma, la protección jurídica de la propiedad industrial e intelectual se afirma, en conjunto, también sobre unas bases diferenciadas y funcionalmente autónomas respecto de las propias de la legislación contra la competencia desleal, sin perjuicio de la comunidad de fundamentos en algunos aspectos ni de su conexión sistemática.

(62) De otro lado, los criterios de ilicitud tampoco son enteramente coincidentes, sea en su propia esencia o bien en su particular contenido. Como antes se apuntó, la protección de la propiedad industrial e intelectual se ha instrumentado a través de derechos de exclusión fundados en una previa delimitación del objeto protegido extraordinariamente precisa, que afecta tanto a la creación intelectual protegida —sea por consecuencia de identificación en registros (propiedad industrial) o de la naturaleza misma de las cosas (propiedad intelectual)— como al ámbito objetivo de la tutela y a su extensión material —en ambos casos, por consecuencia de una concreción legal—. Todo ello se salda en que la vulneración de un derecho de propiedad industrial o intelectual es un ilícito de

naturaleza normativa. De tal forma, el ilícito en materia de propiedad industrial e intelectual ha quedado configurado como invasión en el ámbito de vigencia material, objetiva, espacial y temporal de un derecho subjetivo sobre un objeto (bien inmaterial) definido con precisión y en abstracto. En cambio, el acto de competencia desleal, incluso en el supuesto de que se trate de un acto que haya merecido una expresa tipificación positiva, resulta de la proyección sobre el caso de cláusulas generales, más o menos abundantes en elementos fácticos indeterminados (implantación en el tráfico, reputación...), pero siempre necesitadas de la comprobación de que el resultado ilícito (confusión, aprovechamiento indebido...) se ha producido en efecto o, de haber tenido la conducta enjuiciada la ejecución o difusión precisa, se habría producido. El ilícito de competencia desleal posee, en este sentido, una naturaleza concreta o fáctica (para marcas, v. M. MONTEAGUDO, «El riesgo de confusión en Derecho de marcas y en Derecho contra la competencia desleal», XV ADI 1993, pág. 73 ss., pág. 91-92, 96-100).

(63) Siendo esto así, no puede negarse la posibilidad de acudir a la legislación contra la competencia desleal para impedir a terceros la utilización de bienes inmateriales que, por su naturaleza, no sean susceptibles de ser protegidos mediante modalidades de propiedad industrial o intelectual o que siéndolo bien no hayan cumplido con los requisitos formales de protección o bien hayan dejado de estar protegidos mediante propiedad industrial o intelectual a consecuencia del transcurso de su correspondiente período de vigencia, así como para impedir a terceros la realización de actos de explotación que igualmente por su naturaleza o por sus consecuencias no queden comprendidos entre los que abarca el contenido del *ius prohibendi* reconocido al titular de un derecho de propiedad industrial o intelectual debidamente obtenido y en vigor. Incluso parece posible recurrir conjuntamente a una y otra parcela del ordenamiento para enjuiciar y, si fuere procedente, sancionar un mismo supuesto de hecho, concentrándose cada una de las acciones de defensa ejercitadas en el caso en los aspectos que son propios y no comunes de los correspondientes ilícitos. Para todo ello será preciso que, atendidas las particulares circunstancias del caso, dicha utilización de creaciones protegidas o susceptibles de ser protegidas mediante modalidades de propiedad industrial o propiedad intelectual sea objetivamente contraria a las exigencias de la buena fe o, en su caso, conduzca o pueda conducir o encarnar o pueda encarnar alguno de los resultados desleales tipificados (en esta línea para signos distintivos, J. M^a. GONDRA, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor AURELIO MENÉNDEZ*, T. I, pág. 844-845). Siempre en el bien entendido, conviene insistir en ello, de que en estos casos la acción de competencia desleal sólo puede acogerse cuando los aspectos y efectos de la conducta combatida valorados a la luz del Derecho contra la competencia desleal y a la luz de los derechos de propiedad industrial e intelectual no sean los mismos. Dicho con otras palabras, el supuesto de hecho subsumible en el ámbito de vigencia de un derecho de propiedad industrial o intelectual que, sin embargo, no constituye una infracción del mismo no puede tampoco constituir un acto de competencia desleal cuando el reproche de deslealtad deba fundarse en la tutela de los mismos objetivos político-legislativos y/o en los mismos criterios sustantivos empleados para definir la infracción de los derechos de propiedad industrial o intelectual. Por el contrario, la represión de estos casos a través de las normas contra la competencia desleal está expedita cuando la ilicitud concurrencial descansa en bases diversas de las que fundan la infracción de los derechos de propiedad industrial o intelectual y, además, no resulte contraria a los fines de política legislativa asumidos por la legislación relativa a la protección de la propiedad industrial e intelectual.

(64) Así, el Derecho contra la competencia desleal se presenta en la práctica como un indudable motor de expansión y refuerzo de la protección que dispensan los derechos de propiedad industrial e intelectual, en la medida en que permite llevarla a aspectos en principio ajenos a su ámbito objetivo o a su alcance material (de hecho no son pocas las huellas dejadas en las leyes de propiedad industrial e intelectual por los avances

jurisprudenciales habidos en competencia desleal), siempre con el límite de la congruencia sistemática. La represión de la competencia desleal no constituye, en cambio, un mecanismo de tutela reforzada y subsidiaria que permita reconstruir la protección jurídica de la propiedad industrial e intelectual dentro de su ámbito objetivo cuando, por la razón que fuere, falle su vigencia, como tampoco puede aplicarse, ni de forma acumulada ni de forma alternativa, a la tutela de la propiedad industrial o intelectual en aquellos supuestos de hecho que queden plenamente comprendidos en el ámbito material, objetivo, temporal y espacial de vigencia de aquella protección, y no presenten por demás facetas ajenas al mismo. Tampoco es lícito acudir a los principios y reglas del Derecho contra la competencia desleal para integrar, para precisar por vía de interpretación la extensión de la tutela ofrecida a la propiedad intelectual o industrial, habida cuenta de que, como se ha apuntado, los criterios de ilicitud tienen en este ámbito un carácter abstracto o normativo, del modo que corresponde a un derecho de exclusión, y en el ámbito de la represión de la competencia desleal poseen un carácter fáctico que exige la comprobación en cada caso, de la presencia del riesgo o efecto que determina la deslealtad.

7. LA LEY DE ORDENACIÓN DEL COMERCIO MINORISTA

Bibliografía: F. ALONSO, F. LÓPEZ PELLICER, J. MASSAGUER y A. REVERTE (coord.), *Régimen jurídico del comercio minorista*, McGraw-Hill, Madrid, 1999; A. BERCOVITZ, *Libre competencia y Ley de ordenación del comercio minorista en España*, Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 1997; ID., «Notas sobre los aspectos jurídico-mercantiles de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista», en *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor JUSTINO DUQUE DOMÍNGUEZ*, vol. II, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1998, pág. 941 ss.; R. BERCOVITZ y J. LEGULNA, *Comentarios a las leyes de ordenación del comercio minorista*, Tecnos, Madrid, 1997; C. MANUBENS y otros (dir.), *Ordenación del comercio minorista. Comentarios a la Ley 7/1996 y a la Ley Orgánica 2/1996 de fecha 15 de enero*, Praxis, Barcelona, 1996; J. L. PIÑAR y E. BELTRÁN (dir.), *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica complementaria*, Civitas, Madrid, 1997; J. E. SORIANO, «Ley de Comercio: Estado de derecho y fraude constitucionab, *El País*, 3-I-96, pág. 48; M. TRONCOSO, «Notas críticas a la proposición de Ley de Comercio Interior del Grupo Parlamentario Catalán», *La Ley*, 1994-4, pág. 968 ss.

a. Aspectos sustantivos de la legislación sobre comercio minorista

(65) En términos generales, la Ley de Ordenación del Comercio Minorista es el cuerpo normativo estatal, básico y específico de la distribución comercial minorista. Desde esta perspectiva, sus disposiciones pueden agruparse, por su contenido y finalidad, en dos grandes categorías: de un lado, disposiciones concernientes a la regulación del sistema de distribución de productos, destinadas, en particular, a asegurar un sistema de distribución eficiente según el modelo constitucional de competencia libre y leal (sin perjuicio de la importante presencia de previsiones destinadas a garantizar el equilibrio que políticamente se ha considerado deseable entre formas tradicionales y modernas del comercio minorista); de otro lado, disposiciones relativas a la regulación de determinados aspectos precontractuales y contractuales de la relación entre distribuidores-minoristas de productos y consumidores, así como de la relación de suministro entre distribuidores-minoristas y sus proveedores y entre franquiciantes y franquiciados.

(66) En este momento únicamente interesa considerar la primera de estas categorías de disposiciones. Bajo este aspecto, en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista se dan cita dos tipos de normas, unas de alcance estructural, cuyo objetivo es el establecimiento de las bases de la distribución comercial en el mercado español (apertura de establecimientos, horarios comerciales, aplazamiento de los pagos...) y otras relativas a los comportamientos de los agentes (precios y actividades de promoción de ventas). Sus normas estructurales sitúan a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista en el umbral del entero Derecho de la competencia: dichas normas estructurales no establecen las reglas del juego, sino que configuran el mercado, por lo que constituyen un *prius* respecto de la aplicación de las normas antitrust o de competencia desleal; sencillamente, la aplicación de estas normas de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista se realiza con autonomía respecto de lo dispuesto por la Ley de Defensa de la Competencia y la Ley de Competencia Desleal, y la aplicación de éstas parte del dato previo del cumplimiento o, en su caso, incumplimiento de lo anterior. En cambio, las normas relativas a las conductas y estrategias de los distribuidores minoristas se incrustan en el seno de un Derecho contra la competencia desleal en sentido amplio.

(67) Desde esta perspectiva, la Ley de Ordenación del Comercio Minorista tiene por objeto sentar las reglas del juego en el sector de la distribución comercial. Pero en su definición están presentes elementos de inspiración concurrencial tanto como elementos de inspiración marcadamente estructural; si los primeros llevarían a incluir en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista normas que establecen un marco de buenas prácticas comerciales, los segundos harían lo propio en relación con la corrección de los desequilibrios entre grandes y pequeños comerciantes, en particular con el fin de salvaguardar las formas tradicionales del comercio. Ahora bien, en mi opinión, la integración de estos objetivos no se ha producido de forma neutral, ni tan siquiera de forma paritaria. Como ya advierten paradójicamente las repetidas invocaciones a la libre y leal competencia que se hallan en la Exposición de Motivos, en la configuración de las normas pesa más aquel último objetivo que el primero, como luego tendré ocasión de ilustrar al hilo de algún ejemplo. Por otro lado, y como ya se ha advertido respecto del conjunto de la legislación en materia de comercio interior, la Ley de Competencia Desleal integra plenamente los ilícitos de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista en su sistema y, todavía más, entre sus tipos. En efecto, cualquiera que fuere su fin predominante concurrencial o estructural, todas las normas de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista sobre prácticas concurrenciales son normas ordenadoras de la competencia. De ahí que su infracción (art. 15.2 LCD) constituya, *per se*, un acto de competencia desleal por violación de normas. Y de ahí que, al sistema de sanciones y procedimiento de carácter administrativo propio de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, se sume el sistema de sanciones y aplicación jurídico-privado de la Ley de Competencia Desleal.

b. (sigue) ámbito material

(68) La regulación contenida en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista no posee alcance general, sino en esencia sectorial, a salvo de alguna disposición aislada. En efecto, la Ley de Ordenación del Comercio Minorista sólo es de aplicación en el ámbito de la distribución comercial minorista [con mayor detalle, J. MASSAGUER, en F. ALONSO, F. LÓPEZ PELLICER, J. MASSAGUER y A. REVERTE (coord.), *Régimen jurídico del comercio minorista*, art. 1, pág. 8-15]: actividad desarrollada profesionalmente, esto es, de forma habitual y organizada, consistente en ofertar la venta de cualquier clase de artículos a sus destinatarios finales (art. 1.2 LOCM). Con esta definición, además, se traza una noción de distribución comercial y, por ende, un ámbito objetivo de aplicación de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista ciertamente limitado. De un lado, la referencia al ánimo de lucro puede dejar fuera de su alcance a las llamadas empresas

de economía social, con gran ventaja para ciertos operadores organizados en forma de cooperativas o fundaciones, aunque parece correcto, atendido el propósito sectorial de la regulación, diferenciar entre lucro objetivo y lucro subjetivo y, así, reducir la infeliz expresión «ánimo de lucro» a la exigencia de que el agente que actúa en el mercado de forma profesional y organizada configure los términos de la operación o *rectius* del conjunto de operaciones que constituyen su actividad según criterios de economicidad y por ello no confundirla con el ánimo de lucro institucional o propio de la forma de organización jurídica adoptada por el particular agente. De otro lado, la referencia a venta y artículos excluye del alcance de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista al entero sector de servicios (de hecho, tal ha sido el propósito del legislador, como demuestra la fundamentación de la enmienda a la que se debe la supresión del término «servicios» en la definición de comercio minorista: v. Enmienda 148 del Grupo Socialista: Cortes Generales, *Congreso de los Diputados*, V Legislatura, Serie B, núm. 10-14, pág. 98), al que por el contrario se extienden las normas autonómicas de comercio interior. Del mismo modo, literalmente interpretada, la referencia a la venta excluye la comercialización de artículos mediante contratos diversos del de compraventa, como la referencia a artículos excluye la comercialización de inmuebles.

c. (sigue) ámbito territorial

(69) Desde una perspectiva formal, la Ley de Ordenación del Comercio Minorista trata de sistematizar una normativa hasta ahora dispersa, así como de resolver los problemas competenciales surgidos entre legisladores y legislaciones estatal y autonómicas en esta materia [ampliamente, J. MASSAGUER, ob. últ. cit., pág. 19-23]. Que un objetivo y otro se hayan logrado satisfactoriamente, sin embargo, no es cosa que, a mi entender, pueda afirmarse con rotundidad. Bajo este aspecto, en efecto, sorprende que una ley que se impone a sí misma una finalidad sistematizadora de disposiciones dispersas carezca de disposición derogatoria; tal vez no sorprenda ello tanto, en cambio, si se revisa el postulado de partida y se reconoce que, en realidad, no existía una regulación dispersa de la materia, salvo que se entraran a considerar también aquí las diferentes leyes autonómicas [v. **(78)** a **(82)**]. Así las cosas, una ley que, desde la aproximación que ahora interesa, establece normas de conducta para empresarios que actúan en un particular sector de la economía no ha definido, sin embargo, el modelo de relaciones con el resto de la normativa vigente en la materia, esto es, con el conjunto de la legislación que integra el Derecho contra la competencia desleal, con la excepción, si se quiere, de su relación con la normativa autonómica y a salvo de lo dispuesto en particular para algunas materias (*cf.* arts. 14.1 n, 34.2 LOCM).

(70) De tal modo, y ante una conducta realizada en el mercado con finalidad concurrencial que entre en el ámbito de aplicación de las normas de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, parece obligado comenzar por precisar si dicha conducta se halla gobernada por la ley estatal o, en cambio, lo está por la legislación autonómica en la materia [se han ocupado de estos aspectos detenidamente, F. PALAU y J. ROCA, en F. ALONSO, F. LÓPEZ PELLICER, J. MASSAGUER y A. REVERTE (coord.), *Régimen jurídico del comercio minorista*, D. F., pág. 952 ss.] y, en cualquiera de los casos, debe seguidamente enjuiciarse la conformidad con lo que pudiéramos denominar legislación general contra la competencia desleal.

(71) Buena parte de las materias reguladas por la Ley de Ordenación del Comercio Minorista ya lo estaban también por las leyes autonómicas: así, por ejemplo, ventas multinivel, ventas en rebaja, ventas de promoción, ventas de saldos, ventas en liquidación... La relación entre la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y las leyes autonómicas sobre comercio interior se basa en la limitada vigencia de la primera que, sin embargo, no se ha determinado según un criterio espacial, sino material. Esto es, la aplicación de la norma estatal no se ha reservado a los supuestos de hecho cuyos

efectos excedan el ámbito territorial de una sola Comunidad Autónoma, sino a los supuestos de hecho que, por su naturaleza y por la naturaleza de la regulación establecida al respecto, puedan encuadrarse en el ámbito de una competencia legislativa del Estado, exclusiva o sólo en relación con legislación básica, y al tiempo fuera de la competencia legislativa autonómica, que incluso en los casos en que se ha asumido en exclusiva tiene como límite las bases y la ordenación general de la actividad económica y la legislación de defensa de la competencia, amén de la eficacia limitadora de otras competencias exclusivas del Estado relacionadas con la regulación del comercio interior. Como consecuencia de ello, una misma práctica concebida para ser ejecutada en todo el territorio nacional puede quedar sometida a una pluralidad de normas autonómicas con un contenidos diverso.

(72) En efecto, sólo son de aplicación necesaria en todo el territorio nacional aquellas disposiciones de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista fundadas en títulos competenciales exclusivos del Estado, en lo que interesa en la competencia para regular el Derecho mercantil de la competencia (art. 149.1.6.º CE), expresamente especificadas por la propia norma: ventas a pérdida, venta en pirámide (definición de) ventas en rebajas y determinación de la temporada de rebajas, (definición de) ventas de saldos (definición y duración de) ventas en liquidación (*cf.* Disposición Final Única III LOCM). A estos preceptos, no obstante el silencio legal, deben añadirse aquellos otros relativos a la prohibición de engaño, como son los concernientes a la calidad de los productos ofrecidos en las ventas en rebajas o a la veracidad de la oferta en los supuestos de venta directa (arts. 26 y 35 LOCM), por basarse en idéntico título competencial. Ello no obstante, las Comunidades Autónomas, haciendo uso de su competencia legislativa (sea exclusiva, de desarrollo legislativo o de ejecución) en materia de comercio interior o de protección de los intereses de los consumidores, podrán regular ciertos aspectos relativos al desarrollo y puesta en práctica de las normas estatales; no en vano, la inmensa mayoría de los preceptos de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista que forman parte de la legislación mercantil en materia de defensa de la competencia (todos menos la prohibición de venta a pérdidas) son meras definiciones. Así las cosas, la Ley de Ordenación del Comercio Minorista no deja de tener un efecto armonizador, limitado a la formulación de la definición de ciertas prácticas habitualmente conflictivas (rebajas, saldos y liquidación), cuya regulación queda en manos de las Comunidades Autónomas con competencia en la materia, que a decir verdad deberán limitarse a la determinación de las condiciones en que se han de llevar a cabo, y no podrán prohibirlas (pues no lo ha hecho el legislador estatal, de donde deben entenderse prácticas liberalizadas, salvo en el caso de las ofertas conjuntas).

(73) Por otra parte, el conjunto de las normas de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista es de aplicación supletoria en todo el territorio del Estado, por lo tanto sólo en defecto normas dictadas por las Comunidades Autónomas para su correspondiente territorio (*cf.* Disposición Adicional Única 1 y 11 LOCM). Desde mi punto de vista, sin embargo, no se ha establecido una regla general de supletoriedad, sino una regla cuyo alcance habrá de determinarse con atención a la naturaleza de las competencias de cada Comunidad Autónoma y al contenido de la regulación que hubieren podido dictar. De ahí que, en realidad, las normas de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, distintas de las que tienen vigencia general por basarse en competencias exclusivas del Estado, sólo puedan tener aplicación en virtud de la previsión de subsidiaridad en las Comunidades Autónomas que carezcan de competencia para legislar en materia de comercio interior o que sólo tengan competencia para dictar normas de ejecución. Por el contrario y atendida la circunstancia de que el Derecho autonómico ha precedido al Derecho estatal en la regulación del comercio interior, no parece posible que las normas de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista no amparadas por un título exclusivo del Estado sean de aplicación en las Comunidades Autónomas que, teniendo competencia exclusiva en esta materia, no la hayan ejercitado no ya de forma general

(todas las Comunidades Autónomas con competencia exclusiva han elaborado su ley de comercio interior), sino de forma particular para una cierta práctica o para cierto aspecto de una práctica (acerca del mejor fundamento de la tesis restrictiva en la determinación del alcance de la supletoriedad de la normativa estatal sobre la autonómica y sobre su acogida por la jurisprudencia constitucional, J. BALZA y J. DE PABLO, «El Derecho estatal como supletorio del Derecho propio de las Comunidades Autónomas», *REDA*, núm. 55, 1987, pág. 381 SS., *passim*, especialmente pág. 386-403). En estos casos, o en el futuro si una Comunidad Autónoma con competencia exclusiva sobre comercio interior deroga lo dispuesto para una determinada práctica y no sustituye por otra la norma derogada, el respeto a la competencia exclusiva autonómica y la primacía de la regla *pro libertate* que se deduce del principio de libertad de empresa obligan, desde mi punto de vista, a entender que el silencio del legislador autonómico expresa una liberalización de la materia, de la práctica o del correspondiente aspecto de la práctica, y no una laguna. En Comunidades Autónomas con competencia exclusiva, pues, la aplicación supletoria de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista queda reducida a los supuestos en que la norma autonómica sea incompleta, esto es, no pueda ser cumplida por carecer de un elemento necesario, y ello siempre que la norma estatal no responda a valoraciones incompatibles con las que inspiran la norma autonómica que se trata de integrar.

d. Las relaciones entre la ley de ordenación del comercio minorista y la ley de competencia desleal en torno a la represión de la competencia desleal

(74) Las normas de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista relativas a prácticas realizadas con finalidad concurrencial, y por ello comprendidas en el ámbito de aplicación de la Ley de Competencia Desleal, identifican ciertos supuestos en los que la práctica considerada constituye de común uno de los actos de competencia desleal tipificados por la Ley de Competencia Desleal mediante cláusulas generales, y los prohíbe con carácter general (y sin perjuicio de excepciones). En este sentido, las normas prohibitivas describen las conductas consideradas definiendo sus respectivos tipos de modo tal que integran las circunstancias que, según máximas de experiencia o juicios apriorísticos, determinan comúnmente su incompatibilidad con una competencia leal o, si se prefiere, determinan normalmente su contrariedad a las exigencias de la buena fe por no obedecer al principio de competencia por eficiencia y, al mismo tiempo, carecer de justificación concurrencial. Por esta vía, la normativa de ordenación del mercado tiende a evitar las dificultades que en la práctica van ligadas a la afirmación y represión de la deslealtad, en particular los problemas de prueba y la lentitud en la reacción. Se asume a cambio el riesgo de fallos. En este sentido, tras la prohibición de las ventas con pérdidas (art. 14 LOCM) podría entreeverse la consideración de que la venta de productos por debajo del precio de adquisición según factura es práctica que en el ámbito del comercio minorista se emplea de común con el propósito y efecto de atraer a los consumidores a un establecimiento y exponerlos no sólo a la oferta de los productos con precios reducidos, sino también a la de los restantes productos allí comercializados que son ofrecidos en condiciones inopinadamente menos ventajosas. Dicho con otras palabras, la prohibición trata de evitar de raíz la venta con pérdida por ser vehículo que en el comercio minorista sirve normalmente de cauce a las ofertas-señuelo y, así, al engaño, suprimiendo también de raíz las dificultades probatorias y el coste de aplicación efectiva que, en cambio, comporta la represión de este supuesto como venta a pérdida en el marco de la Ley de Competencia Desleal.

(75) Por otra parte, las normas de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista relativas a prácticas de finalidad concurrencial tienden a establecer los requisitos que con carácter general han de satisfacer para escapar al juicio de deslealtad. Desde esta perspectiva, los requisitos establecidos pueden tener una doble naturaleza: bien

material, en cuyo caso la norma exige que el minorista configure su actividad observando necesariamente determinadas pautas, o bien formal, en cuyo caso la norma sólo pide al minorista la previa obtención de autorizaciones administrativas o, al menos, la previa realización de comunicaciones a las autoridades administrativas competentes. En este sentido, por ejemplo, el catálogo de excepciones a la prohibición genérica de las ofertas conjuntas (art. 34 LOCM) fija las condiciones en que, según la experiencia, semejante práctica no resulta desleal, en particular en que no impide la adecuada valoración de la oferta ni dificulta gravemente su comparación con otras (*cf.* art. 8.3 LOCM). y otro tanto podría decirse, por ejemplo, respecto de la exigencia de que los productos rebajados hayan figurado con anterioridad en la oferta habitual del oferente o no estén deteriorados (art. 26 LOCM), o respecto de la exigencia de que los productos en promoción no estén deteriorados ni sean de peor calidad que los productos que posteriormente sean ofrecidos a precio normal (art. 27.2 LOCM), o bien respecto del deber de información en las ventas de saldos (art. 29 LOCM), todas ellas condiciones necesarias para que las correspondientes ofertas no resulten engañosas (art. 7 LCD).

(76) Ahora bien, como tuve ocasión de apuntar anteriormente, en lo que es materia propia de regulación de conducta en el mercado, y no obstante las protestas de fidelidad a las exigencias de un sistema de competencia económica reiteradas en la Exposición de Motivos, en la configuración de las particulares normas de conducta por la Ley de Ordenación del Comercio Minorista no ha primado tanto la preocupación por asegurar un orden concurrencial libre y no falseado, cuanto la preocupación por sostener a las formas tradicionales de comercio. En este sentido, no parece en absoluto exagerado destacar el carácter acentuada mente estructural que, en su conjunto, posee la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y, más en particular, el esfuerzo que realiza por favorecer a ciertas estructuras comerciales, por discriminarlas positivamente a través de normas que limitan la capacidad competitiva de las estructuras comerciales rivales. Por ejemplo, las exigencias sobre pago a proveedores en casos de aplazamiento (art. 17 LOCM) bien pudieran explicarse como condiciones destinadas a evitar que esta práctica sea un acto de competencia desleal por discriminación pasiva (*cf.* art. 16.2 LCD): las empresas de distribución de mayor tamaño y potencial emplean su posición de dominio relativo para obtener de sus proveedores condiciones de pago que éstas no pueden ofrecer a los clientes de menor tamaño, con lo que indirectamente les obligaría a discriminar a estos últimos en precios y condiciones de pago afectando seriamente a sus posibilidades de supervivencia en el mercado [v. **Art. 16 (45)**]. Pero detrás de esta norma igualmente puede esconderse —al margen de las presiones de los proveedores por capturar una parte del margen financiero-comercial que en su conjunto genera la distribución minorista— el deseo de corregir los desequilibrios derivados de la diferencia de poder de mercado en que se encuentran los distintos sujetos implicados en la distribución, favoreciendo a los de menor fuerza mediante una especie de subvención normativa que en este caso les permite obtener finalmente unas condiciones de pago más próximas a las que obtienen sus competidores con mayor poder de negociación, con la consiguiente merma de competitividad que sufren estos últimos.

(77) Allí donde concurren, los tipos de la Ley de Competencia Desleal ceden el paso a los establecidos en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, pero no salen enteramente de escena. Dicho en otros términos, cuando una práctica esté regulada en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, las normas de la Ley de Competencia Desleal, que encierran bien tipos fundados en unas cláusulas abiertas (*cf.* art. 7 LCD) o bien tipos llamados a liberalizar una conducta antes que a sancionarla (*cf.* art. 8 LCD), serán de aplicación de forma subsidiaria, como segundo control al que quedan sometidas todas las prácticas concurrenciales. Por lo tanto, el cumplimiento de los requisitos establecidos por la Ley de Ordenación del Comercio Minorista no asegura por completo su licitud concurrencial, pues todavía quedan sujetas a las exigencias generales de la Ley de Competencia Desleal; por ejemplo, el cumplimiento de lo

dispuesto en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista acerca de las ventas con obsequios (arts. 32 y 33 LOCM) no asegura la licitud de la práctica, pues todavía debe ofrecerse en condiciones tales que no induzca a error al público acerca del precio de otros productos del mismo establecimiento (ofertas-señuelo), ni dificulte gravemente su valoración o comparación con otras ofertas (art. 8.2 LCD). Lo expuesto parece perfectamente trasladable a la venta con pérdida; es más, incluso podría entenderse respaldado por la enigmática proclamación de respeto a lo dispuesto en la Ley de Competencia Desleal (art. 14.1 11 LCD). De tal modo, no obstante el cumplimiento de los requisitos de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, una venta a precio reducido podría considerarse desleal si, en atención a las circunstancias del caso, su forma de presentación indujera a error o desacreditara la imagen de los productos afectados, o bien si todavía pudiera afirmarse su carácter predatorio, si no por aplicación del art. 17 LCD (dando por bueno, sin afirmarlo, que el concepto de venta a pérdida coincide en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y en la Ley de Competencia Desleal), sí por aplicación del tipo reservado al engaño o a la denigración (arts. 7 y 9 LCD), o bien de la cláusula general de prohibición de la competencia desleal (art. 5 LCD y art. 7 LDC) o de la prohibición de abuso de posición dominante (art. 6 LDC).

8. LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA SOBRE COMERCIO INTERIOR

Bibliografía: M. BOTANA, «Disciplina de la competencia desleal y regulación de determinadas prácticas comerciales en España», 9 *ADI* 1983, pág. 487 ss.; Id., «Inconstitucionalidad de diversos preceptos de la Ley catalana 1/1983, de 18 de febrero, de Regulación Administrativa de determinadas Estructuras Comerciales y Ventas Especiales», 11 *ADI* 1985-86, pág. 5673 ss.; A. FONT, «Liquidacions a preu de saldo: les rebaixes liquidades. Acotacions a la STC 88/1986, d'I de juliol, *RJC*, 1987, 1, pág. 697 ss.

(78) Se integra asimismo entre las normas reguladoras de la actividad concurrencial la legislación autonómica en materia de comercio interior. En buena medida, puede darse por reproducido en este ámbito lo expuesto anteriormente respecto de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, y en particular de sus relaciones con la Ley de Competencia Desleal; de hecho, el tratamiento de su ámbito territorial de vigencia ha quedado ya desarrollado [v. **(69)** a **(73)**]. Conviene no obstante abordar, siquiera sea con brevedad, algunas cuestiones particulares de esta normativa.

(79) Elemento que aglutina a todas las normas por encima de sus diversos títulos es su fundamentación en la regulación del comercio interior como parte de la política de protección de los intereses de los consumidores y usuarios constitucionalmente exigida (art. 51.3 CE). De ahí que además su contenido no se reduzca al establecimiento del marco y condiciones estructurales en que los profesionales han de desenvolver su actividad frente al consumidor, sino que comprenda igualmente la regulación de algunos aspectos de su relación y, en particular, determinados comportamientos y estrategias comerciales mediante los cuales se establece la comunicación con los consumidores y, en su caso, se traba la relación con ellos: *ad ex.* venta a pérdida, rebajas o actividades promocionales. A estos fines declarados se suma también en este caso el propósito político de proteger los intereses del comercio minorista tradicional.

(80) Como tales antecedentes permiten suponer, las normas autonómicas sobre comercio interior establecen un régimen considerablemente más estricto que el sentado en la legislación general contra la competencia desleal, que incluso llega a plasmarse en normas que acogen soluciones divergentes. Debe advertirse, sin embargo, que el conflicto es más aparente que real, o si se prefiere se sitúa en un plano de valoraciones

sin trascender a la aplicación de la norma y resolución de los conflictos. En efecto, la legislación autonómica tiene vedada la ordenación de la competencia económica; sus disposiciones en materia de comercio interior están imperativamente constreñidas al encauzamiento de la defensa de los consumidores (*cf.* SSTC, 71/1982, de 30 de noviembre, «Estatuto del consumidor del País Vasco», 88/1986, de 1 de julio, «Ley catalana de rebajas»). Ahora bien, estas normas autonómicas quedan plenamente integradas en el sistema de represión de la competencia desleal. Si en el plano de los principios la defensa de los intereses de los consumidores y usuarios está expresamente asumida por la Ley de Competencia Desleal (Preámbulo IV párrafo 2.º *in fine* LCD) y consecuentemente se ha asumido, tal cual es su contenido actual o tal como pueda ser en el futuro, la vigencia y compatibilidad sistemática de toda la ordenación sobre comercio interior (Preámbulo IV párrafo 2.º LCD), en el plano de la calificación de las conductas se ha ido todavía más allá: la Ley de Competencia ha incorporado el incumplimiento de la legislación autonómica en materia de comercio interior en la constelación de actos de competencia desleal, mediante la tipificación y represión de la violación de normas como acto de competencia desleal [v. **Art. 15 (39)**] y, paralelamente, ha propiciado la elevación de la correspondiente infracción administrativa a ilícito jurídico-privado de competencia desleal, con dos importantes consecuencias, una material y otra procedimental.

(81) La asunción de la infracción de normas sobre prácticas comerciales como ilícito de deslealtad concurrencial comporta materialmente una amplia delegación para el control legal de las conductas concurrenciales a favor de las Comunidades Autónomas que son competentes para regular la protección de consumidores y usuarios, comercio interior y publicidad. A través del artículo 15 de la Ley de Competencia Desleal, en efecto, el legislador estatal ha sentado un acto de competencia desleal en blanco que en la práctica pone en manos de los legisladores y de las administraciones autonómicas la creación de nuevos ilícitos jurídico-privados de deslealtad concurrencial, sin otro límite que el respeto de los correspondientes títulos competenciales. Esta generosidad no deja de sorprender, consideradas la rotundidad con que la jurisprudencia constitucional ha afirmado la exclusividad de la competencia estatal en materia de Derecho de la competencia (*cf.* SSTC 71/1982, de 30 de noviembre, «Estatuto del consumidor del País Vasco», 88/1986, de 1 de julio, «Ley catalana de rebajas») y, en especial, la cicatería con la que el Gobierno central se ha enfrentado a los intentos de las Comunidades Autónomas para crear ilícitos administrativos en materia de disciplina de mercado presentando numerosos recursos de inconstitucionalidad, aunque con el tiempo parecen haber decaído los ánimos (no se explica de otra forma que se haya pasado por alto el art. 47 LOAC de Canarias).

(82) En lo relativo a los aspectos procedimentales, la vigilancia y sanción de las infracciones de la disciplina de mercado están reservadas, en origen, a organismos de naturaleza administrativa. En este sistema, los particulares son objeto del celo de la Administración, o bien meros denunciadores; los órganos de la jurisdicción ordinaria sólo están llamados a conocer, en su caso, de los recursos interpuestos contra las resoluciones administrativas. Si la infracción de una norma sobre prácticas comerciales es, como he dicho, un acto de competencia desleal, los particulares no sólo disponen de la posibilidad de denunciar ante las autoridades administrativas, sino también de la acción de competencia desleal; en este contexto, efectivamente, no existen problemas de prejudicialidad: los tribunales pueden conocer de la acción de competencia desleal interpuesta contra un acto de violación de normas sin necesidad de que previamente se haya dictado resolución administrativa que declare la infracción de la norma en cuestión, pues el objeto del pronunciamiento de los tribunales no es la emisión de tal declaración, sino poner fin y reparar los efectos concurrencialmente ilícitos de una determinada conducta (v. SSAP *Albacete* 23-I11-1993 «expedición de medicamentos fuera de oficina de farmacia», *La Rioja* 30-XII-1997 «Pompas Fúnebres Pastrana, S. A.»).

9. LA LEGISLACIÓN SOBRE DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS

Bibliografía: R. BERCOVITZ y A. BERCOVITZ, *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Tecnos, Madrid, 1987; R. BERCOVITZ y J. SALAS, *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Civitas, Madrid, 1992.

(83) Igualmente regulan ciertos aspectos concernientes a prácticas realizadas en el mercado con finalidad concurrencial, y por ello sometidas al ámbito de aplicación de la Ley de Competencia Desleal, la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, así como algunas normas autonómicas sobre esta materia o sobre publicidad dictadas al amparo de la competencia legislativa autonómica en esta materia de defensa de los consumidores.

(84) Ciertamente, las previsiones de estas leyes están volcadas en la regulación de cuestiones relativas a la salud y seguridad, formación e información de los consumidores y usuarios, organizaciones de consumidores y usuarios, estructuración de organismos administrativos para la promoción de los interés de los consumidores y usuarios así como, en el caso de la ley estatal, en algunas cuestiones relativas a la contratación con consumidores y usuarios (condiciones generales, garantías...) y, aún y no obstante la Ley de Responsabilidad del Fabricante, de responsabilidad por daños derivados del uso o consumo de bienes, productos o servicios (*cf.* arts. 25 ss. LCU). Pero no es menos cierto que, entre estas disposiciones, se deslizan algunas que afectan de lleno a prácticas concurrenciales. Así, en la ley estatal se establece no sólo un principio de veracidad para las ofertas, promociones y publicidad dirigida a los consumidores (art. 8.3 LCU), sino también una determinación de los criterios que deben inspirar su contenido: naturaleza, características, condiciones, utilidad, finalidad de los productos o servicios en cuestión (art. 8.1 LCU). Por otro lado, se prevé una ulterior regulación específica de las acciones promocionales que comprendan la utilización de concursos, sorteos, vales premio... (art. 9 LCU), previsión que no puede entenderse atendida por lo dispuesto sobre las ventas con obsequio en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista (arts. 32 y 33 LOCM), por el carácter parcial del ámbito de aplicación y contenidos de estas normas.

10. EL AUTOCONTROL DE LA PUBLICIDAD

Bibliografía: J. A. GÓMEZ-SEGADE y C. LEMA, «La autodisciplina publicitaria en el Derecho comparado y en el Derecho español», 7 *ADI* 1981, pág. 38 ss.; A. TATO, «El nuevo sistema de autodisciplina publicitaria en España», XVIII *ADI* 1997, pág. 161 ss.; ID., «La publicidad ilícita en la jurisprudencia y en la doctrina del Jurado de la Publicidad», *AAP*, núm. 27, 1999, pág. 16 ss.

- (85) El autocontrol en materia publicitaria consiste en el voluntario sometimiento de los distintos agentes involucrados en la creación y difusión de la publicidad a un sistema privado de control de licitud de la actividad publicitaria, organizado por los propios interesados sea de forma unilateral, como es frecuente en el sector de los medios de comunicación social, o de forma colectiva, en el marco de asociaciones de derecho privado de carácter generala sectorial. En cualquiera de los casos, el sistema de autocontrol comprende tanto el establecimiento y regulación de los mecanismos institucionales de gestión del sistema (órganos de autocontrol, procedimientos y sanciones), como incluso la producción de la normativa aplicable, en su caso bajo la forma de códigos o reglas deontológicas. El sistema de autocontrol publicitario

únicamente resulta vinculante para los sujetos que lo imponen (sistemas individuales) o para los sujetos acogidos al mismo (sistema colectivo). En este último caso, sin embargo, existe una obvia heteroeficacia: el sometimiento de la publicidad al control organizado de esta forma se justifica en cuanto en su difusión se halla involucrado un miembro del sistema; por lo tanto, los anunciantes no afiliados al sistema no pueden escapar a este control en la medida en que en la difusión de su publicidad intervengan agencias y medios de comunicación afiliados.

(86) Los sistemas de autocontrol encuentran su fundamentación y reconocimiento en la regulación comunitaria general en materia de publicidad (*cf.* art. 5 de la Directiva 84/4S0/CEE sobre publicidad engañosa, modificada por la Directiva 97/SS/CE) y en la propia Ley General de Publicidad. En la Exposición de Motivos de esta última se admite claramente que el sistema de sanciones y los mecanismos procesales allí dispuestos no tienen carácter excluyente, y en particular que no impiden el control voluntario de la publicidad realizada a través de organismos de autocontrol. No significa este reconocimiento legal que los sistemas de auto control queden al margen del derecho de la competencia; sus normas y resoluciones, en efecto, habrán de ser escrupulosamente respetuosas con el ordenamiento, en general, y, en particular, con la legislación sobre competencia (*v.* DCE 7-IV-1999 «Código de conducta del IAA», RRTDC 28-IX-1989, expediente 242/88 «Código de las Asociaciones Españolas de Tour Operadores», 8-III-1996, expediente 196/96 «Guía de Contratación de Almacenistas del Hierro»). De hecho, no son pocas las dudas que, desde la perspectiva del Derecho de defensa de la competencia, podría suscitar un sistema de autocontrol de la publicidad que no fuera una simple reiteración y/o concreción de la legislación aplicable a la particular actividad publicitaria, sino que, bien por el tenor de sus normas —incluso' de sus normas más estrictamente deontológicas— o bien (y sobre todo) por la aplicación que de ellas se haga y de la eficacia que las correspondientes resoluciones pudieran tener para sus asociados, orientara la conducta de los destinatarios hacia sólo alguna de las posibilidades de actuación legalmente permitidas en detrimento de otras igualmente lícitas o, aún más, que acabara por impedir o limitar actuaciones conformes con el Derecho positivo contra la competencia desleal, esto es, que frustrara contenidos, técnicas, prácticas y estrategias publicitarias o promocionales que no pudieran considerarse ilícitos a la luz de la legislación positiva en vigor. En tal caso, en efecto, la instauración del sistema de autocontrol o su aplicación podría constituir una práctica colusoria (si de un sistema de autodisciplina colectivo se trata) o un abuso de posición dominante o de situación de dependencia económica (en todo caso, y en especial si de un sistema individual se trata).

(87) Así entendido, el autocontrol en materia publicitaria se organizó por primera vez en España a través de la sociedad Autocontrol de la Publicidad, S. A., constituida en 1977 por impulso de la Administración, en particular de la Junta Central de Publicidad y llamada a integrar a anunciantes, agencias y medios de comunicación (*v.* J. A. GÓMEZ-SEGADE y C. LEMA, 7 *ADI* 1981, pág. 38 ss., *passim*). Este intento, sin embargo, no llegó a cuajar.

(88) En fecha más reciente se ha constituido la Asociación de Autocontrol de la Publicidad, en forma abreviada Autocontrol (*v.* A. TATO, XVIII *ADI* 1997, pág. 161 ss., *passim*), que tiene por finalidad asegurar la utilidad de la publicidad en los procesos económicos y velar por el respeto de la ética publicitaria y de los derechos de los destinatarios. Asociados de Autocontrol pueden ser anunciantes, agencias de publicidad y medios de comunicación, así como entidades y asociaciones que agrupen a anunciantes, agencias de publicidad y medios de comunicación. Los órganos de Autocontrol son, en cuanto asociación, la Asamblea General, la Junta Directiva, el Presidente y el Director General. A éstos se suma, como órgano especializado de carácter autónomo e independiente, el Jurado de la Asociación de Autocontrol de la

Publicidad, de forma abreviada el Jurado, que se rige por su Reglamento de 14 de abril de 1999. Autocontrol ha asumido entre sus funciones la elaboración de códigos de ética publicitaria y de normas de conducta en materia de publicidad de carácter general y de carácter sectorial; de ello se encarga su Asamblea General. Asimismo, Autocontrol ha asumido, a través del Jurado, la resolución de los expedientes que puedan incoarse por infracción de dichos códigos y normas de conducta (v. A. TATO, AAP , núm. 27, 1999, pág. 16 ss., *passim*) , la formulación de anteproyectos de códigos de ética publicitaria y otras normas, la emisión de dictámenes de carácter técnico o deontológico que se soliciten, y la resolución de los arbitrajes sobre cuestiones publicitarias que les sean sometidos a su conocimiento. De la ejecución de las resoluciones adoptadas por el Jurado se encarga la Junta Directiva.

(89) En la actualidad, Autocontrol cuenta con el Código de Conducta Publicitaria, de 14 de abril de 1999, que ha venido a sustituir al anterior Código de 1996, así como también cuenta con un Código Ético sobre Publicidad en Internet, igualmente de 14 de abril de 1999. La sección segunda del Código de Conducta Publicitaria establece determinadas normas deontológicas ordenadas en seis subsecciones. La primera de ellas corresponde a los principios básicos, entre los que destacan el respeto a la legalidad y a la Constitución, al buen gusto, al derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen de las personas y al medio ambiente, la interdicción del abuso de la buena fe del consumidor, de la explotación del miedo, de la incitación a la violencia, de la incitación a prácticas peligrosas y de la publicidad discriminatoria; la segunda trata de la autenticidad de la publicidad, que entraña una exigencia de que la publicidad sea identificable en cuanto tal; la tercera establece el principio de veracidad; la cuarta aborda determinadas formas y técnicas publicitarias como los ensayos comparativos y las comparaciones, los testimonios, la explotación del prestigio ajeno y la imitación, la denigración, la venta a distancia, las promociones, las campañas con causa social; la quinta se dedica a la protección de niños y adolescentes, y sus normas tratan de prevenir el aprovechamiento de su ingenuidad, falta de madurez, inexperiencia y credulidad; la sexta trata de la protección de la salud.

(90) El Jurado es un órgano autónomo e independiente en el ejercicio de sus funciones; está compuesto actualmente por un Presidente, cinco Vicepresidentes y quince vocales, cuyo nombramiento compete a la Junta Directiva de Autocontrol y tiene una duración inicial de tres años renovables. Con carácter general se exige a los miembros del Jurado de la Publicidad una indiscutible imparcialidad, a la que deben sumarse ciertas cualificaciones técnicas; en particular, el Presidente y, al menos, los cinco Vicepresidentes han de ser juristas de reconocida competencia y los demás expertos en materia publicitaria. El Jurado podrá actuar en pleno o por secciones, éstas constituidas por cuatro miembros y adoptará sus decisiones por mayoría, reconociéndose a su Presidente un voto de calidad en caso de empate. Las resoluciones de las secciones pueden ser recurridas ante el Pleno.

(91) Desde una perspectiva material, las prácticas publicitarias se enjuician a la luz de los códigos de ética publicitaria y de las normas de conducta elaboradas por Autocontrol. Como se ha guardado buen cuidado en destacar en sus resoluciones, el Jurado no resuelve los expedientes de que pueda conocer mediante la aplicación del ordenamiento jurídico, sino mediante la aplicación de los principios y reglas de carácter deontológico dispuestas en el referido Código de Conducta Publicitaria y en los códigos y normas de carácter ético que pueda elaborar, así como en el Código de Práctica Publicitaria de la Cámara de Comercio Internacional (que tiene carácter supletorio respecto del anterior). Este planteamiento no deja de suscitar, sin embargo, algunas cuestiones controvertidas. Las fronteras entre lo ético y lo legal, en efecto, no son en todos los casos especialmente nítidas. Así se revela en relación con la valoración de las prácticas a la luz del principio de legalidad, en donde las diferentes objeciones que podría plantear la aplicación directa

del ordenamiento en el sistema de autodisciplina se han intentado salvar presentando la infracción de sus normas como simple infracción de ontológica e inscribiendo la valoración efectuada para su determinación, que ciertamente implica la comprobación de la conformidad de la práctica con el ordenamiento, en el marco de un juicio puramente deontológico [a título de ejem-plo, *cf.* RRJAAP 15-I11-1998 «Airtel Móvil, S. A.», 13-XI-1998 «Domar, S. A.».]. Otros conflictos similares pueden advertirse, por ejemplo, en la aplicación de los principios de autenticidad y veracidad, pues no carecen precisamente de conexiones con la represión de la publicidad desleal por engaño (art. 7 LCD). A todo ello, como ya se ha apuntado anteriormente, se debe añadir una prevención obvia: el juicio ético no puede en ningún caso prohibir, restringir o limitar actos que resultan conformes a Derecho, que no sean contrarios a las normas en materia de competencia desleal, de publicidad, de defensa de los consumidores y usuarios..., salvo que se cuente (para el conjunto del sistema, y en particular para las normas éticas que impiden llevar a término estrategias o prácticas publicitarias y promocionales lícitas) con la oportuna autorización singular del Tribunal de Defensa de la Competencia o, si tuviera dimensión comunitaria, de la Comisión Europea.

(92) Los expedientes podrán incoarse tanto contra asociados como contra terceros [de hecho, son numerosas las resoluciones que han debido afrontar como primer punto la tacha de falta de competencia del Jurado de la Publicidad para resolver expedientes abiertos contra terceros, tacha que ha sido sistemáticamente rechazada: últimamente, RJAAP 23-VI-1998 «Sanitas» —confirmada por RJAAP (Pleno) 9-VII-1998—]; se inician de oficio, por acuerdo debidamente motivado de la Junta Directiva de la Asociación, o a instancia de persona que acredite un interés legítimo en relación con la publicidad en cuestión (que se presupone en el caso de que exista una relación de competencia: *cf.* RJAAP 29-X-1998 «Whitehalb [confirmada por RJAAP (Pleno) 15-XII-1998], y que se ha admitido sin mayor discusión para las asociaciones de consumidores), sea un asociado o no, e interponga la oportuna denuncia en los doce meses siguientes a la realización de la publicidad. De las reclamaciones y documentos anejos que motivan la incoación del expediente se da traslado al interesado, para que conteste por escrito en plazo de ocho días. Tras valorar los escritos y documentos obrantes en el expediente, resuelve por mayoría la Sección del Jurado a la que haya correspondido conocer del mismo. La resolución, y los correspondientes remedios o sanciones implícitos, puede acoger todos o algunos de los siguientes pronunciamientos: declaración de ilicitud, amonestación, cesación, comunicación de la resolución a los asociados, publicación de la resolución en medios de comunicación. Contra las resoluciones de las Secciones cabe recurso de alzada ante el Pleno del Jurado, que pone término al procedimiento. Las resoluciones del Jurado de las secciones y del Pleno se reproducen en la publicación *Autocontrol de la Publicidad*. Una vez firme la resolución, a la Junta Directiva se atribuye competencia tanto para determinar la forma en que se ha de llevar a cabo la comunicación o la publicación de la resolución, como para supervisar e imponer su cumplimiento.

11. LOS CONVENIOS INTERNACIONALES RATIFICADOS POR ESPAÑA RELATIVOS A LA PROTECCIÓN CONTRA LA COMPETENCIA DESLEAL

a. El convenio de la unión de parís

(93) El principal texto normativo internacional en materia de represión de la competencia desleal es el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, del que España es Estado firmante desde su aprobación y que actualmente está en vigor en la versión del Acta de Estocolmo de 1967. No es éste el lugar para abordar la regulación del Convenio de la Unión de París en la materia. Baste ahora señalar, por un lado, que, con la promulgación de la Ley de Competencia Desleal, España ha dado amplio cumplimiento a su obligación de asegurar a los nacionales de otros países unionistas

los medios de defensa precisos para hacer frente a los actos de competencia desleal (art. 10ter CUP), y, por otro, que el Convenio de la Unión de París es doblemente relevante para la interpretación y aplicación de la Ley de Competencia Desleal.

(94) En primer lugar, la inclusión de la protección contra la competencia desleal entre la protección de la propiedad industrial (art. 1.2 CUP) asegura, a través del principio de tratamiento nacional (art. 2 CUP), a los súbditos de países unionistas la posibilidad de servirse de la Ley de Competencia Desleal y demás disposiciones internas contra la competencia desleal a fin de combatir las conductas anticoncurrenciales que perjudiquen o amenacen sus intereses en territorio español. De esta posibilidad, por lo demás y en cualquier caso, se benefician todos los extranjeros, a quienes constitucionalmente se les asegura el beneficio de las libertades públicas del Título Primero de la Constitución y, por tanto, la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado y sus mecanismos de protección (art. 13.1 CE).

(95) En segundo lugar, el establecimiento de una protección mínima contra la competencia desleal en el Convenio de la Unión de París como regla integrante del tratamiento unionista obliga a garantizar en la aplicación de la Ley de Competencia Desleal un nivel de protección al menos igual al que deriva de la cláusula general (art. 10 bis CUP), de lo dispuesto en materia de nombre comercial e indicaciones de procedencia (arts. 8 a 10 CUP) y de la definición de los tipos de actos de confusión, denigración y engaño (art. 10.2 CUP). Este nivel de protección mínima debe observarse en todos los casos, también si todas las partes implicadas tienen la nacionalidad española: el ordenamiento jurídico español ha reconocido finalmente a los españoles la posibilidad de invocar las normas del Convenio de la Unión de París (art. 10.3 LM); aunque formulado este reconocimiento en la legislación sobre marcas y otros signos distintivos, vale también para las normas de competencia desleal, ya que se estableció, sin distinción, para todas las materias reguladas en la Ley de Marcas «en todos aquellos casos más favorables que las normas establecidas en la presente Ley», art. 10.3 *in fine* LM), entre las que se contaba la competencia desleal [v. (8)]. No obstante, la cuestión es de importancia menor: la protección establecida en la Ley de Competencia Desleal es considerablemente superior a la establecida en el Convenio de la Unión de París, y entre sus respectivas cláusulas generales no puede haber contradicción: los usos honestos en materia industrial o comercial no tienen un contenido unionista propio y autónomo, que, en especial, los haga inmunes a la conversión del ilícito de deslealtad concurrencial en la infracción de normas objetivas de conducta en el mercado y, por tanto, eventualmente incompatibles con las exigencias de la buena fe.

b. El acuerdo sobre los aspectos de derecho de propiedad intelectual relacionados con el comercio

(96) El segundo gran Convenio Internacional ratificado por España con incidencia en la represión de la competencia desleal es el Acuerdo sobre los Aspectos de Derecho de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, Anexo 1 C del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, hecho en Marrakech el 15 de abril de 1994. Si bien es cierto que su articulado no cuenta con disposiciones que aborden la competencia desleal con carácter general, no lo es menos que encierra disposiciones relativas a diversos aspectos que propiamente pertenecen a la materia de la represión de la competencia desleal, como son las normas sobre la protección jurídica de las indicaciones geográficas (arts. 22 y 23 ADPIC) y de los secretos empresariales (art. 39 ADPIC). Como consecuencia de ello y en relación con estos dos extremos, rige también en materia de competencia desleal el principio de trato nacional (ya establecido por el Convenio de la Unión de París) y el principio de nación más favorecida (arts. 2 y 3 ADPIC), así como también las previsiones establecidas en el propio Acuerdo acerca de su defensa (Parte III ADPIC). En este último aspecto, el Derecho contra la competencia

desleal vigente satisface plenamente las exigencias del ADPIC, particularmente en materia de medidas provisionales (comprendidas de las cautelares y de las diligencias preliminares de aseguramiento de pruebas); debe advertirse con toda una diferencia que, a mi modo de ver, puede no ser sino terminológica: ciertamente la posibilidad de que estas medidas se adopten sin dar audiencia a la parte afectada se condiciona en el artículo 50.2 del ADPIC a que ello sea conveniente, mientras que el artículo 25 de la Ley de Competencia Desleal lo sujeta a la existencia de un peligro grave e inminente, que en una primera lectura tal vez pareciera ser sólo una de las circunstancias que hacen conveniente la adopción de las medidas cautelares, pero las cosas cambian en cuanto se repara en que la referencia a la evitación de un perjuicio irreparable.

c. Otros convenios internacionales

(97) A estas normas internacionales generales en materia de competencia desleal se suman las específicamente contenidas en diversos Convenios Internacionales relativos a indicaciones de procedencia y denominaciones de origen. España es Estado firmante del Arreglo de Madrid relativo a la Represión de las Indicaciones de Procedencia Falsas o Engañosas, vigente en la versión del Acta de Lisboa, de 1958; por el contrario, no tiene ratificado el Convenio de Stessa sobre denominaciones de los quesos, de 1951, ni tampoco el Convenio de Lisboa para la protección de las denominaciones de origen y su registro internacional, de 1958.

(98) Además, España tiene suscritos Convenios bilaterales para la protección de las denominaciones de origen e indicaciones geográficas con Alemania (Acuerdo entre España y la República Federal de Alemania sobre la Protección de Indicaciones de Procedencia, Denominaciones de Origen y otras Denominaciones Geográficas, hecho en Bonn el 11 de septiembre de 1970), Portugal (Acuerdo entre España y Portugal sobre la Protección de Indicaciones de Procedencia, Denominaciones de Origen y Denominaciones de ciertos Productos, hecho en Lisboa el 16 de diciembre de 1970), Francia (Acuerdo entre España y la República Francesa sobre la Protección de las Denominaciones de Origen, Indicaciones de Procedencia y Denominaciones de ciertos Productos, hecho en Madrid el 27 de junio de 1973), Suiza (Acuerdo entre España y la Confederación Suiza sobre la Protección de Indicaciones de Procedencia, Denominaciones de Origen y otras Denominaciones Similares, hecho en Berna el 9 de abril de 1974), Austria (Acuerdo entre España y la República de Austria sobre la Protección de Indicaciones de Procedencia, Denominaciones de Origen y otras Denominaciones de Productos Agrarios e Industriales, firmado en Viena el 3 de mayo de 1976), Italia (Acuerdo entre España y la República Italiana sobre la Protección de Indicaciones de Procedencia, Denominaciones de Origen y Denominaciones de ciertos Productos, firmado en Madrid el 9 de abril de 1975) y Hungría (Acuerdo entre España y la República Popular Húngara sobre la Protección recíproca de las Denominaciones de Origen y las Denominaciones de ciertos Productos Agrarios e Industriales y las Indicaciones de Procedencia, firmado en Budapest el 22 de diciembre de 1987; v. M. M. MAROÑO, «La protección bilateral de las denominaciones geográficas entre España y Hungría», XIV *ADI* 1991-92, pág. 771 ss.).

LEY 3/1991, DE 10 DE ENERO, DE COMPETENCIA DESLEAL

PREÁMBULO

I

La competencia desleal, aun constituyendo una pieza legislativa de importancia capital dentro del sistema del Derecho mercantil, ha sido un sector del que tradicionalmente ha estado ausente el legislador. Esta circunstancia, parcialmente remediada por la reciente

aprobación de las [Leyes 32/1988, de 10 de noviembre](#), de Marcas, y [34/1988, de 11 de noviembre](#), General de Publicidad, había propiciado la formación de una disciplina discontinua y fragmentaria que muy pronto habría de relevarse obsoleta y de quedar, en la realidad de los hechos, desprovista de fuerza. En efecto, las normas que tradicionalmente han nutrido dicha disciplina se encontraban dispersas en leyes de distinta edad y procedencia: contemplaban únicamente aspectos parciales (y a menudo meramente marginales) de esa vasta realidad que es la competencia desleal; respondían a modelos de regulación desfasados, que en la actualidad -según ha mostrado nuestra más reciente y atenta doctrina- carecen de parangón en el Derecho comparado e incluso de anclaje en la evolución general del propio; y, en fin, eran normas que ni siquiera dentro de sus limitaciones podían considerarse eficaces, debido a la escasa calidad y flexibilidad de su aparato sancionador. El régimen de la competencia desleal se había convertido así en un escenario normativo languideciente, al amparo del cual pudieron proliferar prácticas concurrenciales incorrectas, que en no pocas ocasiones han ocasionado un grave deterioro de nuestro tráfico mercantil.

II

La presente Ley, completando y, en ocasiones, refundiendo los esfuerzos de la racionalización sectoriales iniciados por las ya recordadas leyes de Marcas y Publicidad, aspira a poner término a la tradicional situación de incertidumbre y desamparo que ha vivido el sector, creando un marco jurídico cierto y efectivo, que sea capaz de dar cauce a la cada vez más enérgica y sofisticada lucha concurrencial. Varias circunstancias hacían inexcusable esta iniciativa.

La primera viene dada por la creciente demanda social que al respecto se ha dejado sentir en los últimos tiempos. La apertura de nuevos mercados, la emancipación de nuestra vida mercantil de vínculos corporativos y proteccionistas y una mayor sensibilidad de nuestros hombres de empresa hacia la innovación de las estrategias comerciales han abierto nuevas perspectivas a nuestra economía, pero al propio tiempo han puesto de manifiesto el peligro de que la libre iniciativa empresarial sea objeto de abusos, que con frecuencia se revelan gravemente nocivos para el conjunto de los intereses que confluyen en el sector: El interés privado de los empresarios, el interés colectivo de los consumidores y el propio interés público del Estado al mantenimiento de un orden concurrencial debidamente saneado.

La Ley responde, en segundo lugar, a la necesidad de homologar, en el plano internacional, nuestro ordenamiento concurrencial. España ha omitido esta equiparación en ocasiones anteriores. Pero en el momento presente, esa situación ya no podía prolongarse por más tiempo sin grave inconveniente. El ingreso en la Comunidad

Económica Europea exigía, en efecto, la introducción en el entramado de nuestro Derecho mercantil y económico de una disciplina de la competencia desleal que estableciese condiciones concurrenciales similares a las que reinan o imperan en el conjunto de los demás Estados miembros. Desde esta perspectiva, la presente Ley se

propone dar un paso más en la dirección iniciada por la reciente [Ley de Marcas](#),

por medio de la cual se ha tratado de materializar el compromiso contraído en los [artículos 10 bis y 10 ter del Convenio de La Unión de París](#).

Obedece la Ley, finalmente, a la necesidad de adecuar el ordenamiento concurrencial

a los valores que han cuajado en nuestra constitución económica. La [Constitución Española de 1978](#) hace gravitar nuestro sistema económico sobre el principio de libertad de empresa y, consiguientemente, en el plano institucional, sobre el principio de libertad de competencia. De ello se deriva, para el legislador ordinario, la obligación de establecer los mecanismos precisos para impedir que tal principio pueda verse falseado por prácticas desleales, susceptibles, eventualmente, de perturbar el funcionamiento concurrencial del mercado. Esta exigencia constitucional se complementa y refuerza por la derivada del principio de protección del consumidor, en su calidad de parte débil de las relaciones típicas de mercado, acogido por el artículo 51 del texto constitucional. Esta nueva vertiente del problema, en general desconocida por nuestro Derecho tradicional de la competencia desleal, ha constituido un estímulo adicional de la máxima importancia para la emanación de la nueva legislación.

III

Las circunstancias antes señaladas, al tiempo que ponen de manifiesto la oportunidad de la Ley, dan razón de los criterios y objetivos que han presidido su elaboración; a saber: Generalidad, modernidad e institucionalidad. El propósito que ha guiado al legislador ha sido, en efecto, el de elaborar una Ley general, capaz de satisfacer la heterogénea demanda social que registra el sector desde la perspectiva unitaria del fenómeno concurrencial; una Ley moderna, inspirada en los modelos de regulación más avanzados y susceptible de situar a nuestro ordenamiento de la competencia en la órbita del Derecho europeo del momento; una ley, en fin, de corte institucional, apta para garantizar o asegurar una ordenación del juego competitivo acorde con la escala de valores e intereses que ha cristalizado en nuestra constitución económica.

El resultado no podía ser otro que una profunda renovación de nuestro vigente Derecho de la competencia desleal. Dicha renovación se advierte, cuando menos, en el triple plano de la orientación, de la configuración y de la realización de la disciplina.

1. Por lo que se refiere al principio de los planos mencionados, la Ley introduce un cambio radical en la concepción tradicional del Derecho de la competencia desleal. Este deja de concebirse como un ordenamiento primariamente dirigido a resolver los conflictos entre los competidores, para convertirse en un instrumento de ordenación y control de las conductas en el mercado. La institución de la competencia pasa a ser así el objeto directo de protección. Significativo a este respecto es, entre otros muchos, el artículo 1. También, y muy especialmente, el artículo 5 en el que, implícitamente al menos, se consagra la noción de abuso de la competencia. Esta nueva orientación de la disciplina trae consigo una apertura de la misma hacia la tutela de intereses que tradicionalmente habían escapado a la atención del legislador mercantil. La nueva Ley, en efecto, se hace portadora no sólo de los intereses privados de los empresarios en conflicto, sino también de los intereses colectivos del consumo. Esta ampliación y reordenación de los intereses protegidos está presente a lo largo de todos los preceptos

de la Ley. Particularmente ilustrativo resulta el artículo 19, que atribuye legitimación activa para el ejercicio de las acciones derivadas de la competencia desleal a los consumidores (individual y colectivamente considerados).

2. En lo que atañe a la configuración sustantiva de la disciplina, las novedades no son menos importantes. A este respecto resultan especialmente destacables los dos primeros capítulos de la Ley, en los que, respectivamente, se incardinan la parte general y la parte especial de la disciplina.

En el Capítulo I, y específicamente en los artículos 2 y 3, se establecen los elementos generales del ilícito concurrencial (aplicables a todos los supuestos concretos tipificados en el Capítulo II, excepción hecha del previsto en el artículo 13, relativo a la violación de secretos industriales). A la hora de perfilar tales elementos o presupuestos de aplicación de la disciplina se ha seguido, por imperativo de la orientación institucional y social de la Ley, un criterio marcadamente restrictivo. Para que exista acto de competencia desleal basta, en efecto, con que se cumplan las dos condiciones previstas en el párrafo primero del artículo 2: Que el acto se «realice en el mercado» (es decir, que se trate de un acto dotado de trascendencia externa) y que se lleve a cabo con «fines concurrenciales» (es decir, que el acto -según se desprende del párrafo segundo del citado artículo- tenga por finalidad «promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero»). Si dichas circunstancias concurren, el acto podrá ser perseguido en el marco de la nueva Ley. No es necesaria ninguna otra condición ulterior; y concretamente -según se encarga de precisar el artículo 3- no es necesario que los sujetos -agente y paciente- del acto sean empresarios (la Ley también resulta aplicable a otros sectores del mercado: artesanía, agricultura, profesiones liberales, etc.), ni se exige tampoco que entre ellos medie una relación de competencia. En este punto, y por exigencia de sus propios puntos de partida, la Ley ha incorporado las orientaciones más avanzadas del Derecho comparado, desvinculando la persecución del acto del tradicional requisito de la relación de competencia, que sólo tiene acomodo en el seno de una concepción profesional y corporativa de la disciplina.

Las disposiciones generales del Capítulo I se cierran con una norma unilateral de Derecho internacional privado que establece un criterio de conexión -el mercado afectado por el acto de competencia desleal- en plena armonía con la inspiración institucional de la Ley.

El núcleo dispositivo de la Ley se halla ubicado en el Capítulo II, donde se tipifican las conductas desleales. El capítulo se abre con una generosa cláusula general de la que en buena medida va a depender -como muestra la experiencia del Derecho comparado- el éxito de la Ley y la efectiva represión de la siempre cambiante fenomenología de la competencia desleal. El aspecto tal vez más significativo de la cláusula general radica en los criterios seleccionados para evaluar la deslealtad del acto. Se ha optado por establecer un criterio de obrar, como es la «buena fe», de alcance general, con lo cual, implícitamente, se han rechazado los más tradicionales («corrección profesional», «usos honestos en materia comercial e industrial», etc.), todos ellos sectoriales y de inequívoco sabor corporativo.

Pero la amplitud de la cláusula general no ha sido óbice para una igualmente generosa tipificación de los actos concretos de competencia desleal, con la cual se aspira a dotar de mayor certeza a la disciplina. El catálogo incluye, junto a las más tradicionales prácticas de confusión (artículo 6), denigración (artículo 9) y explotación de la reputación ajena (artículo 12), los supuestos de engaño (artículo 7), de violación de secretos (artículo 13), de inducción a la infracción contractual (artículo 14) y otros que sólo han cobrado un perfil nítido y riguroso en la evolución europea de las últimas décadas, tales como la venta con primas y obsequios (artículo 8), la violación de normas (artículo 15),

la discriminación (artículo 16) y la venta a pérdida (artículo 17). De acuerdo con la finalidad de la Ley, que en definitiva se cifra en el mantenimiento de mercados altamente transparentes y competitivos, la redacción de los preceptos anteriormente citados ha estado presidida por la permanente preocupación de evitar que prácticas concurrenciales incómodas para los competidores puedan ser calificadas, simplemente por ello, de desleales. En este sentido, se ha tratado de hacer tipificaciones muy restrictivas, que en algunas ocasiones, más que dirigirse a incriminar una determinada práctica, tienden a liberalizarla o por lo menos a zanjar posibles dudas acerca de su deslealtad. Significativos a este respecto son los artículos 10 y 11, relativos a la publicidad comparativa y a los actos de imitación e incluso los ya citados artículos 16 y 17 en materia de discriminación y venta a pérdida.

3. La Ley se esfuerza, finalmente, por establecer mecanismos sustantivos y procesales suficientemente eficaces para una adecuada realización de la disciplina. Al respecto resultan relevantes los Capítulos III y IV. En el primero de ellos se regulan con detalle las acciones derivadas del acto de competencia desleal. Los extremos más significativos se hallan contemplados por los artículos 18 y 19. El artículo 18 realiza un censo completo de tales acciones (declarativa, de cesación, de remoción, de rectificación, de resarcimiento de daños y perjuicios y de enriquecimiento injusto), poniendo a disposición de los interesados un amplio abanico de posibilidades para una eficaz persecución del ilícito concurrencial. El artículo 19 disciplina en términos muy avanzados la legitimación activa para el ejercicio de las acciones anteriormente mencionadas. La novedad reside en la previsión, junto a la tradicional legitimación privada (que se amplía al consumidor perjudicado), de una legitimación colectiva (atribuida a las asociaciones profesionales y de consumidores). De este modo se pretende armonizar este sector de la normativa con la orientación general de la Ley y al mismo tiempo multiplicar la probabilidad de que las conductas incorrectas no queden sin sanción.

El Capítulo IV alberga algunas especialidades procesales que se ha creído oportuno introducir al objeto de conseguir, sin merma de las debidas garantías, un mayor rigor, y una mayor eficacia y celeridad en las causas de competencia desleal. Desde esta perspectiva resultan particularmente elocuentes los artículos 24 y 25. El primero de ellos prevé un generoso catálogo de diligencias preliminares, encaminado a facilitar al posible demandante la obtención de la información necesaria para preparar el juicio. La experiencia demuestra que sin instrumentos de este tipo, a través de los cuales se asegure el acceso al ámbito interno de la empresa que presumiblemente ha cometido una práctica desleal, las acciones de competencia desleal se hallan, con frecuencia, condenadas al fracaso. El segundo de los preceptos mencionados, el artículo 25, regula las medidas cautelares, otra de las piezas clave para una eficaz defensa del interesado contra los actos de competencia desleal.

El capítulo -y con él la Ley- se cierra con una disposición inspirada por la Directiva CEE en materia de publicidad engañosa. Se trata del artículo 26, que contempla la posibilidad de que el juez invierta, en beneficio del demandante, la carga de la prueba relativa a la falsedad e inexactitud de las indicaciones o manifestaciones enjuiciadas en una causa

de competencia desleal. Ciertamente, la norma se halla ya recogida en la [Ley General de Publicidad](#). No está de más, sin embargo, que se reitera en el ámbito de la legislación general, debido a su más amplia proyección.

IV

Finalmente ha de hacerse una referencia a la oportunidad de la presente Ley desde el punto de vista de la distribución territorial de competencias. La premisa de la que se ha partido es que la «competencia desleal» constituye una materia reservada a la

competencia del Estado. Esta es, en efecto, la conclusión a la que se arriba en aplicación del artículo 149, número 1, de la Constitución, tanto en sus apartados 6 y 8 que atribuyen al Estado la competencia exclusiva sobre la «legislación mercantil» y las «bases de las obligaciones contractuales» como, en cierto modo, en su apartado 13, que reserva al Estado las «bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica». Este punto de vista se refuerza apelando a la doctrina del Tribunal Constitucional a tenor de la cual el límite implícito de la competencia autonómica ha de situarse en la necesidad de garantizar la «unidad de mercado» en el territorio nacional.

El legislador es consciente, ciertamente, de que la materia de la «competencia desleal» se halla muy próxima a las materias de «comercio interior» y de «tutela del consumidor» respecto de las cuales las Comunidades Autónomas tienen asumidas competencias. Precisamente por ello ha tratado de ser especialmente escrupuloso a la hora de delimitar el objeto y el campo de su regulación. La cuestión es clara con relación al título competencial de «comercio interior», cuyas materias quedan perfectamente excluidas de la presente Ley. Más dudas puede suscitar, a primera vista, el título relativo a la «protección del consumidor». Un examen atento de la normativa aprobada enseguida muestra, sin embargo, que tampoco por este lado se han mezclado o confundido órdenes materiales y competenciales distintas. La Ley, en efecto, disciplina directa e inmediatamente la actividad concurrencial. El hecho de que a la hora de establecer el cauce jurídico de esa actividad haya tenido en cuenta, muy especialmente por cierto, los intereses de los consumidores no significa que haya invadido terrenos que no son propios de su regulación; significa simplemente que, en el trance de reglamentar los comportamientos de los operadores del mercado, se ha guiado -de acuerdo con los criterios consolidados en la evolución actual del Derecho comparado y por imperativo de la propia Carta Constitucional- por la necesidad de reforzar la posición del consumidor como parte débil de las relaciones típicas del mercado.

CAPITULO I

Disposiciones generales

Artículo 1.FINALIDAD

La presente Ley tiene por objeto la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado, y a tal fin establece la prohibición de los actos de competencia desleal.

Bibliografía

A. BERCOVITZ, «La formación del Derecho de la competencia», 2 ADI 1975, pág. 61 ss.; ID., «Significado de la ley y requisitos generales de la acción de competencia desleal», en A. BERCOVITZ (coord.), *La regulación contra la competencia desleal en la Ley de 10 de enero de 1991*, BOE-Cámara de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 1992, pág. 13 ss.; A. BERG, *Das neue spanische Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb van 1991*, Low & Vorderwülbecke, Múnich, 1997; R. BERCOVITZ y J. SALAS, *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Civitas, Madrid, 1992; T. DE GISPERT, «La noción de empresa en la Constitución española», en *La empresa en la Constitución española*, Aranzadi, Pamplona, 1989, pág. 37 ss.; J. I. FONT GALÁN, *Constitución económica y Derecho de la competencia*, Tecnos, Madrid, 1987; J. MASSAGUER, «Aproximación sistemática general al Derecho de la competencia y de

los bienes inmateriales», *RGD*, núm. 544-45, 1990, pág. 245 ss.; A. MENÉNDEZ, *La competencia desleal*, Civitas, Madrid, 1988; F. PALAU, «Análisis crítico de la reciente jurisprudencia constitucional en materia de horarios comerciales. Comentario a la sentencia 225/1993, de 2 de agosto, del Tribunal Constitucional», *XV AD*, 1993, pág. 177 ss.; A. ROJO, «Actividad económica privada en la Constitución española», *RDM*, núms. 169-170, 1983, pág. 309 ss.; J. VICIANO, *Libre competencia e intervención pública en la economía*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995; A. WIRTH, *Das neue Recht des unlauteren Wettbewerbs in Spanien*, C. Heymanns, Colonia-Berlin-Bonn-Múnich, 1995.

Doctrina-comentario

Sumario:

- [1.Introducción](#)
- [2.Significado sistemático](#)
- [3.El bien jurídico protegido por el derecho contra la competencia desleal: la competencia económica](#)
- [4.Los intereses protegidos por el derecho contra la competencia desleal](#)
 - [a.Especial consideración de los intereses de los consumidores](#)
 - [b.Especial consideración de los intereses generales](#)

1 INTRODUCCIÓN

(1) Del primero de los artículos de la Ley de Competencia Desleal destaca, ante todo, su propia existencia. No es en efecto frecuente que las leyes en general, y las de competencia desleal en particular, declaren de modo expreso su finalidad, y lo es menos que lo hagan en su parte dispositiva, dedicando al efecto uno de sus preceptos. Esto sólo se explica como una consecuencia del carácter revolucionario que tiene la Ley de Competencia Desleal en el panorama de la legislación española en la materia, y no sólo, ni principalmente, en su aspecto estrictamente técnico (empezando por la disciplina de la competencia desleal mediante una ley propia, general y completa, dotada de una cláusula general, de un elenco acabado de actos de competencia desleal en particular y de una regulación específica de la acción de competencia desleal, hasta llegar a la misma configuración de los tipos [v. **Introducción (18) a (23)**]), sino también, y en especial, por su orientación político-legislativa. La Ley de Competencia Desleal, en efecto, no marca una transición, sino una abierta ruptura con la disciplina de la competencia desleal vigente con anterioridad en todos aquellos aspectos. Con todo, el papel tan principal que la determinación de la finalidad de la represión de la competencia desleal ocupa en el texto articulado no pretende tanto advertir de este cambio, cuanto prevenir desviaciones y, aún más, evitar que el peso que sin duda tienen la posición e intereses comúnmente defendidos por los operadores más asentados así como los conceptos y construcciones elaborados para su defensa acaben por frustrar el plan del legislador.

(2) Llama la atención, en segundo lugar, la estructura y contenido de la norma. Se define la finalidad de la Ley de Competencia Desleal en torno a otros dos elementos básicos, que con frecuencia se cuentan entre los primeros puntos de cualquier temario dedicado a la explicación de la represión de la competencia desleal y que, como se sigue de la opción acogida, ciertamente se hallan estrechamente relacionados y condicionados entre sí. La finalidad de la Ley de Competencia Desleal se ha definido, en efecto, con el bien jurídico protegido (la competencia económica) y los intereses tutelados (los de todos los que participan en el mercado). De este modo se ha establecido, propiamente en el plano positivo y por ello más allá del plano meramente político-legislativo, una evidente vinculación entre la represión de la competencia desleal y el orden económico

constitucional que ha de imponerse necesariamente en la interpretación y aplicación de sus reglas.

2 SIGNIFICADO SISTEMÁTICO

(3) Como queda dicho, la declarada finalidad de la Ley de Competencia Desleal da cuenta de un cambio radical en relación con la concepción antes vigente de la represión de la competencia desleal. La nueva regulación marca lo que en la literatura se explica ya de forma generalizada (y mediante la expresión feliz de A. MENÉNDEZ, *La competencia desleal*, pág. 26-29, 95-121) como paso desde un modelo corporativo a otro de carácter social. La disciplina de la competencia desleal instaurada en la Ley de Competencia Desleal, en efecto, deja de ser un sistema de solución de conflictos entre competidores, como fue según el denominado modelo corporativo, y se consolida como un sistema general de ordenación y control de los comportamientos desenvueltos en el mercado y relacionados con el intercambio de bienes y servicios a través del mismo.

(4) La adopción de una nueva orientación, a decir verdad, ha calado hondo en los primeros pronunciamientos judiciales. Entre sus fundamentos jurídicos no faltan pasajes que mencionan expresamente el cambio de perspectiva y que incluso incorporan, de forma más o menos resumida, las declaraciones contenidas en el Preámbulo de la Ley de Competencia Desleal en relación con esta cuestión (valgan como ejemplo, entre otras muchas sentencias, SSAP *Cádiz* 12-VI-1992 «Publicitarios de Andalucía, S. A. c. Escaparate, S. L.», *Barcelona* I-II-1996 «transitarios», *Madrid* 10-VI-1996 «competencia de expleado», *Zaragoza* I-XII-1997 «máquina exprimidora de frutas»); no puede decirse, sin embargo, que este reconocimiento haya resultado en todos los casos en una consecuente interpretación y aplicación de sus preceptos, que haya impedido resoluciones que pueden considerarse abiertamente contrarias a los postulados que positiviza la definición de su finalidad.

(5) No son pocas las manifestaciones de la finalidad de la Ley de Competencia Desleal que pueden encontrarse en sus normas, ya en un plano general o sistemático, ya en un plano concreto o de contenidos. En el primer sentido, la protección contra la competencia desleal se configura como protección institucional y funcional, tendente a asegurar los presupuestos de la competencia económica: inexistencia de barreras de entrada al mercado, atomismo empresarial (siempre de forma coherente con una competencia por eficiencia de las propias prestaciones que puede legítimamente resultar en la expulsión del mercado de los competidores menos eficientes), transparencia en el mercado...; el ilícito de competencia desleal, por su parte, se configura como ilícito de carácter objetivo y de peligro, establecido mediante normas generales de conducta. Bajo el segundo de los aspectos antes mencionados, se ha producido una superación absoluta de cualquier atisbo de encuadramiento del ilícito de deslealtad concurrencial en el ámbito de la lesión de derechos subjetivos. El ilícito de deslealtad concurrencial ha quedado construido en torno a la conculcación de normas objetivas de comportamiento, que se imponen por igual sobre todos los agentes económicos que actúan en el mercado y que, de modo particular, marcan los lindes institucionales a su libre actuación en el mercado. Desde la perspectiva de los contenidos, la Ley de Competencia Desleal acoge soluciones tales como la supresión de la relación de competencia, la enunciación de la cláusula general en torno a un estándar de conducta que permita la determinación de su contenido a partir del principio de competencia económica, la corrección del conservadurismo a que respondía el reproche de deslealtad con que se sancionaban o simplemente (como ocurría las más de las veces ante la penuria de la normativa) con el que entre buena parte de la doctrina se valoraban algunas conductas que se revelan procompetitivas con carácter general en cuanto se preste la debida atención al conjunto de sus efectos sobre el mercado, la posición de sus operadores y el devenir de las relaciones económicas, como podría ser

el caso, por ejemplo, de las manifestaciones que ocasionan el descrédito pero son veraces y pertinentes, de los actos de comparación, de la imitación o de la venta a pérdida.

(6) Pero más allá de esta proyección sobre el sistema y contenido legales (que no necesitaban de una norma que estableciera la finalidad de la ley), el valor del artículo 1 de la Ley de Competencia Desleal reside en su proyección sobre la aplicación de sus reglas. A mi juicio, éste es el sentido y alcance principal del artículo 1 de la Ley de Competencia Desleal. En efecto, la finalidad de la Ley de Competencia Desleal, una vez concretada en el texto articulado, se convierte en un elemento de integración de sus normas y por ello en un factor determinante de la resolución de los conflictos planteados en este ámbito, y deja de ser un criterio meramente orientativo de su interpretación (para ello, de nuevo, no habría sido necesario dedicar un precepto a establecer la finalidad de la ley). Esta faceta se ha de dejar sentir de forma especialmente intensa allí donde la Ley de Competencia Desleal haya dispuesto normas menos precisas, justamente donde exista un mayor espacio para la interpretación, como sucede en particular en el caso de la cláusula general y de aquellos otros ilícitos que a su vez integran una «pequeña cláusula general» (como sucede en la definición de acto de engaño), que han dado cabida a conceptos indeterminados necesitados de precisión caso por caso (como la pertinencia de la que depende la licitud o ilicitud de una manifestación veraz que ocasione descrédito) o cuya estructura consta de elementos que exigen, con mayor o menor intensidad, una ponderación de las consecuencias del acto en cuestión sobre la estructura del mercado, las estrategias de los agentes a medio o largo plazo o sobre la conducta de los consumidores (como sucede con la publicidad en especie, con la imitación, con la venta a pérdida...), y en general donde, en atención a las circunstancias del caso considerado, se revele más acusado el contraste entre los diversos intereses en juego.

3 EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO POR EL DERECHO CONTRA LA COMPETENCIA DESLEAL: LA COMPETENCIA ECONÓMICA

(7) La Ley de Competencia Desleal, y el Derecho contra la competencia desleal en su conjunto, tiene por bien jurídico protegido la competencia, y en particular —como es obvio en este contexto— la competencia económica. Identificada por la jurisprudencia constitucional la libertad de competencia como contenido esencial de la libertad de empresa (claramente desde STC 225/1993, de 8 de julio, «Ley valenciana de Ordenación del Comercio y Superficies Comerciales»; en doctrina, v. F. PALAU, XV *ADI*, 1993, pág. 186-188, con otras referencias), no es dudoso que, de este modo, la Ley de Competencia Desleal se integra entre las normas de salvaguardia del orden económico constitucional, ni tampoco lo es, por otro lado, que los elementos básicos de la represión de la competencia desleal, y en particular el bien jurídico protegido como elemento clave de su finalidad, se deben llenar de contenido a partir de la Constitución económica.

(8) La Constitución instituye un sistema económico organizado y ordenado por la competencia económica. Así está implícito en el reconocimiento de la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado (art. 38 CE), unido al previo reconocimiento del principio de la autonomía privada (art. 1.1 CE), del principio de igualdad (arts. 9.2 y 14 CE), del derecho de propiedad (art. 33 CE) y del derecho de libre elección de profesión (art. 35.1 CE). La libertad de empresa que reconoce la Constitución es heredera de la libertad de industria y de comercio de las constituciones liberales (*cfr.* L. M.^a CAZORLA, en F. GARRIDO FALLA y otros, *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1985, Artículo 38, pág. 740 ss., pág. 742). Y su significado es esencialmente el mismo: libertad de empresa es libertad de iniciativa económica privada [*cfr.* M. BASSOLS, *Constitución y sistema económico (temas clave de la Constitución española)*, Tecnos, Madrid, 1985, pág. 137] o derecho subjetivo a la

organización y realización de una actividad económica en el mercado [*cf.* M. GARCÍA PELAYO, «Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución», en M. RAMÍREZ (ed. preparada por), *Estudios sobre la Constitución Española de 1978*, Facultad de Derecho, Universidad de Zaragoza-Libros Pórtico, Zaragoza, 1982, pág. 29 ss., pág. 39]. Ello no impide que el sistema económico sentado por la Constitución sea, en realidad, un sistema de «economía social de mercado». Así se sigue con claridad, por un lado, de la inserción de «la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado» (art. 38 CE) en un orden «económico y social justo» que asegure «una digna calidad de vida» (Preámbulo CE), cuyo establecimiento lleva a la nación española a constituir un «Estado social y democrático... que propugna como valores superiores la libertad, la justicia y la igualdad...» (art. 1.1 CE), y, por otro lado, de su limitación por «las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación» (art. 38 inciso segundo CE), por el sometimiento de «toda la riqueza del país... al interés general» (art. 128.1 CE) y por el otorgamiento al Estado de la posibilidad de «planificar (mediante ley) la actividad económica general para atender a las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución» (art. 131.1 CE), así como también —en la medida en que repara desequilibrios no atendidos o creados por la economía de mercado o los previene— por el deber de los poderes públicos de promover «las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa en el marco de una política de estabilidad económica» y, de manera especial, de realizar «una política orientada al pleno empleo» (art. 40.1 CE), por su deber de promover «la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general» (art. 44.2 CE), por su deber de velar «por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente» (art. 45.2 CE), por su deber de promover «las condiciones para la participación... de la juventud en el desarrollo... económico» (art. 48 CE) y, sobre todo, por su deber de garantizar «la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos» (art. 51.1 CE).

(9) Formalmente, pues, la competencia económica hunde sus raíces en una libertad individual, en la autonomía del ser humano en la esfera económica, y se presenta como el derecho de todo ciudadano a desarrollar una actividad económica en el mercado y a concurrir y competir en el mercado con otros dedicados al desarrollo de la misma u otras actividades económicas. Sus elementos básicos son libertad de acceso al mercado y libertad de determinación de las condiciones en que ha de tener efecto la organización y el desenvolvimiento de la actividad económica en el mercado, tanto en el lado de la oferta —libertad de elección de la actividad, de los medios con que se producen o median los productos o servicios, de la forma y técnicas empleadas para su ofrecimiento o de las condiciones contractuales con que se comercializan— como en el lado de la demanda —libertad de elección entre las distintas ofertas, en especial por parte de los consumidores y usuarios— [*v.* A. ROJO, *RDM*, pág. 325-335, J. I. FONT, *Constitución económica y Derecho de la competencia*, pág. 160-165, o T. DE GISPERT, «La noción de empresa en la Constitución española», en *La empresa en la Constitución española*, pág. 37 ss.; de esta fórmula se hacen eco, al menos en parte, STC 225/1993, de 8 de julio, «Ley valenciana de Ordenación del Comercio y Superficies Comerciales», SSTS (Sala 3.ª) 2-III-1995 «precios de especialidades farmacéuticas», 3-X-1995 «Agentes de la Propiedad Inmobiliaria»].

(10) No obstante este fundamento individualista, el reconocimiento constitucional de la competencia económica tiene un marcado carácter instrumental o finalista. En efecto, su instauración como principio político-institucional, o si se prefiere como principio rector y catalizador principal del sistema económico es, antes que una opción económica, una opción política y social: son argumentos de corte político los que han llevado al

constituyente a escoger la competencia económica como principio regulador de las relaciones económicas. En este sentido, la competencia económica implica un sistema tanto económico como político y social caracterizado por la descentralización del poder, por la asignación de los recursos y de las rentas según la composición de la oferta y la demanda que se establezca en el mercado a partir de decisiones individuales (tanto de la oferta como de la demanda) tomadas según criterios de eficiencia (o despersonalización de la conformación de las relaciones económicas mediante la exclusión del poder privado y del público en este campo) y, finalmente, por la igualdad de condición y de oportunidades de todos los que en un lado u otro acceden al mercado. Toda esta estructura y todos los logros que de ella se siguen se ordenan imperativamente a la obtención de los fines propios de la organización socio-política: el establecimiento de un orden económico y social justo, la promoción del progreso de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida (*Preámbulo* CE) y el establecimiento de la justicia, libertad e igualdad (art. 1 CE). Puede decirse abiertamente por ello que la competencia económica como guía del sistema económico es una competencia funcional, no sólo en lo económico sino también, muy principalmente, en lo político-social.

(11) El cumplimiento de estas funciones económicas, políticas y sociales exige de los agentes económicos que no vulneren la dimensión ordenadora y organizadora de la competencia económica, que no destruyan ni desvirtúen sus presupuestos ni pongan en peligro su operatividad como principio de organización del sistema económico. De este modo, lo que es un principio político-institucional se convierte también en un principio normativo y, en particular, en el principio que ordena la conducta de todos los que acceden al mercado para intervenir económicamente en el intercambio de bienes y servicios. Bajo este aspecto, la competencia económica exige de ellos que concurren en el mercado de forma independiente y exclusivamente armados con su propia eficiencia y, por tanto, que respeten el contenido mínimo de la libertad de empresa; dicho con otras palabras, que omitan las conductas que, limitando o perjudicando la libertad de iniciativa económica de los terceros (incluida la libertad de decisión de los consumidores), desactiven, restrinjan o falseen la competencia económica como principio organizador de los procesos y relaciones económicas, lesionando o amenazando sea la estructura competitiva del mercado (la competencia como estado), sea el *modus operandi* institucionalmente típico de sus partícipes (la competencia como proceso).

(12) Al Estado compete el establecimiento de las medidas precisas para garantizar y proteger la competencia económica (v. SSTC 71/1982, de 30 de noviembre, «Estatuto del Consumidor del País Vasco», 88/1986, de 1 de julio, «Ley catalana de rebajas») e, incluso, para restaurarla, removiendo los obstáculos que puedan impedirle o dificultarla (art. 9.2 CE). Probada históricamente la insuficiencia del Derecho privado tradicional, la tutela y, en su caso, reinstauración de la competencia económica ha requerido la elaboración y constituye actualmente el objeto propio de una normativa específica, el Derecho de la competencia, en el que se integran tanto el Derecho contra la competencia desleal como el Derecho de defensa de la competencia. Fruto de este desarrollo legislativo en su conjunto es la institucionalización de la conducta concurrencial de los agentes económicos, su sometimiento a cauces imperativos que aseguran su conformidad con las exigencias de la competencia económica como principio político-institucional y normativo. Al efecto se tipifican y sancionan las conductas que, conculcando dichas exigencias, lesionan indebidamente (sin una justificación aceptable según los valores, principios y reglas encarnados y emanados del principio de competencia económica) la igualdad entre los operadores económicos que concurren o puedan concurrir en el mercado, la posición y las expectativas de los operadores económicos actuales o potenciales y la libertad de decisión y elección de los consumidores y otros demandantes de bienes y servicios (Derecho contra la

competencia desleal), así como también se tipifican y sancionan la limitación, restricción o falseamiento de la competencia mediante acuerdos colusorios, el abuso de posición de dominio, el falseamiento sensible de la competencia por medio de actos de competencia desleal y, de otro lado, se establece un control de los procesos de concentración económica ante el riesgo de que deparen una obstaculización grave de la competencia (Derecho de defensa de la competencia).

(13) Con este anclaje constitucional, la represión de la competencia desleal tiene por objetivo el aseguramiento de la funcionalidad de la competencia económica (mercados altamente competitivos y transparentes), pero también, y al mismo tiempo, la salvaguardia de la libertad individual al ejercicio de la actividad económica en el mercado, de la libertad de elección de los consumidores y del derecho de todos a la formación de las relaciones de mercado según el modelo operativo propio de la competencia económica. Y ello, y por razón misma del alcance constitucional de la libertad de competencia, para todas las actividades económicas desarrolladas en el mercado, con independencia del sector de la economía en que se ubiquen (industria, comercio y servicios, incluidos los servicios de los profesionales liberales), con independencia de la naturaleza privada o pública de la iniciativa a que respondan, y en el primer caso con independencia de su finalidad lucrativa, mutualista o de interés general.

4 LOS INTERESES PROTEGIDOS POR EL DERECHO CONTRA LA COMPETENCIA DESLEAL

(14) Como no podía ser de otro modo a la vista de la vinculación existente entre la represión de la competencia desleal y el orden económico constitucional, la protección contra la competencia desleal se desenvuelve «en interés de todos los que participan en el mercado» (art. 1 LCD): de todos los que acuden al mercado para intervenir económicamente en el proceso de intercambio de bienes y servicios, con independencia de su carácter profesional o no y con independencia de que se hallen en el lado de la oferta o de la demanda. La represión de la competencia desleal integra, en suma, los intereses de todos los que esperan la obtención de sus objetivos económicos y la satisfacción de sus necesidades económicas (y también personales, sociales, culturales...) en y a través del mercado, considerados tanto individual como colectivamente. No obstante su preterición en este artículo 1 de la Ley de Competencia Desleal, a ellos se debe añadir el interés de la generalidad o interés público (*cf.* Preámbulo II párrafo 2.º *in fine* LCD), como por demás y sin duda corresponde al carácter institucional de la represión de la competencia desleal. La concurrencia de todos estos intereses en el objetivo de la Ley de Competencia Desleal no ha dejado de encontrar plena asunción en los pronunciamientos judiciales, al menos entre los *obiter dicta* (*ad ex.* SAP *Barcelona* 9-XI-1994 «catálogos de juntas de estanqueidad»).

a Especial consideración de los intereses de los consumidores

(15) El consumidor relevante para el Derecho contra la competencia desleal [*cf.* arts. 6 II, 8, 16.1, 17.2. a) LCD] es sólo el consumidor final o destinatario final de prestaciones empresariales, no el consumidor empresarial. Existe, en este sentido, una proximidad sustancial entre esta noción de consumidor y la que maneja la normativa específica de defensa de los consumidores. Ello, sin embargo, no es resultado ni de una definición legal de consumidor en la Ley de Competencia Desleal, ni de una extensión por vía interpretativa del concepto establecido por la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (art. 1.2 LCU) —operación que, por lo demás, no parece posible, toda vez que su definición excluye expresamente toda pretensión de generalidad (como recuerda A. BERCOVITZ, en R. BERCOVITZ y J. SALAS, *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Civitas, Madrid, 1992,

pág. 41-43)—. Antes bien, la indicada proximidad es fruto de una opción del legislador. En efecto, la Ley de Competencia Desleal toma en consideración al consumidor como «parte débil de las relaciones típicas de mercado» y relaciona expresamente su protección en este contexto con «el principio de protección... acogido en el artículo 51 del texto constitucional» (*Preámbulo* LCD II párrafo 4.º *in fine*). Por otro lado, la Ley de Competencia Desleal se refiere al consumidor empresarial como «empresas clientes» (art. 16.2 LCD). Finalmente, y como se sigue con facilidad de un repaso de los particulares actos de competencia desleal, el específico reproche de deslealtad frente al consumidor radica, fundamentalmente, en una agresión a su libertad de decisión por causas y bajo circunstancias que difícilmente pueden afectar a un agente económico profesional.

(16) El interés de los consumidores considerado por el Derecho contra la competencia desleal es el que típicamente tienen como partícipes del mercado, como sujetos activos de un sistema económico regido por la competencia económica: orientación de la oferta según la demanda, mayor variedad y calidad de las prestaciones, menores precios y mejores condiciones de contratación..., y como presupuestos de todo ello: atomismo empresarial, inexistencia de barreras de entrada al mercado, transparencia de mercado, competencia por eficiencia, omisión de estrategias y prácticas concurrenciales que falseen la toma de decisiones... La inserción de los intereses generales del consumo en el sistema positivo de protección contra competencia desleal simplemente introduce una perspectiva o lectura particularizada de la tutela institucional del orden concurrencial. No introduce por ello unas exigencias específicas distintas de las que en este contexto presenta el interés público y el de los competidores; como éstos, los intereses generales del consumo sólo reclaman a la represión de la competencia desleal la salvaguardia de un orden concurrencial libre y no falseado. No puede, sin embargo, descartarse de plano un eventual conflicto entre una y otra lectura de esta única finalidad de la prohibición de la competencia desleal, un enjuiciamiento dispar de una misma conducta considerada desde un punto de vista u otro. Con todo, esta situación será, en buena parte de los casos, resultado de la formación evolutiva del sistema de competencia desleal. Las actuaciones anteriormente valoradas según un modelo profesional se someten ahora a una valoración institucional, con la consecuencia de que lo que antes era incompatible con las buenas costumbres y usos profesionales deja de ser ilícito cuando se revela favorable a los intereses generales del consumo o al interés público, como puede suceder *ad ex.* con la publicidad comparativa.

(17) La consideración de los intereses de los consumidores en el sistema normativo de represión de la competencia desleal se ha producido en un triple plano, teleológico: los intereses generales del consumo están presentes en la finalidad de la represión de la competencia desleal; estructural: los intereses generales del consumo están presentes en la construcción del ilícito de deslealtad concurrencial, y operativo: los intereses generales del consumo están presentes en la atribución de legitimación para el ejercicio de la acción de competencia desleal.

(18) En el plano estructural, en particular, destaca la presencia de una serie de actos o grupos de casos en los que el elemento clave de la deslealtad, de la ilicitud concurrencial radica, en lo esencial, en una agresión al consumidor [v. **Art. 5 (36)**]. No se trata, sin embargo, de una agresión genérica a los intereses amparados constitucionalmente (art. 51 CE), sino de una agresión consistente en la supresión o restricción de su libertad de decisión. En efecto, en la lógica del orden concurrencial, el consumidor es un maximizador de utilidades al que se asigna el papel de regulador último del funcionamiento del mercado: sus preferencias determinan los productos y servicios que se han de ofrecer, su cantidad, calidad, precio, condiciones de contratación, canales de distribución... Para que el sistema económico pueda cumplir sus objetivos y para que la eficiencia de las propias prestaciones gobierne el éxito de los agentes profesionales en

la lucha competitiva es condición imprescindible que el consumidor maximice utilidades con sus decisiones de mercado; ello, a su vez, depende necesariamente de que el consumidor esté efectivamente en condiciones de adoptar decisiones racionales. En este contexto, racionalidad de la decisión significa tanto como libertad material en la formación y adopción de las preferencias y opciones, esto es y siempre desde una perspectiva estrictamente subjetiva y de grupo, tanto como pleno conocimiento de causa y total voluntariedad en la formación de las preferencias y toma de decisiones. Siendo ello así, el acto de deslealtad frente al consumidor no encierra tanto una agresión directa a los intereses generales del consumo en el ámbito de actividades enmarcadas en la competencia económica, cuanto una agresión al propio orden concurrencial, que se materializa particularmente en el falseamiento del rol atribuido a los consumidores en este contexto: la libertad de decisión del consumidor no es un bien jurídico protegido por sí mismo en este ámbito, sino sólo en cuanto ineludible presupuesto operativo del sistema económico. Es lógico, por ello, que se predique la ilicitud de todo acto que, con finalidad concurrencial, interfiera en el proceso racional de toma de decisiones de consumo (identificación de una necesidad, búsqueda de información, valoración de las distintas ofertas y decisión), que impida o dificulte la racionalidad de las opciones de los consumidores. Ciertamente, el profesional está legitimado para influir en el proceso de toma de decisiones, para captar el interés del consumidor por su prestación presentándola y haciéndola atractiva, incluso si de este modo hace nacer en el consumidor una necesidad no sentida anteriormente o cuya utilidad pueda resultar objetivamente discutible. Pero no puede hacerlo de un modo en que la decisión final no se corresponda con el modelo racional de toma de decisiones que el sistema de economía de mercado presupone en el comportamiento del consumidor: no puede alimentar el proceso con una información falsa, ni puede interrumpirlo o forzarlo en ninguna de sus fases.

(19) Todo ello debe entenderse sin perjuicio de un importante *caveat* final. En este contexto, no puede confundirse racionalidad con objetividad o perfecta correspondencia del comportamiento con modelos teóricos; o lo que es lo mismo, no pueden pasarse por alto los elementos estrictamente subjetivos que conocidamente influyen, cuando no determinan por entero, las preferencias y decisiones de los consumidores: modas, gustos, tendencias sociales, apariencias... En este sentido, el intérprete debe respetar los deseos efectivos de los consumidores involucrados en el caso considerado, absteniéndose de corregirlos o de falsearlos de otro modo con un (aparentemente) bien intencionado ánimo protector que sencillamente acabe por suplantarlos, con el argumento, más o menos explícito, de que tales deseos no convienen (en opinión del intérprete) a los consumidores. No se pueden aplicar los mandatos legales imputando a los consumidores preferencias o esquemas de pensamiento y reflexión que no siguen en la práctica o que sencillamente rechazan de forma plenamente consciente: el reproche de deslealtad no cumple una función pedagógica ni es un mecanismo para seleccionar qué prestaciones pueden ser ofrecidas en el mercado. En suma, la Ley de Competencia Desleal no constituye, ni se puede hacer de ella, una pieza de política consumerista. La presencia del interés de los consumidores, en efecto, no debe servir para dar entrada en esta materia a finalidades distintas de las que la ley pone a la prohibición de la competencia desleal: protección de la competencia por sí misma considerada (art. 1. LCD). En particular, para la formulación del reproche de deslealtad es obligado desterrar el paternalismo que con alguna frecuencia acompaña a toda consideración de los intereses de los consumidores y usuarios: el bien jurídico protegido con la prohibición de la competencia desleal no es la seguridad, salud o legítimos intereses económicos de los consumidores, sino el orden concurrencial por sí mismo considerado, con la consecuencia de que el interés de los consumidores aquí relevante es su interés en la vigencia y mantenimiento de un orden concurrencial libre y no falseado. Dicho con otras palabras, la eventual corrección de los desequilibrios naturales entre oferta y demanda, o del eventual fracaso del libre y leal juego de las fuerzas del

mercado para alcanzar una satisfacción óptima de las exigencias sociales de los consumidores en lo que hace a seguridad, salud e intereses económicos —la activa y parcial promoción de los intereses de los consumidores frente a otros implicados en el juego de mercado— ha de seguir cauces diversos. El Derecho contra la competencia desleal no es Derecho de defensa de los consumidores y usuarios y no es, por ello mismo, el marco adecuado para integrar por vía de interpretación una respuesta a los problemas socio-jurídicos nacidos del tráfico de bienes y servicios entre empresarios y consumidores a causa de la efectiva desigualdad en que unos y otros se encuentran.

b Especial consideración de los intereses generales

(20) Como ha quedado indicado, el silencio legal no ha de impedir considerar que la represión de la competencia desleal se establece igualmente en interés general. Así se proclama en el Preámbulo de la Ley. Y así es debido en atención a su fundamentación constitucional. Como también ha quedado dicho, el establecimiento de la competencia económica como principio clave del orden económico constitucional es una elección que se halla decididamente marcada por razones de interés general; su desarrollo normativo, y tal consideración ha de tener sin duda la legislación contra la competencia desleal, no puede dejar de integrar las exigencias de este interés general. Semejantes exigencias no son, sin embargo, distintas de las que están precisamente involucradas en la elección de la competencia como principio político de organización de las relaciones y procesos económicos de mercado y que, en lo esencial, consisten en el mantenimiento de mercados abiertos, plurales y transparentes, en la igualdad de condición de los diversos operadores que en ellos actúan, en la satisfacción de las necesidades de la demanda y en la libre formación de las relaciones económicas.

(21) La necesaria consideración del interés público en este contexto no añade, por tanto, nuevos bienes jurídicos protegidos a la represión de la competencia desleal, y en particular no abre una vía para introducir en el juicio de deslealtad, en la interpretación de las normas y resolución de los conflictos valores y objetivos metaconcurrentiales. Y, en esta ocasión al menos, de ello ha dado buen ejemplo el legislador, que ha sabido evitar la tentación de incorporar a las normas contra la competencia desleal, como ha sucedido con frecuencia, normas de política económica estructural, como las que articulan la defensa del pequeño y mediano comercio o la defensa de los intereses de los consumidores y usuarios u otros intereses de grupo más o menos atendibles, aunque tales normas no falten otros cuerpos legislativos [v. **Introducción (67) y (79)**].

(22) La introducción del interés público en la represión de la competencia desleal se ha producido en un plano teológico: está presente en la finalidad de las normas contra la competencia desleal, y estructural: está presente en la formulación del ilícito de deslealtad concurrential. Pero no se ha producido, o al menos no se ha producido de forma absoluta, en un plano operativo: la Administración carece de legitimación para ejercitar la acción de competencia desleal [v. **art. 19 (9) a (11)**]. Ello no obstante, la Administración está legitimada para interponer la acción por publicidad ilícita (art. 25.1 LGP), o para instruir *ex officio* y resolver expedientes contra actos de competencia desleal que falseen la libre competencia y afecten al interés público o que infrinjan las normas sobre comercio minorista, comercio interior o defensa de los consumidores y usuarios.

(23) En otro orden de cosas, la integración del interés público entre los objetivos de la represión de la competencia desleal trae consigo una aproximación teleológica y sustantiva entre los ilícitos de deslealtad concurrential y de defensa de la competencia. Esto se deja sentir principalmente en la introducción de valoraciones propias de la política antitrust en la fundamentación y construcción del reproche de deslealtad. En este sentido, si la consideración de los intereses públicos lleva a que las normas contra

la competencia desleal asuman como tarea propia también el aseguramiento de los postulados estructurales de la competencia económica, no puede extrañar que sancionen las conductas que llevan a una alteración de la estructura del mercado que no es fruto de la eficiencia de las prestaciones propias, *ad ex.* a través de la prohibición de la explotación abusiva del poder relativo de mercado (art. 16.2 LCD) o de ciertas prácticas predatorias, como la imitación que impide la consolidación de las prestaciones o iniciativas imitadas (art. 11.3 LCD) o como la venta a pérdida [art. 17.2. c) LCD].

Artículo 2.AMBITO OBJETIVO

1. Los comportamientos previstos en esta Ley tendrán la consideración de actos de competencia desleal siempre que se realicen en el mercado y con fines concurrenciales.

2. Se presume la finalidad concurrencial 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.

Bibliografía

A. BERCOVITZ, «Significado de la ley y requisitos generales de la acción de competencia desleal», en A. BERCOVITZ (coord.), *La regulación contra la competencia desleal en la Ley de 10 de enero de 1991*, BOE-Cámara de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 1992, pág. 13 ss.; A. BERG, *Das neue spanische Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb von 1991*, Löw & Vorderwülbecke, Múnich, 1997; J. MASSAGUER, «Competencia desleal», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995, pág. 1171 ss.; A. MENÉNDEZ, *La competencia desleal*, Civitas, Madrid, 1988; A. WIRTH, *Das neue Recht des unlauteren Wettbewerbs in Spanien*, C. Heymanns, Colonia-Berlín-Bonn-Múnich, 1995.

Doctrina-comentario

Sumario:

- [1.Introducción](#)
- [2.Comportamiento realizado en el mercado](#)
- [3.Finalidad concurrencial](#)

1 INTRODUCCIÓN

(1) El legislador no ha acometido directamente la definición de la conducta sometida al control de deslealtad concurrencial; sus elementos estructurales, empero, se hallan perfectamente delimitados en las disposiciones generales dedicadas a precisar el ámbito de aplicación de la Ley de Competencia Desleal, así como en la propia cláusula general. Atendido lo dispuesto en estos preceptos, la conducta relevante para el Derecho contra la competencia desleal es «todo comportamiento» (art. 5 LCD) que «se realic(e) en el mercado y con fines concurrenciales» (art. 2.1 LCD), sin ulteriores requisitos y, en particular, sin que se exija la existencia de una relación de competencia entre sujeto agente y afectados por las consecuencias reales o potenciales del comportamiento así delimitado. Esto último, que puede considerarse consecuencia inmediata tanto de la finalidad institucional de la represión de la competencia desleal como de la misma determinación del ámbito objetivo de aplicación de la Ley de Competencia Desleal, se ha establecido de forma expresa en el precepto que precisa su ámbito subjetivo [v. **Art. 3 (15) a (18)**]. Las conductas sometidas a la Ley de Competencia Desleal, por lo tanto, han quedado caracterizadas desde esta perspectiva objetiva, y en lo esencial, en torno al espacio institucional en el que tienen lugar y en torno a su finalidad.

(2) Desde un punto de vista sistemático general, por otro lado, la determinación del ámbito objetivo de vigencia de la Ley de Competencia Desleal así establecida sirve para marcar las fronteras con el campo de aplicación de la responsabilidad civil (v. A. MENÉNDEZ, *La competencia desleal*, pág. 112-113), y de modo particular de la responsabilidad derivada del incumplimiento de obligaciones legales y contractuales y

de la responsabilidad extracontractual, sin perjuicio de que en algún caso puedan superponerse (*cf.* arts. 13 y 15 LDC).

2 COMPORTAMIENTO REALIZADO EN EL MERCADO

(3) El comportamiento relevante puede tener el contenido más amplio, y en este sentido puede consistir tanto en un obrar positivo como en una omisión, tanto en una actuación realizada personalmente como hecha ejecutar a otros (*cf.* art. 20.1 LCD).

(4) Más importante, con todo, es la caracterización del acto de competencia desleal como comportamiento de mercado: «que se realic(e) en el mercado», entendido aquí como espacio institucional en el que se encuentran oferta y demanda, en el que se forman y desenvuelven las relaciones económicas (en esta línea, SAP *Cantabria* 9-XI-1994 «comunicación de impagado a aseguradora»). Como consecuencia de ello y como no podía ser de otro modo atendida la finalidad institucional de la represión de la competencia desleal [v. **Art. 1 (7)**], el ámbito de aplicación de la Ley de Competencia Desleal se extiende a todas las actividades que se desarrollan en el mercado, o lo que es lo mismo a todas las actividades económicas en sentido amplio (cualquiera que sea la iniciativa y la finalidad a que obedezcan), entre las que se cuentan no sólo las actividades empresariales (civiles y mercantiles) sino también las profesionales, como se precisa con claridad en la delimitación del ámbito objetivo de aplicación [v. **Art. 3 (4) a (10)**], las artísticas e intelectuales (explotación o comercialización de derechos de autor o de creaciones industriales), las científicas o las deportivas.

(5) Queda excluida, por el contrario, la actividad reguladora de los poderes públicos, sea en su faceta normativa, gestora de las políticas públicas o de vigilancia de la actividad de los administrados. En este ámbito, en efecto, el límite a que se expone es el control de legalidad propio de todos los actos de los poderes públicos. Esta exclusión, sin embargo, sólo alcanza a la actividad reguladora que queda enteramente enmarcada en el ejercicio de potestades públicas; no puede considerarse realizada fuera del mercado, en cambio, la actividad reguladora directamente encaminada a mejorar la posición de la Administración como operador que, a través de empresas de capital público o bajo cualquier otra forma jurídica, desarrolla una actividad de producción o mediación de bienes y servicios en el mercado [v. **Art. 3 (11) a (14)**].

(6) La exigencia de realización en el mercado es en última instancia una exigencia de trascendencia externa (STS 20-III-1996 «sin la solvencia de la primera firma de ascensores»). La realización en el mercado de una determinada conducta, en consecuencia, no depende de la naturaleza interna a la empresa que en su caso pueda tener el objeto de dicha conducta (no obstante, SAP *Madrid* 18-II-1995 «carta abierta a clientes proveedores y amigos»), sino de que, cualquiera que en este sentido sea su naturaleza, se proyecte o se pueda proyectar sobre los terceros (en particular o en general). Deben reputarse realizados en el mercado a estos efectos, por lo tanto, aquellos comportamientos que trascienden del ámbito meramente privado de su autor, cuya eficacia no se agota en el ámbito interno de la organización de su autor (v. SSAP 24-I-1997 «únicos legalmente autorizados», *Valladolid* 26-V-1997 «Flexibreaks International, S. A.», *Vizcaya* 30-VII-1998 «germen de la listeria en queso fresco»), o que están encaminados a posibilitar otros de trascendencia externa, como es el caso de los actos preparatorios (v. SAP *Valencia* 14-XI-1998 «Querol, S. A. c. Don Bongo, S. A.»). Así la comunicación de noticias o la impartición de instrucciones a los propios empleados puede integrar un comportamiento realizado en el mercado si se trata de información o instrucciones que habrán de ser empleadas o seguidas en su actuación hacia el exterior. Por otra parte, la exigencia de realización en el mercado no presupone la inserción de la conducta en el marco de una actividad empresarial o simplemente organizada; en este sentido, también quedan comprendidas en el ámbito objetivo de

aplicación de la Ley de Competencia Desleal aquellas actuaciones realizadas en el mercado que tienen carácter esporádico y excepcional e incluso aquellas que no forman parte de un proceso organizado de producción, intermediación o prestación de bienes o servicios (no obstante, SSAP *Navarra* 25-VII-1992 «actuación de grupo musical en Bar-Pub», *Navarra* 18-XII-1992 «fiesta para viaje de estudios»), y ello tanto si se producen en el lado de la oferta como en el lado de la demanda.

(7) Desde una perspectiva opuesta, la caracterización del comportamiento relevante como conducta con trascendencia externa sólo excluye del ámbito objetivo de aplicación de la Ley de Competencia Desleal a los sucesos de carácter puramente interno al sujeto (o a la organización del sujeto) que lleva a cabo la conducta considerada, pues sólo en el caso de que puedan por su naturaleza tener efectos externos existe la necesidad de tutelar la competencia que justifica la represión de la competencia desleal (art. 1 LCD); en este sentido, quedan fuera del ámbito de aplicación de la Ley la comunicación de información o impartición de instrucciones para la mayor información y mejor gobierno de los empleados en aspectos que son ajenos a su comportamiento en el mercado (aunque no aborda el caso desde la perspectiva del Derecho contra la competencia desleal, *cfr.* STS 30-IV-1997 «nota divulgativa de despido») o para su aplicación al proceso de producción interno (recuérdese no obstante que esta exigencia de realización en el mercado no es de aplicación a la violación de secretos empresariales).

3 FINALIDAD CONCURRENTIAL

(8) Posee finalidad concurrential toda acción que, en sí misma considerada o en atención a las circunstancias del caso, está orientada a influir en la estructura del mercado o posición competitiva de los operadores en el mercado (sea la propia o la de un tercero, concepto que en este ámbito incluye tanto a una determinada persona física o jurídica como a un grupo de operadores económicos y a un sector o segmento entero de la economía, sea en el lado de la oferta o en el de la demanda) y/o para condicionar la formación y el desenvolvimiento de las relaciones económicas en el mercado, esto es, del intercambio de bienes y servicios en el mercado. Se trata, por lo tanto, de un elemento estrechamente relacionado con el anterior: la realización en el mercado expresa la aptitud de la conducta para influir en la estructura y relaciones del mercado por el hecho de trascender al ámbito del sujeto que la lleva a cabo, mientras que la finalidad concurrential expresa la efectiva relación de la conducta con el proceso de intercambio de bienes y servicios en el mercado. La finalidad concurrential no se requiere con carácter exclusivo. En consecuencia, la eventual presencia de otras orientaciones en la conducta considerada, su trascendencia en otras esferas no la aleja *per se* y en todo caso del ámbito de vigencia de la represión de la competencia desleal.

(9) La presencia de la finalidad concurrential en un determinado comportamiento depende principalmente de las consecuencias que produzca o pueda producir en el mercado, esto es, de las consecuencias que despliega o puede desplegar sobre la posición de los operadores y la formación y desenvolvimiento de las relaciones económicas en el mercado de las que son parte dichos operadores precisamente en cuanto partícipes en el mercado, y deberá afirmarse de toda conducta que se encuentre dirigida a alterar dicha posición o influir en la formación o desenvolvimiento de dichas relaciones. De ahí que la apreciación de la finalidad concurrential de un determinado comportamiento exija, en términos modestos, un esfuerzo por concretar el mercado relevante, esfuerzo que no deja de ser en realidad el exigible y necesario para la debida comprensión del supuesto de hecho (y que, aun cuando es un extremo que a primera vista no parece especialmente complicado, ha dado lugar a algún pronunciamiento sorprendentemente desenfocado: *cfr.* STS 15-IV-1998 «Cadena Clarín»). Y de ahí que deba efectuarse un pronóstico, igualmente modesto y básico, de la evolución probable

de la situación del mercado y de las relaciones que se establecen en el mismo (correctamente, STS 20-II-1996 «sin la solvencia de la primera firma de ascensores»).

(10) El recurso al término finalidad en este contexto confiere una sólo aparente naturaleza subjetiva a este presupuesto del ámbito objetivo de aplicación de la Ley de Competencia Desleal, en cuanto parece relacionarlo con los objetivos de la conducta examinada, con la intención del sujeto agente (v. la intervención del Sr. Berenguer del Grupo Socialista en el Congreso: Cortes Generales, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados* , Comisión de Justicia, núm. 67, pág. 1826 col. izq., y SAP Vizcaya 30-VII-1998 «germen de la listeria en queso fresco»). La finalidad concurrencial es, sin embargo, un presupuesto de naturaleza esencialmente objetiva: precisa la existencia de una particular correspondencia entre la conducta y los resultados, que debe determinarse desde fuera del propio sujeto agente o, si se prefiere, una correspondencia entre conducta y resultados a cuyo contenido debe atribuirse un alcance objetivo y cuya apreciación debe efectuarse asimismo en clave objetiva. En este sentido, la finalidad concurrencial no depende del propósito y voluntad de quien lleva a cabo el comportamiento considerado, y en particular del específico propósito de obtener una mejora de la posición competitiva propia o de un tercero o de incrementar la contratación de las prestaciones propias o de un tercero, ni tan siquiera del conocimiento real o debido de la aptitud de la propia conducta para promover o asegurar las prestaciones propias o ajenas. Por el contrario, para que pueda apreciarse la existencia de finalidad concurrencial bastará, y éste es el objeto de la presunción legal, que el comportamiento considerado (y realizado en el mercado) resulte objetivamente idóneo para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero, esto es, objetivamente adecuado para influir en la estructura y procesos del mercado, sea actualmente sea en el futuro (los actos preparatorios de una actividad realizada en el mercado, y que están ordenados a su promoción o aseguramiento, tienen igualmente finalidad concurrencial). En el caso de promoción de las propias prestaciones, esta naturaleza puede predicarse con carácter general de toda conducta que directa o indirectamente comporte un ofrecimiento comercial (v. STS 20-III-1996 «sin la solvencia de la primera firma de ascensores»), o de todo esfuerzo dirigido a la captación de nuevos clientes o a mantener los ya existentes (v. SAP Madrid 22-IV-1998 «triángulo con fondo verde y blanco»).

(11) La presunción de finalidad concurrencial es una presunción *iuris tantum* y tiene carácter general, vale tanto para los casos de promoción/aseguramiento de la difusión de las propias prestaciones como para los casos de promoción/aseguramiento de la difusión de las prestaciones ajenas. De otro lado, la presunción de finalidad concurrencial se ha formulado sin restricción alguna desde un punto de vista subjetivo y, por tanto, vale tanto para los operadores económicos profesionales como para aquellos que intervienen en el mercado de forma esporádica o para la satisfacción de necesidades económicas individuales, así como vale tanto para los que desarrollan una actividad empresarial o profesional como para los que llevan a cabo actividades científicas, deportivas, caritativas... Al demandante, cuando no resulta de la naturaleza misma de las cosas, corresponde aportar la prueba de las circunstancias de hecho determinantes de la adecuación de la conducta considerada para promover o asegurar la difusión de las prestaciones propias de su autor o de un tercero. Al demandado, la prueba de que, ello no obstante, la conducta en cuestión tiene una orientación diversa y es objetivamente adecuada a lo que resulta propio de la diversa finalidad considerada en el caso.

(12) Todo ello, y en particular la naturaleza objetiva de este presupuesto y de su apreciación, su vigencia generalizada para toda actividad realizada en el mercado así como su carácter no excluyente de otras finalidades, presta un alcance potencialmente muy considerable al control de deslealtad. Así entendida, en efecto, la finalidad

concurrencial extiende *prima facie* el ámbito de aplicación de la Ley a conductas ajenas a la lucha concurrencial que, atendidas las circunstancias del caso, son adecuadas para promover o asegurar la difusión de las prestaciones de su autor y, sobre todo, de un tercero. Por ello, ante la presencia de otras finalidades en la conducta considerada es precisa la máxima prudencia. En efecto, la mera existencia de un reflejo concurrencial, esto es, de un reflejo real o potencial, directo o indirecto en la estructura del mercado y en la formación y desenvolvimiento de los procesos económicos que en él tienen lugar, no modifica la finalidad propia y natural de la conducta considerada y la transmuta *per se* en una conducta realizada con finalidad concurrencial. En tales supuestos, y haciendo justicia a la expresa previsión legal de atender a las circunstancias del caso, deben excluirse del ámbito de aplicación de la Ley de Competencia Desleal aquellas conductas que son plenamente conformes a la finalidad institucional no concurrencial propia de su autor y de su comportamiento; por el contrario, deben entenderse dotadas de finalidad concurrencial aquellas conductas que típicamente no son concurrenciales. (esto es, que típicamente obedecen a finalidades distintas del aseguramiento de posiciones o promoción de prestaciones propias o ajenas en el mercado) cuando se hallan determinadas por fines espurios, y en particular cuando en el caso se dan cita circunstancias extraordinarias que revelen la orientación de la conducta en cuestión a mejorar la propia posición en el mercado en que se pueda actuar, y que en este supuesto a buen seguro será distinto de aquel en que opera el afectado, o a favorecer la posición de un tercero, que con toda probabilidad competirá con el afectado (en esta línea parece que se orienta, SAP Vizcaya 30-VII-1998 «Mantequerías Las Nieves, S. A. c. Eroski Soc. Coop.»). En otros términos, deben escapar a la presunción de finalidad concurrencial aquellas conductas que por su naturaleza estén ordenadas a la obtención de los fines (no concurrenciales) propios del sujeto agente y además sean objetivamente idóneas para su obtención, y ello a pesar de que puedan contribuir de forma más o menos directa a mejorar o empeorar la posición competitiva de determinados operadores y a estimular o retraer la contratación de sus prestaciones, a menos que concurran circunstancias que revelan un interés o aprovechamiento propio, sea directo o indirecto, de las consecuencias que la actividad reporta sobre la estructura y relaciones de mercado, o una disconformidad con sus fines aparentes (*ad ex.* desproporcionada o repetitiva difusión de noticias falsas). Presentes aquellas condiciones, han de quedar fuera del juicio de deslealtad concurrencial, por ejemplo, la asociación de consumidores que hace públicos los resultados de una prueba comparativa de productos o servicios que son incorrectos (*v.* SAP Barcelona 5-VII-1996 «Mini-labs»; aunque referida a la publicación de una cooperativa de consumo, *cf.* también SAP Vizcaya 30-VII-1998 «germen de la listeria en queso fresco»), la editorial de un diario que publica un reportaje con datos que revelan las carencias de las prestaciones o las inconveniencias de la actividad de un determinado operador económico así como el periodista que lo firma (sin perjuicio de la responsabilidad en que pueda incurrirse por violación del derecho al honor, incluida la cesación y rectificación), el científico que publica un trabajo de investigación que revela efectos negativos del uso o consumo de un determinado producto, la asociación profesional que advierte de los riesgos del uso o consumo de un determinado producto o género de productos o servicios o que recomienda ciertas actividades o géneros de productos o servicios, o el sindicato que convoca una huelga ilegal que impide al empresario atender los pedidos de sus clientes... Establecida legalmente una presunción construida en los términos objetivos que se han impuesto, y que en particular no integra como elementos ni el carácter excluyente de la finalidad concurrencial ni una intensidad mínima, corresponderá en todo caso a los demandados la prueba de que la conducta enjuiciada es conforme a su finalidad institucionalmente típica; al demandante, la prueba de los hechos que determinan su carácter espurio.

(13) No se hace depender la finalidad concurrencial de la presencia de una intensidad mínima o de unos efectos sensibles, de la aptitud de la conducta considerada para

alterar la posición competitiva de los operadores o el normal desenvolvimiento de su actividad de una forma apreciable (v. SAP *Barcelona* 7-II-1996 «Vitastar»). Esta exigencia tampoco puede deducirse de la producción efectiva o potencial de «efectos sustanciales en el mercado español» como presupuesto para la aplicación de la Ley de Competencia Desleal, que sólo es una regla de Derecho internacional privado [v. **Art. 4 (6)**]. De otro lado, no se requiere con la finalidad concurrencial que el acto se oriente a la obtención de una ganancia o que *de facto* la reporte o pueda reportarla de forma directa o indirecta. Como consecuencia esto último, también quedan sometidas a la Ley aquellas prácticas que tiendan a promover actividades de carácter benéfico o filantrópico (si realizadas en el mercado). Configurado en esencia el ilícito de deslealtad concurrencial como ilícito de peligro, en fin, no se exige que la acción considerada logre efectivamente los objetivos propuestos, o en general que sea adecuada para ocasionar efectivamente un perjuicio patrimonial o competitivo a tercero (incorrectamente, STS 15-IV-1998 «Cadena Clarín»).

Artículo 3.AMBITO SUBJETIVO

1. La Ley será de aplicación a los empresarios y a cualesquiera otras personas físicas o jurídicas que participen en el mercado.
2. La aplicación de la Ley no podrá supeditarse a la existencia de una relación de competencia entre el sujeto activo y el sujeto pasivo del acto de competencia desleal.

Bibliografía

A. BERCOVITZ, «Significado de la ley y requisitos generales de la acción de competencia desleal», en A. BERCOVITZ (coord.), *La regulación contra la competencia desleal en la Ley de 10 de enero de 1991*, BOE-Cámara de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 1992, pág. 13 ss.; A. BERG, *Das neue spanische Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb von 1991*, Low & Vorderwülbecke, Múnich, 1997; J. I. FONT, «La crisis de la "relación de competencia" como presupuesto técnico de la aplicación de la cláusula general de competencia desleal», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 1987, pág. 231 ss.; J. GÓMEZ MONTERO, «Problemas que suscita la realización por abogados de determinadas actividades publicitarias », *RGD*, núm. 558, 1991, pág. 1559 ss.; GRUPO ESPAÑOL DE LA AIPPI, *Informe sobre la cuestión 115: Protección efectiva contra la competencia desleal con arreglo al artículo 10 bis del Convenio de París de 1883*, remitido a la AIPPI en julio de 1993 con miras al Comité Ejecutivo de Copenhague de 1994, en GRUPO ESPAÑOL DE LA AIPPI, *informes sobre propiedad industrial 1979-1995*, Grupo español de la AIPPI, Barcelona, 1995, pág. 357 ss.; J. MASSAGUER, «La regulación de los servicios profesionales», *Iuris*, núm. 3, 1994, pág. 85 ss.; ID. «Competencia desleal», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995, pág. 1171 ss.; A. MENÉNDEZ, *La competencia desleal*, Civitas, Madrid, 1988; C. PAZ-ARES, «El ilícito concurrencia!: de la dogmática monopolística a la política antitrust», *RDM*, núm. 159, 1981, pág. 927 ss.; F. VICENT, «Otra opinión sobre la Ley de Competencia Desleal», *RGD*, núm. 589-90, 1993, pág. 9975 ss.; ID., «Poderes públicos y Derecho de la competencia», *RGD*, núm. 583, 1993, pág. 3313 ss.; J. VICIANO, *Libre competencia e intervención pública en la economía*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995; A. WIRTH, *Das neue Recht des unlauteren Wettbewerbs in Spanien*, C. Heymanns, Colonia-Berlín-Bonn-Múnich, 1995; ID, «La relación de competencia en la Ley de Competencia Desleal», *RGD*, núm. 583, 1994, pág. 4013 ss.

Doctrina-comentario

Sumario:

- [1.Introducción](#)
- [2.Empresarios y otras personas que participan en el mercado](#)
- [3.\(sigue\) Profesionales liberales](#)
- [4.\(sigue\) La administración pública](#)
- [5.Supresión de la relación de competencia](#)

1 INTRODUCCIÓN

(1) La protección institucional de la competencia económica en interés de todos los que participan en el mercado, de un lado, y, de otro, la formulación de la conducta relevante en torno a los presupuestos de comportamiento realizado en el mercado con finalidad concurrencial condicionaba en gran medida, aunque no fuera decisivo en este sentido, la ulterior delimitación del ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de Competencia Desleal. A este engarce entre unos elementos y otros ha dado respuesta el legislador

efectuando una definición amplia de los sujetos sometidos a sus disposiciones, que comprende a todos los que participan en el mercado: a los empresarios y a cualesquiera otras personas físicas o jurídicas que participen en el mercado (art. 3.1 LCD), y, además, que no hace de la existencia de una relación de competencia factor decisivo de su aplicación (art. 3.2 LCD).

2 EMPRESARIOS Y OTRAS PERSONAS QUE PARTICIPAN EN EL MERCADO

(2) Así definido estructuralmente el acto de competencia desleal, el control de deslealtad concurrencial habrá de afectar a todos los sujetos que, en el caso considerado, actúen en el mercado con finalidad concurrencial. La delimitación legal del ámbito subjetivo confirma la desmercantilización de la materia: el control de deslealtad traspasa los lindes de la actividad de los empresarios mercantiles para alcanzar a los empresarios civiles: agricultores, ganaderos y artesanos, ya los profesionales liberales (*Preámbulo* III.2 párrafo 2.º LCD). Pero aquella delimitación subjetiva, definida como está en torno a la participación en el mercado, va considerablemente más allá del ámbito tradicionalmente contemplado como profesional, para comprender igualmente a los artistas y científicos (en relación con la explotación de sus creaciones intelectuales), los deportistas, los trabajadores (no existe, en efecto, ninguna razón para entender que la legislación contra la competencia desleal no es de aplicación en el ámbito del mercado laboral y de las relaciones de oferta y demanda de servicios laborales) e incluso, en determinadas circunstancias, la Administración pública. En este sentido, la definición legal del ámbito subjetivo también confirma su desprofesionalización, ya apuntada en los preceptos destinados a definir la finalidad y el ámbito objetivo de la Ley de Competencia Desleal. En efecto, si la participación en el mercado, como elemento en torno al cual gira la finalidad de esta norma, da cabida a los intereses de todos los que acuden al mercado para satisfacer sus demandas económicas y sociales, y por lo tanto no atiende sólo a los intereses de los operadores profesionales, este mismo elemento no puede tener un alcance distinto como clave de la definición del ámbito subjetivo. A ello se añade que el criterio escogido para fijar el ámbito objetivo, la actuación en el mercado con finalidad concurrencial, tampoco presupone la condición de operador profesional, esto es, de agente que actúa de forma estable a través de una específica organización; al contrario, nada autoriza a excluir del mismo los actos aislados o esporádicos. De otro lado, en fin, tampoco existe una regla *de minimis* que aparte del ámbito de aplicación de la norma las conductas escasamente relevantes. Siendo todo ello así, parece oportuno sostener que todo sujeto, cualquiera que sea su naturaleza, que acceda al mercado para colocar sus prestaciones u obtener la satisfacción de sus necesidades queda sometido a la legislación contra la competencia desleal [incluidos, por tanto, aquellos que no tienen la condición de operadores profesionales: v. A. BERCOVITZ, en A. BERCOVITZ (coord.), *La regulación contra la competencia desleal*, pág. 23; F. VICENT, *RGD*, 1993, pág. 9996, o J. M. FERNÁNDEZ LÓPEZ, «El nuevo marco de la competencia desleal. La cláusula general de la LDC», en *Propiedad industrial y competencia desleal*, Consejo General del Poder Judicial-Andema, Madrid, 1995, pág. 11 ss., pág. 34-35]. La actuación de todos ellos, en efecto, es apropiada para, en su caso y sin duda en diferente medida, distorsionar la competencia, cuya protección no conoce en este sentido salvedades. No es ésta la solución que, en cambio, se acoge en materia de publicidad ilícita y desleal (v. art. 2 LGP), donde claramente se limita la actividad publicitaria a aquellas comunicaciones efectuadas en el marco de una actividad empresarial (industrial, comercial o artesanal) o profesional (conforme, C. LEMA, «Publicidad desleal», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, pág. 5375).

(3) Especial atención, por razones distintas, merece el sometimiento de los profesionales liberales, en particular de los profesionales colegiados, y de la Administración pública a la normativa sobre competencia desleal.

3 (SIGUE) PROFESIONALES LIBERALES

(4) La consideración del sometimiento de los profesionales liberales a las reglas generales sobre competencia desleal ha de comenzar con una precisión de los términos que se emplean en este contexto: profesión liberal, profesión titulada y profesión colegiada. De entrada, de profesión y profesión liberal sólo se habla en relación con profesiones y profesionales titulados, que pueden o no ser profesiones y profesionales colegiados. Profesión titulada (art. 36 CE) es aquella «para cuyo ejercicio se requieren títulos, entendiéndose por tales la posesión de estudios superiores y la ratificación de dichos estudios mediante la consecución del oportuno certificado o licencia» (STC 42/1986, de 10 de abril, «Ley de creación del Colegio Oficial de Psicólogos»). La titulación, esto es, el certificado o licencia puede ser académico, que capacita *per se* para el ejercicio de la profesión sin perjuicio de la colegiación, o bien de carácter exclusivamente profesional, que habilita para el ejercicio de la profesión y para cuya obtención es presupuesto (o no) la previa obtención de la titulación académica correspondiente. Por su parte, la profesión colegiada aparece configurada como profesión cuyo ejercicio está ordenado por un Colegio Profesional y requiere en todo caso de la incorporación al Colegio Profesional en cuyo ámbito territorial se pretende desarrollar (arts. 1.3 y 3.2 LCP). Entre profesión titulada y profesión colegiada no media, por tanto, una relación unívoca. En particular, no toda profesión titulada es una profesión colegiada: para su ejercicio no se exige la colegiación, sin perjuicio de la necesaria inscripción en registros profesionales públicos, como es el caso de los auditores de cuentas. De otro lado, no toda profesión colegiada es una profesión titulada: de común los Colegios Profesionales se constituyen por profesionales titulados, en especial por titulados universitarios [argo ex art. 1.2. c) LCP], pero no faltan ejemplos de profesionales colegiados a los que no se requiere (o no se requería) titulación académica, como los agentes de la propiedad inmobiliaria. Por último, profesión liberal sólo es aquella profesión titulada y/o colegiada que se desenvuelve en el marco de una relación de arrendamiento de servicios o de obra, según los casos: el profesional liberal ejerce una actividad económica autónoma de producción y colocación de servicios, de servicios profesionales en el mercado. A ella se contraponen la profesión titulada y/o colegiada dependiente, que se desenvuelve en el marco de una relación funcional o laboral: el profesional colegiado presta aquí sus servicios como funcionario o como asalariado, en ambos casos por cuenta ajena e integrado en la organización, en su caso empresarial, de un tercero, al que se ceden los servicios para ser integrados en un resultado propio. Siendo ello así, sólo el profesional titulado y/o colegiado liberal y su actividad son relevantes para el Derecho de la competencia, pues sólo los profesionales liberales despliegan en el mercado una actividad económica de forma independiente, naturalmente sin perjuicio de la legitimación para soportar la acción de competencia desleal del profesional titulado y/o colegiado dependiente como autor material del acto de competencia desleal en aquellos supuestos en los que la acción no deba dirigirse necesariamente contra el principal [v. **Art. 20 (5) a (9)**].

(5) Los problemas relacionados con la sujeción o no de las profesiones y de los profesionales liberales a las normas generales contra la competencia desleal se han planteado tradicionalmente en el ámbito de las profesiones y de los profesionales liberales colegiados; en particular, han resultado de la existencia y competencias de los Colegios Profesionales. No se puede olvidar, en este sentido, que los Colegios Profesionales asumen como tareas propias, y entre otras, la ordenación del ejercicio de la profesión colegiada y, en este ámbito, el establecimiento y aplicación de normas de conducta relativas a la captación y relación con la clientela.

(6) Las dudas que pudieran existir al respecto, si es que alguna vez han estado fundadas, se han disipado definitivamente. El pleno y ordinario sometimiento a Derecho de la competencia de profesiones y profesionales liberales colegiados se resolvió

primeramente en relación con Derecho de defensa de la competencia, a través de las resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia (por todas, RRTDC 16-X-1990, expediente A 4/90 «Colegio Oficial de Médicos de Sevilla», 12-XI-1990, expediente A 7/90 «Colegio Oficial de Médicos de Valencia», 28-VII-1992, expediente 305/91 «Iguatorial Médico Colegial de Pontevedra», 20-XI-1992, expediente 313/92 «Colegio Oficial de Arquitectos Vasco-Navarro», 23-XI-1993, expediente A 62/93 «Colegio Oficial de Arquitectos de Asturias», 28-VII-1994, expediente 339/93 «Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid», así como *Informe del Tribunal de Defensa de la Competencia sobre el Libre Ejercicio de las Profesiones*, de junio de 1992), y ahora es cuestión pacífica en relación con el Derecho contra la competencia desleal desde la reforma reciente de la Ley de Colegios Profesionales: las profesiones y los profesionales liberales colegiados, en efecto, están plenamente sometidos a la legislación en materia de competencia desleal (*cf.* art. 1.2 de la Ley 7/1997).

(7) y lo cierto es que no podía ser de otro modo. La previsión constitucional de un régimen específico con rango de ley para Colegios Profesionales y profesiones tituladas (art. 36 CE) no comporta, en forma alguna, la asignación de un marco institucional distinto del mercado para encuentro de oferta y demanda de servicios profesionales, ni deroga en absoluto la competencia como principio rector del funcionamiento del mercado y de las conductas de los operadores económicos en este sector. Dicho en otros términos, desde una perspectiva constitucional, los profesionales liberales colegiados están enteramente sujetos a las exigencias normativas del principio de competencia económica. En consecuencia, también son formal y sustantivamente destinatarios de la Ley de Competencia Desleal, esto es, deben entenderse comprendidos entre aquellas «otras personas físicas o jurídicas que participen en el mercado» que conforman el círculo de sus destinatarios, y de hecho han merecido una mención expresa del legislador a este propósito (*Preámbulo* 111.2 párrafo 2.º LCD). De esta forma, aunque el problema se aborde en relación con el ámbito subjetivo de aplicación de la normativa contra la competencia desleal, el legislador parte de la relevancia concurrencial de la actividad profesional colegiada (liberal), esto es, de su realización en el mercado en régimen de competencia económica (conforme, F. VICENT, *RGD*, 1991, pág. 1544). Otro tanto cabe decir de la segunda piedra básica de nuestra legislación contra la competencia desleal, la Ley General de Publicidad. De conformidad con la definición que en ella se establece de actividad publicitaria, sus disposiciones son de aplicación a la comunicación de cualquier clase realizada por una persona en el ejercicio de una actividad profesional con el fin de promover la contratación de servicios, sin que nada autorice a entender que entre la actividad profesional no quede comprendida la actividad de los profesionales liberales colegiados (tendencialmente, J. GÓMEZ MONTERO, «Problemas que suscita la realización por abogados de determinadas actividades publicitarias», *RGD*, 1991, pág. 1570-1571, Y J. ALFARO, «Competencia desleal por infracción de normas», *RDM*, núm. 202, 1991, pág. 667 ss., pág. 724-725).

(8) Así las cosas, la normativa colegial no desplaza en absoluto a la normativa contra la competencia desleal en la ordenación de la conducta en el mercado de los profesionales colegiados liberales; antes bien, sucede justamente lo contrario: la normativa colegial no puede establecer limitaciones a la conducta concurrencial de los colegiados, y en particular a su actividad promocional, que les impidan la realización de estrategias y prácticas que, en principio, son lícitas para los demás operadores económicos. Semejantes normas colegiales —de las que no han carecido precisamente los Estatutos y demás disposiciones corporativas— serían restrictivas de la competencia en el sentido del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y carecen por ahora de una norma de rango legal o reglamentario dictada en desarrollo de una norma de rango legal que preste la cobertura suficiente para gozar de la excepción del artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia.

(9) Sentada su licitud, particularmente desde la perspectiva del Derecho de defensa de la competencia, las normas colegiales ordenadoras de la actividad concurrencial de los profesionales liberales colegiados, de su conducta como operadores económicos que ofrecen y prestan sus servicios en el mercado, queda de hecho asumida por la legislación contra la competencia desleal, al punto de hacer de ella, en cuanto normativa que tiene por objeto la regulación de la actividad concurrencial, sustrato de la violación de normas desleal [v. **Art. 15 (31)**]. No obstante y en este ámbito de la competencia desleal por violación de normas, parece conveniente extremar la prudencia en relación con la integración y aplicación al caso de las normas colegiales prohibitivas y limitativas basadas en cláusula abiertas y en conceptos indeterminados y, en particular, no dejar de lado la valoración de la homogeneidad entre los fines de la legislación contra la competencia desleal (art. 1 LCD) y los fines de dichas normas, al menos en los casos en que tales fines se asienten en la órbita de la tutela de la lealtad en el ejercicio de las actividades profesionales. No parece, en efecto, lícito dar cabida a través del acto de competencia desleal consistente en la violación de normas a concepciones de la lealtad en la competencia distintas, cuando no sencillamente contrarias, a la finalidad expresa y formalmente atribuida a la Ley de Competencia Desleal o al contenido propio de su cláusula general y, con ello, suplantar un modelo de social de represión de la competencia desleal por otro, como en este caso ha sido habitual, rancia mente corporativo. De ahí que, a mi modo de ver, el enjuiciamiento de las infracciones de aquella clase de normas corporativas como actos de competencia desleal deba ponderar cuidadosamente las consecuencias reales o potenciales del acto considerado sobre la competencia (como estado y como proceso), sobre los intereses concurrencialmente relevantes de los consumidores y sobre el interés general, para negar la deslealtad de aquellas infracciones que lejos de perjudicar la estructura o funcionamiento competitivos del mercado o aquellos intereses lleguen a promoverlos. De hecho, si así lo hace la jurisprudencia en aplicación de las propias normas corporativas [*cf.* SSTS (Sala 3.a)17-X-1995 «turnos de vacaciones en oficinas de farmacia», 15-XI-1995 «turnos y horarios en oficinas de farmacia»], no veo desde luego razón para que no se haga en aplicación de la Ley de Competencia Desleal.

(10) Nada de lo dicho, sin embargo, comporta un desconocimiento de las específicas circunstancias y condiciones en que ciertamente se enmarca la lucha concurrencial en el ámbito de la actividad profesional colegiada, precisamente por causa de la naturaleza y exigencias propias de esta actividad y, no en último lugar, de la especial situación en que se hallan los consumidores en este mercado (opacidad y confianza personal). Con otras palabras, en lo anterior no debe verse un intento de privar a este sector de la economía de sus trazos particulares. Sin duda, el reproche de deslealtad habrá de tomar en consideración las exigencias características de la promoción y prestación de los servicios profesionales y de su demanda, e incluso quedar modulado por ellas. Más difícil parece, en cambio, que deba aceptarse acríticamente el contenido de normas de conducta profesional corporativas, formuladas como expresión de aquello que sólo una de las partes involucradas, los profesionales colegiados, entienden como conducta desleal, y en particular que, como se ha avanzado, deban dejar de someterse al debido enjuiciamiento antitrust aquellas normas corporativas que prohíben prácticas que con carácter general son conformes con la legislación de competencia desleal y, de otro lado, deban dejar de considerarse los efectos positivos sobre la competencia de las conductas enjuiciadas para negar, en su caso, la deslealtad por violación de normas.

4 (SIGUE) LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

(11) La Administración pública queda sometida al control de deslealtad concurrencial (extensamente, F. VICENT, *RGD*, 1993, pág. 3313 ss.) en cuanto desarrolla una propia actividad económica y en cuanto se procura bienes y servicios en el mercado como tal Administración, especialmente cuando los adquiera a empresas de titularidad pública.

Menos seguro parece que la Administración quede sometida a las exigencias del Derecho contra la competencia desleal también en cuanto despliega una actividad reguladora que tiene trascendencia sobre la posición y relaciones concurrenciales de los particulares.

(12) El reconocimiento constitucional de la iniciativa económica pública (art. 128 CE), en plano de igualdad con la iniciativa privada pero en todo caso condicionada a la presencia de un interés público que la exija (v. J. VICIANO, *Libre competencia e intervención pública en la economía* , pág. 182-194, con otras referencias), no comporta en forma alguna, como he indicado en relación con la actividad de los profesionales liberales colegiados, una anulación o sustitución del mercado como marco institucional para su desenvolvimiento y, por lo tanto, tampoco de la competencia económica como principio rector de la actividad que tiene lugar en el mercado. Siendo esto así, la actividad económica de la Administración, cualquiera que fuere la forma jurídica adoptada para su ejercicio, queda plenamente sometida al Derecho de la competencia, tanto al Derecho de defensa de la competencia (por todas, RRTDC 26-V-1997, expediente r 193/96 «Hormaiza, S. L. c. Zumaia Lantzen y Ayuntamiento de Zumaia») como al Derecho contra la competencia desleal [v. STS (Sala 3.a) 10-X-1989 «Iniciativas», y en doctrina con anterioridad A. ROJO, *RDM* , 1983, pág. 321-325]. En particular, el sometimiento de la actividad económica de la Administración pública al Derecho contra la competencia desleal se produce en la fase de propia actuación en el mercado como operador profesional, sea como oferente o como demandante de productos o servicios en el mercado. Más dudoso resulta, en cambio, el sometimiento de la decisión de creación de empresas públicas, pues si bien en la doctrina se ha postulado con fundadas razones que el incumplimiento de las normas específicas constituye una violación de normas desleal (con detalle, F. VICENT, *RGD* , 1993, pág. 3371-3376), no es menos cierto que la implícita revisión de los actos administrativos correspondientes y, en particular, la determinación de si el objeto de la empresa creada responde o no a exigencias de interés público compete en principio a la jurisdicción contencioso-administrativa, de la forma en que se ha establecido en diversas ocasiones en relación con el sometimiento de estas decisiones al Derecho de defensa de la competencia (últimamente, RRTDC 26-V-1997, expediente r 193/96 «Hormaiza, S. L. c. Zumaia Lantzen y Ayuntamiento de Zumaia», 5-VI-1997, expediente A 204/97 «Periódico Lanza»).

(13) La contratación de suministros de bienes y servicios o de obras públicas por parte de la Administración, en cuanto actividad hecha en el mercado y apta para afectar a la promoción y difusión de las prestaciones de terceros, ha de respetar igualmente las exigencias del orden jurídico concurrencial. Esta exigencia se hace tanto más evidente y perentoria en el caso de que la Administración contrate con empresas de titularidad pública, en detrimento de sus competidores. En consecuencia, la violación de las normas reguladoras de la contratación mencionada o la discriminación injustificada en este contexto son conductas calificables como actos de competencia desleal. En este ámbito, el Derecho contra la competencia desleal completa la política comunitaria de apertura del mercado de contratos públicos de obras y suministros (ofrece una rica información sobre este particular, F. VICENT, *RGD* , 1993, pág. 3376-3377).

(14) Finalmente, la actividad reguladora de la Administración no puede considerarse realizada en el mercado con carácter general y, por ello, queda en principio excluida del ámbito de aplicación de la Ley de Competencia Desleal [v. **Art. 2 (5)**]. Ello no obstante, desde la doctrina se ha postulado que la actuación de la Administración pública en la ordenación, impulso y vigilancia de la actividad económica debe igualmente ajustarse a las bases del orden concurrencial, de tal forma que sobre la Administración pesaría un particular deber de abstenerse de atribuir, sea mediante producción normativa o bien mediante aplicación de la normativa en vigor, ventajas competitivas injustificadas a uno

o varios de los agentes económicos presentes en un determinado mercado; la conculcación del principio de legalidad y la prohibición de desviación de poder toma, en efecto, una vertiente de antijuridicidad concurrencial si de este modo se facilita la promoción de las prestaciones de un determinado agente económico en detrimento de otros (extremo que también aborda con detalle F. VICENT, *RGD*, 1993, pág. 3338-3351).

5 SUPRESIÓN DE LA RELACIÓN DE COMPETENCIA

(15) Al contrario de lo que ha sucedido históricamente y todavía sucede en algunos sistemas de Derecho comparado, entre los presupuestos del acto de competencia desleal no figura la discutida exigencia de que exista una relación de competencia entre la persona que lo realiza y la persona o personas afectadas por el mismo, tal y como se postulara en la doctrina que ha inspirado la nueva regulación (v. A. MENÉNDEZ, *La competencia desleal*, pág. 118-121, y C. PAZ-ARES, *RDM*, 1981, pág. 142, así como J. I. FONT, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 1987, pág. 231 ss.). Semejante omisión, sin embargo, no es resultado del mero silencio del legislador; bien al contrario, ha encontrado una explícita plasmación positiva (art. 3.2 LCD), que fue objeto de un vivo debate parlamentario [no fueron pocas, en efecto, las enmiendas que postularon la limitación del ámbito subjetivo de la ley a los supuestos de conflicto entre competidores —Enmiendas núm. 4, 9 y 80 de los Grupos Parlamentarios Vasco, Mixto-A.I.C. y Catalán en el Congreso de los Diputados = BOCG, *Congreso de los Diputados*, IV Legislatura, Serie A, núms. 7-4, y las Enmiendas núm. 38, 76 y 92 de los Grupos Parlamentarios Popular, Vasco y catalán de Convergencia i Unió en el Senado = BOCG, *Senado*, IV Legislatura, Serie 11, núm. 19 (d)—, y todas ellas fueron rechazadas con la misma argumentación: el nuevo modelo de represión de la competencia desleal exige un mayor ámbito subjetivo de aplicación, de modo que no escapen al mismo actos que afectan el normal funcionamiento del sistema económico pero suceden al margen de una relación de competencia —*efr.* las intervenciones del Sr. Berenguer del Grupo Parlamentario Socialista: Cortes Generales, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Comisiones, IV Legislatura, núm. 67, pág. 1829-1831, y del Sr. Galán del Grupo Parlamentario Socialista: Cortes Generales, *Diario de Sesiones del Senado*, Comisiones, IV Legislatura, núm. 56, pág. 8-9—]. En consecuencia, la aplicación de la Ley de Competencia Desleal no puede supeditarse a la existencia de una relación de competencia entre sujeto agente y afectado o afectados, como no han dejado de reconocer los pronunciamientos judiciales que se han enfrentado con esta cuestión (v. SSAP *Barcelona* 8-XI-1994 «F. Barcelona/F. Barcelona, S. A.», 29-XI-1995 «Asociación de Vídeo Clubs de Catalunya c. Warner Home Vídeo España, S. A.», *Madrid* 18-II-95 «carta abierta a clientes proveedores y amigos») y como desde el primer momento se destacara pacíficamente por la literatura habida en torno a la Ley de Competencia Desleal [v. A. BERCOVITZ, en A. BERCOVITZ (coord.), *La Regulación contra la Competencia Desleal*, pág. 23, o GRUPO ESPAÑOL DE LA AIPPI, *Informe sobre la cuestión 115: Protección efectiva contra la competencia desleal con arreglo al artículo 10 bis del Convenio de París de 1883*, pág. 360].

(16) La supresión de la relación de competencia de entre los elementos que definen la estructura del acto de competencia desleal es uno de los postulados programáticos de la nueva regulación (v. *Preámbulo* LCD III.2). Expresa, por lo demás y como ya he apuntado anteriormente, una consecuencia lógica de otros postulados político-legislativos acogidos claramente en el texto legal y, por lo tanto, se halla en plena sintonía con otras opciones de política legislativa igualmente asumidas por el legislador en esta ocasión (en esta línea, A. WIRTH, *RGD*, 1994, pág. 4021-4023). En el primer sentido, no puede pasarse por alto, de un lado, la finalidad de protección institucional y no individual que asume expresamente la Ley de Competencia Desleal, con el consiguiente reflejo positivo en la incorporación de los intereses de los consumidores y

del interés de la generalidad entre los intereses que justifican y animan la represión de la competencia desleal [v. **Art. 1**] y, de otro lado, la entronización de la realización en el mercado con finalidad concurrencial, en particular de la construcción de esta última noción en términos esencialmente objetivos, como clave del ámbito objetivo de aplicación de la Ley de Competencia Desleal. Bajo este último aspecto, pues, el factor que desencadena la aplicación de la Ley de Competencia Desleal es la presencia de una conducta objetivamente adecuada para afectar a los procesos de mercado, sea en provecho de quien la realiza o en provecho de un tercero, pero no la presencia adicional de una lesión efectiva o potencia precisa y necesariamente a un competidor [v. **Art. 2**]. En el segundo sentido, y también probablemente de resultados de todo lo anterior, no debe olvidarse que la cláusula general define la conducta relevante como comportamiento, y no como acto de competencia [v. **Art. 5**].

(17) Exigencias obvias de fidelidad al tenor y al sistema legal, amén de la debida atención a los antecedentes de la nueva regulación (v. A. MENÉNDEZ, *La competencia desleal* , pág. 118-121), impiden toda posibilidad de hacer, por vía hermenéutica, de la relación de competencia un presupuesto del ilícito. En particular, no es lícito hacerlo a partir la exigencia de que los intereses económicos resulten directamente perjudicados o amenazados sobre la que se construye la legitimación para el ejercicio de la acción de competencia desleal (art. 19.1 LCD). Esta previsión, en efecto, no pasa de ser una concreción del interés legítimo exigido procesal mente para la interposición de acciones, circunstancia que por la naturaleza misma de las cosas está desligada de la existencia de una relación de competencia en un sistema de represión de la competencia desleal de carácter institucional, establecido para la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado (y no sólo de los que compiten entre sí) y del interés general. Dicho en otros términos, la producción de un perjuicio o la amenaza de los intereses económicos no depende de la existencia de una relación de competencia, como fácilmente se desprende del reconocimiento de legitimación a los consumidores y a las asociaciones de consumidores [v.**Art. 19 (4)**]; no existe, de otro lado, argumento alguno para sostener fundadamente que la supresión de la relación de competencia se establece, precisamente, a los solos y únicos efectos de permitir a los consumidores y a las asociaciones de consumidores ejercitar la acción de competencia desleal [no obstante, SJPI *Madrid* 30-XII-1993 «Veneno en la piel», con nota crítica de A. WIRTH, *RGD* , 1994, pág. 4013 ss.].

(18) En la definición de algunos actos de competencia desleal en particular se pueden encontrar ciertas referencias a los competidores [arts. 11.3, 14.1 y 2 y 17.2. c) LCD]. Tampoco son estas referencias suficientes para extraer conclusiones de carácter sistemático, como muestra la argumentación con la que en alguna ocasión se rechazaron enmiendas destinadas a introducir una mención a los competidores (v. la explicación del Sr. Jover acerca de las razones por las que se debía rechazar la Enmienda núm. 60 del Grupo Parlamentario Popular que proponía sustituir el término «terceros» del artículo 11 del Proyecto de Ley, relativo a los actos de comparación, por el término «competidores»: Cortes Generales, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisiones* , IV Legislatura, núm. 67, pág. 1847). A decir verdad, aquellas referencias tampoco deben entenderse como derogaciones de la regla general establecida en el artículo que se comenta, sino como expresiones de la adecuación del tipo a la realidad, a lo que normalmente sucede en los casos del tipo considerados en la norma correspondiente.

Artículo 4.AMBITO TERRITORIAL

La presente Ley será de aplicación a los actos de competencia desleal que produzcan o puedan producir efectos sustanciales en el mercado español.

Bibliografía

A. BERG, *Das neue spanische Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb von 1991*, Low & Vorderwülbecke, Múnich, 1997; A. FONT, *La protección internacional del secreto empresarial*, Eurolex, Madrid, 1999; C. MADRENAS, «La Ley núm. 3/1991; de 10 de enero, de Competencia Desleal», 10 *BIM* 1991, pág. 1 ss.; F. VICENT, «Otra opinión sobre la Ley de Competencia Desleal», *RGD*, núms. 589-90, 1993, pág. 9975 ss.; M. VIRGÓS, *El Derecho Internacional en el nuevo Derecho español de la competencia desleal*, Civitas, Madrid, 1993; A. WIRTH, *Das neue Recht des unlauteren Wettbewerbs in Spanien*, C. Heymanns, Colonia-Berlín-Bonn-Múnich, 1995.

Doctrina-comentario

Sumario:

- [1.Introducción](#)
- [2.Encuadramiento sistemático](#)
- [3.Lugar de producción de los efectos](#)
- [4.Sustancialidad de los efectos](#)

1 INTRODUCCIÓN

(1) El artículo 4 de la Ley de Competencia Desleal es una norma de Derecho internacional privado (*cf.* las intervenciones del Sr. Berenguer del Grupo Parlamentario Socialista: Cortes Generales, *Diario de Sesiones del Senado*, Comisiones, IV Legislatura, núm. 67, pág. 1832 col. izq., y del Sr. Galán del Grupo Parlamentario Socialista: Cortes Generales, *Diario de Sesiones del Senado*, Comisiones, IV Legislatura, núm. 56, pág. 9 col. izq.), que en particular determina el ámbito de aplicación territorial o espacial de la Ley de Competencia Desleal y, por extensión, de la legislación española en la materia o, lo que es lo mismo, establece una norma de conflicto unilateral, fijando los criterios de selección del ordenamiento español como ordenamiento aplicable a un supuesto de competencia desleal que presente elementos internacionales (*v.* M. VIRGÓS, *El Derecho Internacional en el nuevo Derecho español de la competencia desleal*, pág. 34), que al decir de algunos admite ser bilateralizada (*v.* A. FONT, *La protección internacional del secreto empresarial*, pág. 238-245, con otras referencias). Desde esta perspectiva, la Ley de Competencia Desleal se suma a las leyes especiales que encierran una regulación propia de las normas de conflicto, separada de la establecida en el Código civil con carácter general. El artículo 4 de la Ley de Competencia Desleal no dispone, por el contrario, adicionales elementos estructurales del acto de competencia desleal, esto es, nuevos elementos que se deben dar cita en una determinada conducta para que pueda merecer la consideración de acto de competencia desleal; en particular, no introduce la exigencia de que los efectos de la conducta deban tener carácter sustancial para poder constituir un acto de competencia desleal (conformes C. MADRENAS, 10 *BIM* 1991, pág. 9, M. VIRGÓS, *El Derecho Internacional en el nuevo Derecho español de la competencia desleal*, pág. 46, F. VICENT, *RGD*, 1993, pág. 9984). Y no es tampoco una norma que impida que los tribunales españoles apliquen legislación contra la competencia desleal extranjera cuando puedan ser territorialmente competentes de acuerdo con las reglas reguladoras

de este extremo (v. M. VIRGÓS, *Derecho Internacional en el nuevo Derecho español de la competencia desleal* , pág. 128).

2 ENCUADRAMIENTO SISTEMÁTICO

(2) El criterio establecido para seleccionar la legislación española contra la competencia desleal como ley aplicable a un supuesto con elementos internacionales es el lugar de efectiva o potencial producción de efectos sustanciales. En este ámbito, por tanto, se ha abandonado el criterio de determinación de la ley aplicable empleado tradicionalmente en materia de ilícito extracontractual, esto es, el lugar de realización del hecho, discutiéndose en este sentido si entre el artículo 10.9 del Código civil y el artículo 4 de la Ley de Competencia Desleal media una relación de norma general a norma especial (como sostiene, por ejemplo, A. FONT, *La protección internacional del secreto empresarial* , pág. 237, 255-259, con otras referencias) o no (como indica, M. VIRGÓS, *El Derecho Internacional en el nuevo Derecho español de la competencia desleal* , pág. 33). En todo caso, se tiende a reconocer una vigencia subsidiaria a este criterio, que podría resultar de interés en ciertos supuestos (v. M. VIRGÓS, ob. últ. cit., pág. 93 ss.).

(3) La opción del legislador por el lugar de los efectos frente al lugar de realización es plenamente coherente con la finalidad de la legislación contra la competencia desleal (v. Preámbulo III.2 LCD): el orden concurrencial protegido, en efecto, es el propio del mercado nacional y los estándares de competencia salvaguardados a través de la particular delimitación de los diversos ilícitos son los que se aspira a mantener en el mercado nacional; del mismo modo, los intereses protegidos son los de los partícipes en el mercado nacional. Siendo ello así, es obvio que no pueden admitirse mermas en la represión de la competencia desleal en el mercado español por el solo hecho de que la realización o el objetivo de la conducta se sitúen fuera del mismo. De ahí se sigue igualmente la necesidad de escoger un criterio de conexión que asegure la vigencia uniforme de la Ley de Competencia Desleal en todo el territorio español, como es precisamente el lugar de producción de los efectos, y, desde la perspectiva opuesta, de desestimar aquellos otros criterios de conexión que puedan provocar huecos en su vigencia en el mercado nacional, como son el lugar de realización, el mercado en el que se pretende que la conducta considerada tenga efectos o la nacionalidad de las personas involucradas. Esta misma coherencia se aprecia, además, bajo el prisma de la configuración del ilícito como transgresión objetiva del orden concurrencial vigente en el mercado y, desde otro punto de vista, es acorde con el criterio que a estos efectos se emplea en el ámbito de la defensa de la competencia. Esta opción, en fin, no deja de ser una obvia consecuencia de la limitación territorial de la competencia del legislador nacional para regular la competencia económica.

3 LUGAR DE PRODUCCIÓN DE LOS EFECTOS

(4) Como queda dicho, el criterio determinante de la aplicación de la normativa española a un supuesto de competencia desleal con elementos internacionales es el lugar de producción de los efectos (v. M. VIRGÓS, *El Derecho internacional en el nuevo Derecho español de la competencia desleal* , pág. 29-31, 49-50). A este propósito, se exige que los efectos falseadores o restrictivos de la competencia combatidos por la legislación contra la competencia desleal se produzcan o se puedan producir en el mercado nacional y que sean sustanciales, cualquiera que sea el lugar de realización del acto de competencia desleal y el mercado en que su autor pretendiera haber dirigido o concentrado sus efectos. Son irrelevantes a este propósito, por lo tanto, el lugar de realización de la conducta, la nacionalidad de los sujetos implicados, o la intención del sujeto que llevara a cabo la conducta ilícita. Y en consecuencia, la Ley de Competencia Desleal no es aplicable a las conductas verificadas en territorio español, realizadas por nacionales españoles o dirigidas al territorio español que, sin embargo y en atención a

las circunstancias del caso, sean inhábiles para producir efectos sustanciales en el mercado español.

(5) La consideración de los efectos del acto de competencia desleal en este ámbito no comporta una alteración ni una matización a la naturaleza del ilícito de deslealtad concurrencial como ilícito de peligro ni, de otro lado, entrañan la exigencia de la verificación o de la verificación posible de un resultado determinado. Los efectos relevantes no pueden ser otros que el perjuicio o amenaza de los intereses económicos de los que participan en el mercado (*cf.* art. 19.1 LCD), o si se prefiere: no pueden ser otros que una influencia real o potencial en la estructura y formación de las relaciones de mercado de una forma falseada, según pautas diferentes de las propias del funcionamiento concurrencial del mercado. Mercado español es en este contexto tanto como territorio español, todo o parte del mismo. Nada autoriza a condicionar la aplicación del ordenamiento español contra la competencia desleal a supuestos con elementos internacionales a que los efectos se produzcan o puedan producir en todo el territorio español (ya C. MADRENAS, 10 *BIM* 1991, pág. 9). No se exige, ni puede exigirse, de otro lado, que dichos efectos se produzcan única y exclusivamente en el mercado español: la normativa española en la materia también es de aplicación a los actos de competencia desleal cuyos efectos se dejan sentir en una pluralidad de mercados, siempre que entre ellos se encuentre el mercado español y siempre que los efectos sobre el mismo sean sustanciales.

4 SUSTANCIALIDAD DE LOS EFECTOS

(6) Por su parte, la sustancialidad exigida no puede ser dissociada del contexto en el que se sitúa, que, como ha quedado dicho, es el de una norma de Derecho internacional privado. En consecuencia, sólo entra en juego en casos que presenten elementos internacionales y, de otro lado, a los solos efectos de determinar si la legislación española es aplicable al caso, y no de concluir si la conducta es desleal o no; por tanto, como también tuve ocasión de indicar, de este modo no se introduce un específico componente del acto de competencia desleal o de su ilicitud, ni con carácter general ni tampoco para los actos con elementos internacionales. Bajo la perspectiva que le es propia, la sustancialidad no comporta una particular exigencia de intensidad o gravedad, ni tampoco de especial afectación a intereses públicos como presupuesto de la aplicación de la normativa española a actos con elementos internacionales (condición a la que sería ajena la aplicación de la Ley de Competencia Desleal a los actos carentes de esta clase de elementos). Expresa, por el contrario, la necesidad de que los efectos sobre el mercado español sean directos (*v.* A. FONT, *La protección internacional del secreto empresarial* , pág. 252-253) y que, por ello, esté objetivamente justificada, en atención a los intereses tutelados, la aplicación de la normativa española. La locución escogida por el legislador español, en todo caso, pone el acento en este último extremo y, en este sentido, recuerda la exigencia de una perceptibilidad mínima en el mercado nacional que, atendidas las circunstancias del caso, explique la reacción del legislador español.

Artículo 5. CLÁUSULA GENERAL

Se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe.

Bibliografía

A. BERCOVITZ «La competencia desleal», *DN*, núm. 20, 1992, pág. 1 ss.; ID., «Significado de la ley y requisitos generales de la acción de competencia desleal», en A. BERCOVITZ (coord.), *La regulación contra la competencia desleal en la Ley de JO de enero de 1991*, BOE-Cámara de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 1992, pág. 13 ss.; A. VERG, *Das neue spanische Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb van 1991*, Low & Vorderwülbecke, Múnich, 1997; J. M. FERNÁNDEZ LÓPEZ, «El nuevo marco de la competencia desleal. La cláusula general de la LDC», en *Propiedad industrial y competencia desleal*, Consejo General del Poder Judicial-Andema, Madrid, 1995, pág. 11 ss.; C. MADRENAS, «La Ley núm. 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal», *10 BIM* 1991, pág. 1 ss.; J. MASSAGUER, «Competencia desleal», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995, pág. 1171 ss.; A. MENÉNDEZ, *La competencia desleal*, Civitas, Madrid, 1988; C. PAZ-ARES, «El ilícito concurrencial: de la dogmática monopolista a la política antitrust», *RDM*, núm. 159, 1981, pág. 7 ss.; ID., «Constitución económica y competencia desleal», *ADC*, 1981, pág. 927 ss.; F. VICENT, «Otra opinión sobre la Ley de Competencia Desleal», *RGD*, núms. 589-90, 1993, pág. 9975 ss.; A. WIRTH, *Das neue Recht des unlauteren Wettbewerbs in Spanien*, C. Heymanns, Colonia-Berlín-Bonn-Múnich, 1995.

Doctrina-comentario

Sumario:

- 1. Introducción
- 2. Significado sistemático
- 3. La caracterización general del acto de competencia desleal como acto ilícito
- 4. La cláusula general como norma sustantiva
- 5. Grupos de casos
 - a. Actos de expolio o aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno
 - b. Actos de obstaculización
 - c. Ofertas molestas
 - d. Abuso de autoridad
 - e. Actos de explotación de los sentimientos
 - f. Publicidad desagradable
 - g. Actos de agresión
- 6. Clasificación de los actos de competencia desleal

1 INTRODUCCIÓN

(1) El artículo 5 de la Ley de Competencia Desleal es un precepto sin precedentes en la legislación española contra la competencia desleal: desde una perspectiva sistemática, por el mismo hecho de establecer una cláusula general de prohibición de la competencia desleal (la cláusula general de la Ley de Marcas no dejó de ir precedida de un significativo «sin perjuicio de lo que se establezca en la legislación general sobre la materia», que advertía de su carácter parcial —por más que difícilmente concretable— y la situaba, sistemáticamente, en el mismo plano en que anteriormente ocupó la cláusula general del Estatuto de la Publicidad y ahora ocupa la Ley General de

Publicidad) y, de otro lado y desde una perspectiva sustantiva, por encarnar un destacado cambio en los postulados político-legislativos así como en los contenidos materiales de la represión de la competencia desleal.

(2) No han faltado en ningún caso esfuerzos bienintencionados por hacer de alguna de las normas contra la competencia desleal históricamente vigentes una cláusula general de prohibición de la competencia desleal; con este propósito, la doctrina centró su atención particularmente en el artículo 131 de la Ley de Propiedad Industrial (v. J. GIRÓN, «Competencia ilícita y Derecho de la empresa. Interpretación de nuestro Derecho positivo», *RDP*, 1944, pág. 693 ss., pág. 704-707; M. DÍAZ VELASCO, «Competencia ilícita», *Diccionario de Derecho Privado*, T. I, Labor, Barcelona, 1950, pág. 1017 ss., pero manejo la reproducción de este trabajo publicada en M. DÍAZ VELASCO, *Estudios sobre Propiedad Industrial*, pág. 665 ss., pág. 673-674; M. BROSETA, *Manual de Derecho mercantil*, 5.^a ed., Tecnos, Madrid, 1986, pág. 117; F. SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho mercantil*, 13.^a ed., EDESA, Madrid, 1988, pág. 95, Y J. I. FONT, *Constitución económica y Derecho de la competencia*, Tecnos, Madrid, 1987, pág. 234-273), en el artículo 10 del Estatuto de la Publicidad (L. DÍEZ PICAZO, «Propiedad industrial: la competencia desleal», en *Dictámenes jurídicos*, T. I, Civitas, Madrid, 1981, pág. 237 ss., pág. 244) Y en el artículo 10bis del Convenio de la Unión de París (v. F. SÁNCHEZ CALERO, *XII Anales de Moral Social y Económica*, pág. 8, tesis que también aceptó M. BROSETA, *Manual de Derecho mercantil*, ob. cit., pág. 131). Pero todas estas disposiciones se revelaron, por una u otra razón, inhábiles para cumplir la pretendida función de cláusula general.

(3) El artículo 131 de la Ley de Propiedad Industrial no sólo tenía una naturaleza penal (aunque no faltaron algunos pronunciamientos judiciales que aplicaron, *rectius*: que no rechazaron la aplicación de los arts. 131 y 132 LPInd en materia civil: SSTS 5-XII-1989 «Productos Cruz Verde, S. A. c. Cial, S. A.», 16-III-1992 «R. & A. Bailey c. Montara, S. A.») que descartaba cualquier posibilidad de interpretación amplia y extensión por analogía, sino que, además y en cualquiera de los casos, estaba exclusivamente referido a actos de explotación de derechos de propiedad industrial inscritos —de hecho se trataba de una extensión de la protección jurídica de la propiedad industrial a algunos actos que quedaban fuera del alcance material del derecho de exclusión, como el aprovechamiento de fama ajena [expone y desarrolla acertada y contundentemente estos dos argumentos, A. MENÉNDEZ, *La competencia desleal*, pág. 39-59; en la misma línea, FERNÁNDEZ CONDE, *La competencia ilícita en la Ley y en la jurisprudencia españolas*, s. e., Madrid, 1936, pág. 14, o H. BAYLOS, *Tratado de Derecho industrial*, 1.^a ed., 1978, Civitas, Madrid, pág. 376-380. Para un análisis de esta norma desde una perspectiva penalista, últimamente M.^a J. SEGURA, *Derecho penal y propiedad industrial*, Civitas, Madrid, 1995, pág. 64-78, 131-133, con ulteriores y completas referencias. Por su parte, habían descartado el artículo 131 LPI como cláusula general, por estimar que únicamente enunciaba un acto concreto de competencia desleal: el aprovechamiento de la reputación ajena, C. FERNÁNDEZ NOVOA, «La interpretación jurídica de las expresiones publicitarias. (Introducción al estudio de los principios generales de la publicidad)», *RDM*, núm. 107, 1968, pág. 13 ss., pero manejo la reproducción de este trabajo publicada en C. FERNÁNDEZ NOVOA, *Estudios de Derecho de la publicidad*, pág. 57 ss., 65-67, tesis que siguieron J. A. GÓMEZ SEGADÉ, *El secreto industrial*, pág. 390-394, J. M. OTERO, «Aproximación a la figura de la imitación servil», *X ADI*, 1985-86, pág. 1 ss., pág. 64, Y C. LEMA, *La publicidad de tono excluyente*, Montecorvo, Madrid, 1980, pág. 436, y que también hizo suya F. VICENT, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, T. I, 2.^a ed., Librería Bosch, Barcelona, 1986, pág. 593-594].

(4) El artículo 10 del Estatuto de la Publicidad, de su lado, recogía en efecto una verdadera cláusula general (cimentada en la contravención de «las normas de

corrección y buenos usos mercantiles»), pero no podía ser aplicada fuera del ámbito de la actividad publicitaria (v. C. FERNÁNDEZ NOVOA, *Estudios de Derecho de la publicidad*, pág. 67, y, tras él, M. BOTANA, «Disciplina de la competencia desleal y regulación de determinadas prácticas comerciales en España», 9 *ADI*, 1983, 488, y A. MENÉNDEZ, *La competencia desleal*, pág. 92).

(5) Por último, el artículo 10bis del Convenio de la Unión de París, no obstante su condición material de propia cláusula general y no obstante su carácter autoejecutivo, se enfrentaba con dos graves obstáculos para convertirse en una eficaz cláusula general. En primer lugar, el artículo 10bis del Convenio de la Unión de París no podía ser invocado por los nacionales españoles puesto que faltaba la necesaria norma interna que así lo autorizase [v. J. A. GÓMEZ SEGADÉ, *El secreto industrial (Know-how). Concepto y protección*, Tecnos, Madrid, pág. 402-404; interpretación que asumieron J. GARRIGUES, *Curso de Derecho mercantil*, T. I, 7.^a ed., s. e., Madrid, 1977, pág. 247; M. BOTANA, 9 *ADI* 1983, pág. 488; J. M. OTERO, X *ADI* 1985-86, pág. 65, F. VICENT, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, T. I, ob. cit., pág. 596-597, y, últimamente, A. MENÉNDEZ, *La competencia desleal*, pág. 88-89]; no puede desconocerse, sin embargo, que no han faltado pronunciamientos judiciales que, al menos, han invocado este precepto para resolver conflictos entre españoles (SSTS 22-VI-1983 «White Horse/Caballo Blanco», 5-XII-1989 «Productos Cruz Verde, S. A. c. Cial, S. A.»). En segundo lugar, su aplicabilidad práctica resultaba frustrada por la ausencia de las oportunas normas procesales que permitieran encauzar ordenadamente las diversas pretensiones propias de la acción de competencia desleal y, en particular, la pretensión de cesación (como destaca A. MENÉNDEZ, ob. últ. cit., pág. 88-89).

(6) De su lado, la jurisprudencia tampoco acertó a sentar las bases de un ilícito general de deslealtad concurrencial y de una correspondiente acción de competencia desleal a partir del principio general de la responsabilidad extracontractual, no obstante el conocimiento de los precedentes franceses e italianos [v. J. PEDREROL, *El nombre comercial, las recompensas, las indicaciones de procedencia y la competencia ilícita según la Ley de Propiedad Industrial*, Barcelona, 1912, pág. 45-50, citado *apud* C. MADRENAS, *Sobre la interpretación de las prohibiciones de publicidad engañosa y desleal*, Civitas, Madrid, 1990, pág. 48, en n. (30)] y las fundadas propuestas de la doctrina científica (A. VICENTE ALMELA, «Algunas consideraciones sobre la competencia ilícita y el artículo 1.902 del Código Civil», *RGLJ*, 1944, pág. 59 ss., pp. 68 al final; J. GIRÓN, *RDP*, 1944, pp. 708-709, y, más adelante, J. A. GÓMEZ SEGADÉ, *El secreto industrial*, ob. cit., pág. 406-409; J. GARRIGUES, *Curso de Derecho mercantil*, ob. cit., T. I, pág. 470, 474; M. BOTANA, «Notas sobre la protección del nombre comercial adquirido por el mero uso», 7 *ADI* 1981, pág. 225 ss., pág. 236, o F. VICENT, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, T. I, ob. cit., pág. 586). No obstante, sería injusto silenciar que tampoco faltaron importantes objeciones al empleo de este precepto con semejante objeto a causa de su inadecuación estructural (J. I. FONT, *Constitución económica y Derecho de la competencia*, ob. cit., pág. 186-212; F. SÁNCHEZ CALERO, «Las costumbres de probidad en la competencia y los secretos industriales», XII *Anales de Moral Social y Económica*, pág. 5, y A. MENÉNDEZ, *La competencia desleal*, pág. 91). En la práctica, con todo, no dejaron de producirse fallos que aplicaron el artículo 1.902 del Código civil en casos de competencia desleal (v. SSTS 31-III-1930 «La Imperial c. El Momento», 4-VI-1962 «Casamitjana M., S. A. c. Comercial Hiedra», y más recientemente 3-X-1991 «J. A. I. c. Schering España, S. A.», 11-II-1993 «Hijo de Teodoro Prat, S. A. c. Intelhorce, S. A.», o 28-II-1994 «no pertenecen a Butano, S. A.»).

2 SIGNIFICADO SISTEMÁTICO

(7) La cláusula general de prohibición de la competencia desleal reputa ilícito «todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe» (art. 5 LCD); su redacción está claramente influida por la legislación suiza (*cfr.* intervención del Sr. Cercos del Grupo Parlamentario Socialista en el Senado: Cortes Generales, *Diario de Sesiones del Senado* , Comisiones, IV Legislatura, núm. 56, pág. 16 col. dcha.). En Derecho español el criterio general de deslealtad es, por lo tanto, la objetiva disconformidad de la conducta concurrencial con las exigencias de la buena fe (y de ello era especialmente consciente el legislador: *cfr.* intervención del Sr. Galán del Grupo Parlamentario Socialista: Cortes Generales, *Diario de Sesiones del Senado* , Comisiones, IV Legislatura, núm. 56, pág. 8 col. dcha.). Los términos escogidos para la formulación de la cláusula general indican, en este sentido, un evidente cambio de paradigma en la fundamentación y vertebración del ilícito de deslealtad concurrencial. Por contraste con la Ley de Marcas, pero también con la Ley General de Publicidad o con el Convenio de la Unión de París, la deslealtad se funda en la transgresión de las normas objetivas de conducta que emanan directamente del principio de competencia económica y que pesan sobre todos los que desarrollan una actividad económica de producción o mediación de bienes o servicios en el mercado, y no en la incompatibilidad con unos usos o costumbres de clase que deslegitiman el daño que pueda ocasionarse a los terceros.

(8) En consonancia con este planteamiento, el ilícito de deslealtad concurrencial se ha generalizado e institucionalizado: es el abuso de la competencia como institución que gobierna todos los sectores de la actividad económica (las bases dogmáticas que inspiran la solución legislativa se encuentra en A. MENÉNDEZ, *La competencia desleal* ,pág. 104-121, en especial pág. 108-110; *v.* también SSAP *Barcelona* 1-IX-1995 «ventas en oficinas bancarias», *Barcelona* 1-II-1996 «transitarios»), aunque para su expresión positiva se haya recurrido a la cláusula de la buena fe. El cambio de parámetro de antijuridicidad, del abuso de la institución a la violación de la buena fe, es irreprochable: la buena fe encarna la esencia de la antijuridicidad del abuso del derecho y, desvestida su estructura de elementos subjetivos, técnicamente es más apropiada para formular una norma de conducta y edificar un ilícito de naturaleza estrictamente objetiva (*cfr.* J. M.^a MIQUEL, en C. PAZ-ARES, L. DÍEZ-PICAZO, R. BERCOVITZ y P.SALVADOR, *Comentario del Código civil* , Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, art. 7.1, pág. 37-50). Debe advertirse, además, que la proximidad funcional entre abuso de derecho y principio de la buena fe ha llevado a la jurisprudencia a considerarlos facetas diferentes de una misma institución, cuya finalidad es impedir la obtención de un resultado contrario a la justicia al amparo de un derecho subjetivo. El concepto de buena fe se maneja en este contexto, por tanto, en su sentido objetivo, como principio de buena fe objetiva. De hecho, el artículo 5 de la Ley de Competencia Desleal se ha encuadrado en el marco del artículo 7 del Código civil tanto por parte de la jurisprudencia (*cfr.* SSTs 20-III-1996 «sin la solvencia de la primera firma de ascensores», 15-IV-1998 «Cadena Clarín, S. L.», SSAP *Madrid* 17-V-1996 «captación de clientes de auditoría», *Granada* 6-XI-1996 «difusión por ex-empleado de manifestaciones sobre su anterior empresa») como por parte de los autores (*v.* C. FERNÁNDEZ-NOVOA, *La Ley* , 1991-2, pág. 1180): la antijuridicidad reside en la conculcación de las normas de conducta que emanan del principio de la buena fe y se alzan como límites al derecho a desarrollar libremente una actividad económica en el mercado y a concurrir en ello con otros [*v.*(17) a (22)].

(9) La crítica a que, por razón del criterio de deslealtad escogido, ha sido sometido el artículo 5 de la Ley de Competencia Desleal no ha respondido, a mi modo de ver, a una recta y justa valoración de su significado político, sistemático y técnico, ni tampoco ha ofrecido argumentos realmente convincentes para preferir el mantenimiento de una fórmula corporativa [*v.* C. FERNÁNDEZ NOVOA, *La Ley* , 1991-2, pág. 1179-1180, J. M. OTERO, *La Ley* , 1991-2, pág. 1057-1059, R. ILLESCAS, en

G. JIMÉNEZ (coord.), *Lecciones de Derecho mercantil*, 3.^a ed., Tecnos, Madrid, 1995, pág. 137, y en esta línea también, A. BERCOVITZ, *DN*, núm. 20, 1992, pág. 6-8]. En efecto, se han olvidado los importantes inconvenientes que, como demuestra la experiencia de otros ordenamientos, deparan el fundamento subjetivo de la represión de la competencia desleal y los déficits de protección del sistema de competencia que todavía se aprecian. Por otro lado, tampoco parece haberse advertido suficientemente que el cambio en los términos de la cláusula general no trae una solución que en última instancia no pudiera haber sido asimismo desarrollada a partir de la fórmula anteriormente vigente: las cláusulas basadas en la contravención de normas de corrección y buenos usos mercantiles son, en efecto y como demuestra la evolución conocida en otros ordenamientos (v. C. PAZ-ARES, *RDM*, 1981, pág. 7 ss., *passim*, ID., *ADC*, 1981, pág. 927 ss., *passim*), estructuralmente adecuadas para dar cabida a las exigencias propias de un sistema de protección institucional de la competencia económica (como el que sin duda impone el tratamiento que la constitución dedica a la competencia económica), pero ahorra las incertidumbres anudadas a la formación de esta corrección por vía jurisprudencial y los riesgos históricamente probados del conservadurismo inherente a las fórmulas corporativas. Y tampoco parece haberse advertido, en fin y como han probado los recientes pronunciamientos judiciales [v. (22)], que la cláusula general basada en la objetiva contravención de las exigencias de la buena fe no priva de toda relevancia a los buenos usos y prácticas en la determinación de la ilicitud concurrencial de las conductas que se enjuicien.

(10) Desde otro punto de vista, la elección del legislador no introduce ninguna fractura sistemática o sustantiva en el sistema de represión de la competencia desleal como consecuencia del contraste de sus términos con los empleados a este propósito por el artículo 6. c) de la Ley General de Publicidad: dejando de lado que la falta de armonía entre el tenor de las cláusulas generales de estos preceptos sólo puede servir para criticar (con razón) la más que discutible decisión de no haber incluido los preceptos de la Ley General de Publicidad sobre publicidad ilícita y sobre las acciones contra la publicidad ilícita entre los derogados por la Ley de Competencia Desleal, lo cierto es que [como tuve ocasión de explicar con detenimiento **Introducción (26) a (35)**] la cláusula general de la Ley General de Publicidad debe entenderse superada por la establecida en la Ley de Competencia Desleal como norma posterior que regula de forma unitaria todo el fenómeno de la actividad concurrencial, y que para el caso de que (equivocadamente, a mi juicio) se mantenga la especialidad de la materia publicitaria y de su regulación, cualquier contradicción que pueda resultar entre estos textos legales por razón de los distintos términos de sus respectivas cláusulas generales ha de resolverse a favor de una interpretación que asegure la debida fidelidad a las exigencias de la Ley de Competencia Desleal, que por razones sistemáticas debe necesariamente informar la interpretación y aplicación de todas las normas relativas a la competencia desleal (expresamente en este ámbito, *SAP Barcelona* de 29-XI-1995 «Asociación de Vídeo Clubs de Catalunya c. Warner Home Vídeo España, S. A.»).

(11) La cláusula general, por lo demás, asume en el interior del entero sistema de la represión de la competencia desleal, y de modo particular en el interior de la Ley de Competencia Desleal, un doble cometido: de un lado, fija los caracteres generales del acto de competencia desleal como ilícito objetivo, de peligro y de naturaleza extracontractual y, de otro lado, establece una norma sustantiva, suficiente para determinar la deslealtad de las conductas que la contravengan.

3 LA CARACTERIZACIÓN GENERAL DEL ACTO DE COMPETENCIA DESLEAL COMO ACTO ILÍCITO

(12) Como queda dicho, la cláusula general deja definido el acto de competencia desleal, desde una perspectiva positiva, como ilícito objetivo, de peligro y de naturaleza

extracontractual. Esta caracterización se impone a la totalidad de la regulación contra la competencia desleal, y habrá de ser debidamente observada en la interpretación de las normas que establecen los actos de competencia desleal en particular: no es lícito, en efecto, dar cabida a notas que han quedado marginadas de la cláusula general en el marco de la interpretación y aplicación de las normas que tipifican particulares actos de competencia desleal (salvo que el tipo en particular las haya incluido). Desde esta perspectiva, el artículo 5 de la Ley de Competencia Desleal disciplina la construcción del reproche de deslealtad concurrencial en relación con las conductas que han sido objeto de un tipo propio o, si se prefiere, asegura que la aplicación de las correspondientes normas se ajustará a la caracterización general del acto de competencia desleal.

(13) En primer término, el reproche de deslealtad concurrencial no se hace depender de la presencia de ningún requisito de orden subjetivo. La deslealtad concurrencial, en efecto, no depende del dolo o la culpa del sujeto agente (v. STS 15-IV-1998 «Cadena Clarín», SSAP *Granada* 6-XI-1996 «difusión por ex-empleado de manifestaciones sobre su anterior empresa», *Vizcaya* 3-XII-1996 «piezas de recambio de automóvil»), que sin embargo son presupuesto de la responsabilidad civil derivada de los actos de competencia desleal [v. **Art. 18 (31)**]. En este mismo orden de cosas, la deslealtad concurrencial tampoco se condiciona al conocimiento de las circunstancias de hecho en que se funda la deslealtad (v. SAP *Madrid* 28-III-1998 «asistencia técnica especializada»), sin perjuicio de que en algún caso se exija en particular el conocimiento de dichas circunstancias (*cf.* art. 14.2 LCD). Como tampoco se supedita a la presencia de finalidades específicas en la conducta relevante; no obsta a lo anterior que en ciertos casos se requiera la finalidad de impedir u obstaculizar el asentamiento de un competidor en el mercado o de eliminar a un competidor del mercado [arts. 11.3, 14.2 y 17.2. c) LCD], pues esta exigencia, en mi opinión, ha de ser necesariamente interpretada en clave objetiva: la fórmula legal comprende toda conducta que, atendidas las circunstancias del caso, carezca de una justificación razonable desde el punto de vista de las estrategias y comportamientos conformes con el modelo de competencia por méritos de las propias prestaciones.

(14) La única excepción a esta configuración objetiva de la ilicitud en materia de competencia desleal es la violación de secretos empresariales, en cuya estructura encuentran cabida elementos subjetivos puros, como son el ánimo de obtener provecho o de perjudicar (art. 13.3 LCD). Sin embargo, parece oportuno avanzar ahora que este planteamiento es deudor del más amplio alcance sistemático que se ha conferido a este particular acto de competencia desleal: con aquella exigencia, en efecto, se trata de posibilitar la aplicación de la Ley de Competencia Desleal a todas las conductas de divulgación, explotación y apropiación de secretos empresariales allí consideradas cualquiera que sea su finalidad, y ubicar de este modo la protección jurídico-civil general de los secretos empresariales en el ámbito de la represión de la competencia desleal, como por otro lado deja patente que la introducción de este elemento subjetivo siga justamente a una derogación del artículo 2 de la Ley de Competencia Desleal; no se trata en cambio de alterar la caracterización del ilícito en los supuestos en que la acción considerada pudiera tener propiamente una dimensión concurrencial, circunstancia que ha de merecer una especial atención cuando se proceda a determinar si existe o no el ánimo de obtener un provecho.

(15) Como ilícito de peligro, el reproche general de deslealtad concurrencial tampoco se hace depender de los resultados prácticos del acto enjuiciado, sea de la producción de un daño o lesión patrimonial —relevante sólo como elemento estructural de la responsabilidad civil derivada de los actos de competencia desleal [v. **Art. 18 (30)**]—, sea de un daño o lesión competitiva, esto es, de una efectiva alteración de la estructura del mercado o de la normal formación y desenvolvimiento de las relaciones económicas

en el mercado, sea de la verificación de los efectos en que, en particular, se encarna la deslealtad de una determinada conducta (presentación como prestación de un origen empresarial diverso al real o con unas conexiones con un tercero que no existen en la realidad, inducción a error, menoscabo del crédito en el mercado...).

(16) Finalmente, la ilicitud de las conductas desleales nace de la contravención de deberes generales de conducta, y no del quebrantamiento de una relación jurídico obligacional que vincule a la persona que la realiza con aquella a cuyos intereses afecta. No puede excluirse, sin embargo, la posibilidad de que el incumplimiento de una obligación de naturaleza contractual quede encuadrado entre las conductas con finalidad concurrencial, como se sigue con facilidad del texto legal (*cf.* art. 13.1 LCD). A este propósito ha de advertirse, en todo caso, que el incumplimiento contractual no puede reputarse *per se* constitutivo de un acto de competencia desleal (*v.* SSAP *Barcelona* 1-II-1996 «transitarios», *Valencia* 19-VI-1996 «centralita de teléfonos», *Badajoz* 12-I-1999 «incumplimiento de Estatuto de una Comunidad de Bienes», AAAP *Barcelona* 6-XI-1996 «Business Creation», *Barcelona* 18-XII-1996 «incumplimiento de pacto de no competencia»), incluso en el caso de que la infracción depare una ventaja competitiva al infractor (que puede vender más barato porque no paga a sus proveedores) o a un tercero (que puede sustituir la oferta de un competidor incapaz de suministrar un producto por causa del incumplimiento de su proveedor). Esto sólo parece posible si concurren las dos circunstancias siguientes: en primer lugar, que se trate de la infracción de contratos que regulen actividad concurrencial mediante normas de alcance general, que se impongan uniformemente a una pluralidad de sujetos (al menos a un grupo homogéneo de operadores, como pudieran ser los distribuidores selectivos), o bien que aseguren una posición de exclusiva frente a terceros (como los pactos relativos a la confidencialidad y utilización de secretos empresariales) y, en segundo lugar, que dispongan un contenido obligacional conforme con las normas de defensa de la competencia. Y ello siempre que, sobre lo anterior y en todo caso, el incumplimiento sirva directamente como medio de promoción o aseguramiento de las prestaciones propias o ajenas en el mercado y concurren las circunstancias determinantes de la ilicitud concurrencial según las normas que definen actos de competencia desleal en particular o según la cláusula general (*v.* SAP *Barcelona* de 29-XI-1995 «Asociación de Vídeo Clubs de Catalunya C. Warner Home Vídeo España, S. A.»).

4 LA CLÁUSULA GENERAL COMO NORMA SUSTANTIVA

(17) La cláusula general no formula un principio abstracto que es objeto de desarrollo y concreción en las normas siguientes, en las que se tipifican los actos de competencia desleal en particular. Al contrario, establece una norma jurídica en sentido técnico, esto es, una norma completa de la que se derivan deberes jurídicos precisos para los particulares, tal y como por lo demás sucede igualmente con el artículo 7.1 del Código civil. Su infracción, por lo tanto, puede servir de base para el ejercicio de la acción de competencia desleal (en este sentido, SSAP *Pontevedra* 18-IX-1997 «Tisega, S. L. c. Insega, S. L.», *Barcelona* 15-IV-1998 «Estrella de Mar»). De este modo, la cláusula general juega como válvula de autorregulación del sistema: asegura su adaptación a las cambiantes circunstancias del mercado y de las conductas concurrenciales y permite especialmente que los comportamientos ahora extravagantes a los tipos en particular puedan someterse al control de deslealtad concurrencial (*v.* SAP *Barcelona* 27-I-1995 «U.A.P.»); en este sentido, la cláusula general salva el anquilosamiento de un sistema de competencia desleal construido a partir de unos tipos referidos a las conductas que actualmente se consideran necesitadas de una respuesta específica y constreñidos por definiciones necesariamente ajustadas a la configuración y consecuencias que actualmente poseen o se conocen.

(18) La cláusula general, por lo tanto, tipifica un acto de competencia desleal en sentido propio, dotado de sustantividad frente a los actos de competencia desleal que han merecido un tipo particular. Dicho en otros términos, la cláusula general no dispone un ilícito que deba o pueda aplicarse general e indiscriminadamente de forma conjunta o acumulada a las normas que tipifican actos de competencia desleal en particular. La conculcación de una de estas normas no constituye al mismo tiempo y *per se* una violentación de la cláusula general. Por el contrario, la aplicación de la cláusula general debe hacerse de forma autónoma respecto de los tipos y procede, en particular y como he apuntado, precisamente para reprimir conductas o aspectos de conductas que no han encontrado acomodo entre los supuestos de hecho comprendidos entre los incluidos en el catálogo de actos de competencia desleal objeto de un tipo específico. En consecuencia, la comprobación de que la conducta enjuiciada se corresponde por entero con la tipificada en particular exime de examinarla a la luz de la cláusula general, esto es, impide que pueda considerarse asimismo contraria a la cláusula general (v. SAP *Barcelona* 24-XII-1998 «venta a pérdida en centro comercial»). El recurso al artículo 5 de la Ley de Competencia Desleal obliga, por ello, a identificar las razones en que se funda la deslealtad de la conducta considerada, a precisar las bases a que obedece y que justifican la formulación del reproche de deslealtad en el caso considerado.

(19) Lo anterior pasa, como es obvio, por dotar de contenido a las exigencias de la buena fe, primero en un plano abstracto (que es el que ahora corresponde considerar) y ulteriormente en relación con el supuesto de hecho enjuiciado (en que se resuelve su aplicación al caso). Necesario punto de partida a estos efectos es la finalidad de la represión de la competencia desleal (art. 1 LCD) y, en particular, la conexión de la cláusula general con el bien jurídico protegido y con los intereses a que obedece su tutela, o si se prefiere: la función institucional de la represión de la competencia desleal y su inserción entre las normas de disciplina de la actividad económica, a decir verdad su encubramiento a disciplina general de las conductas desarrolladas en el mercado con finalidad concurrencial por todos cuantos participan en el mismo (arts. 2 y 3 LCD), de disciplina la conducta que debe ser observada por todos los operadores económicos en el diseño y desarrollo de sus estrategias y actuaciones en el mercado (v. SAP *Barcelona* 15-IV-1998 «Estrella de Mar»). Bajo este aspecto y como ya se indicara anteriormente, el artículo 5 de la Ley de Competencia Desleal establece un límite jurídico al ejercicio del derecho subjetivo a desarrollar una actividad económica en el mercado en concurrencia con otros, fundado en el artículo 38 de la Constitución (del que igualmente se benefician los poderes públicos por virtud del principio de coactividad económica que se consagra en el artículo 129 de la Constitución). Este planteamiento ha encontrado expreso reflejo tanto en los postulados político-legislativos que inspiran la Ley de Competencia Desleal (*cfr.* párrafo 4.ª del apartado II del Preámbulo LCD), como en los pronunciamientos judiciales (*cfr.* STS 6-VI-1997 «Peluquería Ilea», SSAP *Barcelona* 1-IX-1995 «ventas en oficinas bancarias», *Barcelona* 1-II-1996 «transitarios», *Granada* 6-XI-1996 «difusión por ex-empleado de manifestaciones sobre su anterior empresa»).

(20) Siendo todo ello así, esto es, si el derecho de cuyo ejercicio se trata es el de libre actividad económica en el mercado, las pautas para dotar de contenido propio a la cláusula general se hallan en las exigencias políticas y, sobre todo, normativas que la constitución económica liga a la competencia: respeto del contenido mínimo de la libertad de empresa —libertad de acceso y salida del mercado, libertad de determinación de las condiciones de organización y desarrollo de la actividad económica en el mercado, de los oferentes y de los demandantes, incluidos especialmente los consumidores—y omisión de conductas que supriman, restrinjan o falseen la dimensión organizadora y ordenadora de la competencia, amenazando de forma más o menos directa la estructura competitiva del mercado, el *modus operandi* institucionalmente

típico de sus partícipes y/o la libre formación y desarrollo de las relaciones económicas en el mercado [v. **Art. 1 (7) a (13)**]. En este sentido y como manifestaba el finalmente desechado artículo 5 del Proyecto de Ley de Competencia Desleal, la cláusula general incorpora una exigencia de que los agentes económicos compitan por méritos o por eficiencia de las propias prestaciones (acertadamente reconocida por los tribunales: *cfr.* SSAP *Barcelona* de 29-XI-1995 «Asociación de Vídeo Clubs de Catalunya C. Warner Home Vídeo España, S. A.», *Asturias* 18-IX-1996 «captación de clientes de asesoría de empresas»). Ello significa, en particular y desde una perspectiva positiva, que los operadores económicos que actúan en el mercado deben buscar su éxito a través de la más conveniente configuración objetiva de sus prestaciones, de sus productos o servicios, y a través de la más atractiva combinación de precio, calidad, condiciones de contratación... y en sentido negativo significa, sobre todo, que sobre los operadores que actúan en el mercado deben abstenerse de poner en peligro el contenido mínimo de la libertad de empresa.

(21) Sentado lo anterior, la primera fuente de integración de las exigencias de la buena fe a los efectos de concretar el contenido normativo de la cláusula general son los principios acogidos en las normas que tipifican supuestos de hecho como actos de competencia desleal. No puede olvidarse, en efecto, que dichos principios constituyen el desarrollo legal de los postulados de política legislativa que inspiran la represión de la competencia desleal y encarnan en un plano positivo los valores protegidos y las conductas combatidas. A decir verdad, a estos principios ha de prestarse atención en la tesitura de concretar el contenido de las exigencias de la buena fe tanto en una vertiente positiva como negativa, esto es, tanto para determinar la ilicitud como para afirmar la licitud de un determinado comportamiento a la luz de la cláusula general. Bajo este aspecto, no parece dudoso que la Ley de Competencia Desleal expresa en su conjunto un juicio negativo en relación con las conductas que frustran o dificultan la libre formación de preferencias y adopción de decisiones en el mercado, particularmente las preferencias y las decisiones de los consumidores, como en general son las conductas que restan transparencia al mercado (arts. 6, 7, 8, 9 Y 10 LCD) y, en particular, las técnicas de presión sobre el consumidor (arts. 8.1 y 9 LCD); con el aprovechamiento o expolio del esfuerzo ajeno y sus resultados (arts. 11.2, 13 y 14.2 LCD); con la obstaculización [arts. 11.2, 12 y 17.2. b) LCD]; con el uso de la fuerza de mercado (art. 16.2 LCD), o con la predación [arts. 11.3, 14.2, 17.2. c) LCD].

(22) Sin perjuicio de lo anterior, en la determinación del contenido preciso de la norma de conducta emanada del artículo 5 de la Ley de Competencia Desleal deben tenerse en cuenta asimismo los imperativos ético-jurídico-económicos de orden general, de la misma manera que en el ámbito del artículo 7.1 del Código civil se exige con carácter general un ejercicio honesto y leal de los derechos (*ad ex.* STS 15-VII-1982 «notificación por edictos»). La conformidad de las conductas realizadas en el mercado con finalidad concurrencial con dichos imperativos es, en efecto, elemento que debe ser igualmente considerado en la apreciación de la contravención de las exigencias de la buena fe [v. A. BERCOVITZ, en A. BERCOVITZ (coord.), *La regulación contra la competencia desleal*, pág. 28]. Así ha tenido ocasión de establecerse específicamente en relación con el artículo 5 de la Ley de Competencia Desleal tanto en el proceso de elaboración parlamentaria (*cfr.* la intervención del Sr. Berenguer del Grupo Parlamentario Socialista: Cortes Generales, *Diario de Sesiones del Senado*, Comisiones, IV Legislatura, núm. 67, pág. 1835), como en los fallos de los tribunales (v. STS 20-III-1996 «sin la solvencia de la primera firma de ascensores», SAP *Lleida* 9-V-1997 «se prohíbe la entrada»), que a este propósito han atendido, en particular, a criterios de valoración de las conductas tales como el comportamiento justo y adecuado (STS 15-IV-1998 «Cadena Clarín»); la moral comercial, las concepciones sociales vigentes en cada momento, el uso y la costumbre (SAP *Madrid* 22-IV-1998 «triángulo con fondo verde y blanco»); las normas de la buena práctica comercial o ética comercial

(SAP *Pontevedra* 18-IX-1997 «Tisega, S. L. c. Insega, S. L.»); la honestidad y juego limpio (SAP *Asturias* 18-IX-1996 «captación de clientes de asesoría de empresas»), e incluso llanamente se ha explicado que «objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe» es aquel «comportamiento que no observe las normas de corrección y buenos usos mercantiles» (STS 7-III-1996 «Cables Especiales de Levante, S. A. c. J. S. Distribuciones, S. A.»; v. también SAP *Granada* 6-XI-1996 «difusión por ex-empleado de manifestaciones sobre su anterior empresa»). En cualquier caso y como he advertido anteriormente, a las inmediatas exigencias de la competencia económica y a los principios a través de los que toma cuerpo en el elenco de actos de competencia desleal objeto de un tipo específico corresponde una primacía sistemática en la concreción del contenido de la cláusula general. En consecuencia, la atención a los límites éticos de carácter general —identificados, como se ha visto, con los buenos usos y prácticas mercantiles— se encuentra claramente subordinada desde una perspectiva sistemática a la de aquellas exigencias enraizadas de forma inmediata en el principio de competencia económica. De ahí que en ningún caso pueda reprimirse con apoyo en límites éticos una conducta que se revele concurrencialmente eficiente, que promueva las prestaciones de quien la ejecuta o de un tercero por sus méritos, sin provocar una alteración en la estructura competitiva o en el normal funcionamiento del mercado.

5 GRUPOS DE CASOS

a Actos de expolio o aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno

(23) Como actos de expolio o aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno son merecedores del juicio de deslealtad al amparo del artículo 5 de la Ley de Competencia Desleal comportamientos tales como la captación de clientela efectuada desde el interior de la organización empresarial de un tercero, valiéndose de los medios materiales y humanos de esta empresa y sirviéndose del conocimiento y acceso a su clientela que la relación que tiene con la empresa afectada presta a quien lleva a cabo esta conducta. Esta clase de captación de clientela se ha considerado desleal cuando ha sido efectuada por parte de trabajadores que ulteriormente se establecen por su cuenta (SSAP *Huesca* 21-I-1995 «Esloalsa, S. L. y otro c. A. G. Empresas, S. L. y otro», *Valencia* 14-XI-1998 «Querol, S. A. c. Don Bongo, S. A.», y a contrario SAP *Asturias* 18-VI-1997 «Carbones Manuel Asturias, S. L. c. Carbones Méndez y Menéndez, S. L. y otros»), por parte de socios a favor de otra sociedad distinta haciéndose pasar por la sociedad que les permite el contacto con la clientela (SJPI *Cádiz* 22-III-1998 «desviación de clientela por socio») o por parte de una sociedad cuyo administrador negoció para su antiguo principal las condiciones de ciertas obras o suministros (SAP *Pontevedra* 18-IX-1997 «Tisega, S. L. c. Insega, S. L.»); no se ha considerado constitutiva de un acto de competencia desleal, en cambio, cuando ha sido realizada por el antiguo principal tras la extinción del contrato de distribución exclusiva en la zona objeto de la antigua exclusiva (v. SAP *Barcelona* 22-VI-1995 «competencia tras terminación de distribución exclusiva»). A este mismo grupo de casos pertenece la conducta de una productora-distribuidora cinematográfica consistente en incluir un ofrecimiento de venta de vídeos de ciertas películas de actualidad en la parte correspondiente a los avances de novedades que contienen los vídeos alquilados por vídeo-clubs a sus clientes (SAP *Barcelona* 29-XI-1995 «Asociación de Vídeo Clubs de Catalunya C. Warner Home Vídeo España, S. A.»). Circunstancia que, esencialmente desde la perspectiva de las exigencias ético-jurídicas también relevantes en el ámbito de la cláusula general, no puede dejar de considerarse en estos casos, y sin perjuicio de una eventual violación de secretos, es el abuso de confianza que pueda haber detrás de aquellas conductas (extremo que se advierte en la fundamentación del reproche de deslealtad formulado en relación con un supuesto de desviación de clientela desde el interior de la empresa para la que todavía se trabaja: SSAP *Huesca* 21-I-1995 «Esloalsa, S. L. y otro c. A. G. Empresas, S. L. y otro», *Asturias* 18-IX-1996 «captación

de clientes de asesoría de empresas»», *Valencia* 14-XI-1998 «Querol, S. A. c. Don Bongo, S. A.»).

(24) En este contexto, y cuando no sea posible acudir a derechos de exclusiva o se trate de combatir aspectos no cubiertos por estos derechos, ha de construirse el juicio de deslealtad de la composición o integración de la propia prestación con medios y contenidos ajenos sin la debida autorización. Así sucede, por ejemplo, con algunas prácticas no del todo infrecuentes en el ámbito de internet, conocidas como *meta-tagging*, *linking* y *framing* (v. J. MASSAGUER, «Conflictos de marcas en Internet», *RGD*, núm. 648, 1998, pág. 11107 ss., pág. 11132-11139). Y esta misma valoración debe merecer, en general, la captura de las oportunidades de negocio abiertas por la actividad de un tercero y que jurídicamente afluyen a quien asume el riesgo de su organización, como sería *ad ex.* la grabación clandestina de un evento deportivo (v. J. MASSAGUER, «Naturaleza, protección y titularidad de los derechos audiovisuales sobre eventos deportivos», XVIII *ADI* 1997, pág. 283 ss., *passim*, y en especial pág. 293-295). Igualmente forman parte de esta clase de actos de competencia desleal, y ahora con independencia de la forma en que se ha llegado a tener conocimiento de la información relevante (que podría situar la conducta en la órbita de la violación de secretos o de la inducción a la infracción contractual) y de la forma en que se alcanzan o presentan los resultados así logrados (que podrían colocar la conducta en el ámbito de la imitación), la utilización de los planos, proyectos, maquetas, prototipos... ajenos para realizar la propia prestación o para estructurar la propia organización interna, ejecutar una determinada promoción, diseñar la propia estrategia comercial...

b Actos de obstaculización

(25) Constituyen actos de competencia desleal por ser contrarios a la cláusula general los actos de obstaculización, esto es, aquellos actos que, sin contar con una justificación objetiva, afectan negativamente la posición concurrencial de un tercero, y en especial vacían o pueden vaciar el valor y mérito de aquellos elementos a que está ligada dicha posición (y de los que dependen ciertas expectativas en el mercado) o de cualquier forma interfieren el normal desarrollo de la actividad de un tercero en el mercado y, en su caso y de forma adicional, procuran o son adecuados para procurar a quien los realiza un provecho propio. El supuesto que puede considerarse arquetípico de este grupo de casos es la apropiación de signos distintivos ajenos. Aquí pueden encuadrarse los casos de registro de marcas renombradas ajenas con riesgo de dilución o de desprestigio (*cfr.* M. MONTEAGUDO, *La protección de la marca renombrada*, Civitas, Madrid, 1995, pág. 262-283, y J. MASSAGUER, «Marca renombrada», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, 4196-4197), así como en general los supuestos de registro indebido de marcas ajenas, como podrían ser aquellos en los que concurran las circunstancias de hecho indicadas en los artículos 3.3 y 14 de la Ley de Marcas o del artículo 4.4. g) de la Directiva de Marcas, cuando no haya un riesgo de confusión (no se olv. que estos preceptos no proporcionan un *ius prohibendi* al titular de la marca apropiada y que por ello el recurso a la acción de competencia desleal es necesario para intentar la cesación); en este sentido, se ha estimado competencia desleal el intento de apropiación a través del registro de ciertas marcas ajenas (STS 22-I-1999 «Premenaca», SAP *Barcelona* 27-I-1995 «U.A.P.»). Esto mismo vale para la apropiación de cualquier otra clase de signo distintivo, registrado o no registrado, típico o atípico, como sería el caso de la apropiación de una marca u otro signo distintivo ajeno como nombre de dominio (v. J. MASSAGUER, «Conflictos de marcas en Internet», *RGD*, núm. 648, 1998, pág. 11107 ss., pág. 11121-11123) o como denominación social.

(26) A este grupo de casos pertenecen también prácticas tales como la destrucción o eliminación del material publicitario ajeno, el bloqueo de la línea de teléfono u otros canales de comunicación de un tercero, la perturbación de la normal recepción de las

emisiones, transmisiones o retransmisiones de radio o televisión de un tercero, la difusión de información que genera entre sus destinatarios una desconfianza injustificada en otros oferentes o en sus productos o establecimientos, el boicot que no quede cubierto por los artículos 1 y 6 de la Ley de Defensa de la Competencia o por el artículo 16 de la Ley de Competencia Desleal —como podrían ser las campañas de «compre nacional» (prestando siempre la debida atención a la posible finalidad no concurrencial de la conducta)—, o la confección de una publicación distribuida gratuitamente (financiada mediante publicidad) con materiales previamente publicados por un tercero (que exige el pago de una contraprestación por su publicación) [un asunto de estas características fue decidido, desde una perspectiva diversa, en SAP *Barcelona* 26-IX-1996 «semanario SOL»].

(27) No es cuestión obvia, por el contrario, que la supresión o desfiguración de códigos de control constituya *per se* un acto de obstaculización (*cfr.* AAP *Barcelona* 17-VII-1995 «supresión de códigos de producto»), aunque es circunstancia que debe tenerse en cuenta para apreciar si concurren los elementos determinantes de la deslealtad de la conducta bajo otros aspectos o como indicio de su misma comisión, como podría ser el caso del aprovechamiento de un incumplimiento contractual no inducido [**Art. 14 (51)**]. Como tampoco lo es que por regla general lo constituyan las ofertas de recompra de los productos ajenos o las subvenciones dirigidas específicamente a los clientes de un competidor.

c Ofertas molestosa

(28) Como ofertas molestas pueden considerarse desleales por violentar la prohibición general establecida en el artículo 5 de la Ley de Competencia Desleal aquellas prácticas, de común ofertas que, por la forma en que tiene lugar el contacto o por la relación existente entre quien directa o indirectamente realiza la oferta y quien la recibe, generan una presión sobre sus destinatarios o les colocan en una situación incómoda o embarazosa bien en el caso de que no presten atención, o bien incluso en el caso de que no visiten el establecimiento del anunciante o no contraten la prestación promocionada, puesto que impiden una libre formación de las preferencias o en su caso de la decisión de contratar.

(29) En este grupo de casos deben incluirse, siempre que se den las circunstancias de hecho precisas para producir o poder producir el efecto anterior, las ofertas hechas directa y personalmente al consumidor en la calle (*a contrario* SAP *Barcelona* 4-IX-1995 «entrega de material publicitario en la calle»), en su domicilio, en reunión con amistades o compañeros de trabajo... o el envío a domicilio de productos no solicitados, sin perjuicio de que estas prácticas sean objeto de una especial regulación o incluso de prohibiciones y de que su infracción pueda constituir asimismo un acto de competencia desleal por violación de normas. Esta misma consideración merece la realización de ofertas en situaciones en las que el consumidor no está en condiciones de tomar su decisión con la tranquilidad de ánimo que requiere toda decisión racional, como las ofertas hechas en el lugar y tiempo de un accidente. Próximas a las anteriores se encuentran aquellas técnicas de venta en que el organizador se aprovecha de la relación personal o familiar que media entre el vendedor y la clientela para colocar en el mercado sus prestaciones.

d Abuso de autoridad

(30) Conforman un subgrupo del anterior grupo de casos aquellas ofertas y prácticas en las que el oferente se vale abusivamente de la autoridad o ascendiente propio o de un tercero sobre la clientela para promover o asegurar la contratación de sus prestaciones. Entre estos casos pueden encuadrarse los supuestos de padrinazgo, esto es, las

técnicas de venta que recurren a la recomendación de personas que, por su relación profesional o personal con la clientela potencial, tienen cierto ascendiente sobre el consumidor cuando la influencia ejercida obedece a móviles espurios (distintos de la obtención de una recompensa por parte del padrino, puesto que semejante supuesto está comprendido entre las primas desleales [v. **Art. 8 (41)**]). Desde esta misma óptica podría ser enjuiciada *ad ex.* (y siendo cualquier parecido con la realidad pura coincidencia) la conducta del profesor que no se limita a recomendar un libro de texto o una compilación de textos (sea propio o de un tercero) entre sus alumnos, sino que pone en práctica actuaciones (como por ejemplo la venta en circunstancias que permitan identificar a los compradores o la exigencia de utilización del libro en el examen) que hacen temer al alumnado por el aprobado en el caso de que no se compre el libro recomendado.

e Actos de explotación de los sentimientos

(31) Como consecuencia de la aptitud para influir en la formación de preferencias o toma de decisiones a partir de razones ajenas a las que típicamente orientan la conducta de los consumidores, se han considerado tradicionalmente desleales, y en nuestro sistema de represión de la competencia desleal deberían enjuiciarse a la luz de la cláusula general, aquellas comunicaciones publicitarias y ofertas que atraen la atención del público sobre la prestación promocionada generando un miedo o alarma infundados, especialmente cuando ello se produce en relación con temas de preocupación general como la salud (*cf.* RRJAAP 25-VII-1996 «Leche Pascual, S. A.», 24-IV-1997 «SmithKline Beechan Consumer Healthcare, S. A.», 24-VII-1998 «FEGREPPA»), el medioambiente, la solidaridad con los menos favorecidos... Supuestos cercanos son aquellos en los que se mueve al consumidor a interesarse por la prestación del oferente o a contratarla apelando a sus sentimientos altruistas: compasión, piedad o solidaridad, o apelando a la capacidad de atracción que de común ejercen ciertas imágenes o temas, como los escabrosos o los de contenido sexual.

f Publicidad desagradable

(32) Igualmente, encuentra su ubicación en la cláusula general, en cuanto integra exigencias de orden ético, el enjuiciamiento de la publicidad desagradable, esto es, de la publicidad que resulta contraria a los parámetros de decoro y buen gusto generalmente aceptados (*cf.* RJAAP 17-I-1997 «G y J España Ediciones, S. A.») o a la dignidad de las personas, como sucede en especial en el caso de la publicidad que hace un uso indebido de la imagen de las mujeres o, en general, la publicidad sexista (*cf.* RRJAAP 11-XI-1996 «Virgin Express», 5-II-1997 «Martini», 6-II-1997 «Prenatal, S. A.», 22-X-1997 «Bardinet, S. A.», 19-XI-1997 «Barceló & Co», 22-XII-1997 «Anglo Española de Distribución» [confirmada RJAAP (Pleno) 22-XII-1997]), sin perjuicio de que pueda constituir un supuesto de publicidad ilícita de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3. a) de la Ley General de Publicidad (v. A. TATO, «La explotación publicitaria de los sentimientos: el caso Benetton», *DN*, núm. 44, 1994, pág. 13 ss., ID., «Publicidad comercial y libertad de expresión», *La Ley*, 1994-3, pág. 988 ss., o C. LEMA, «Los derechos de las mujeres en la publicidad», *separata*, pág. 179 ss.) o de competencia desleal por infracción de normas, de conformidad con el artículo 15 de la Ley de Competencia Desleal.

g Actos de agresión

(33) En este mismo orden de cosas, la consideración de las exigencias de los buenos usos, y con la prevención que en su momento se ha expuesto, obliga conceder particular relevancia en este contexto a circunstancias tales como el *animus nocendi* que pueda animar al autor del acto enjuiciado (v. J. M.^a MIQUEL, «Observaciones sobre la buena

fe», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, XXIX, pág. 8 ss.); de hecho en este extremo se centra una de las claves determinantes de la deslealtad de la violación de secretos (art. 13.3 LCD). En este sentido, al amparo de la cláusula general puede predicarse la deslealtad de aquellas conductas, no reconducibles a ninguno de los actos de competencia desleal tipificados o no encuadrables en ninguno de los grupos de casos anteriores, que obedecen al solo propósito de ocasionar un daño a otro, sea como resultado en sí mismo deseado (del modo que podría ocurrir cuando la actuación formara parte de una estrategia predatoria) o como paso intermedio para obtener del sujeto afectado una compensación consistente en la atribución de una ventaja competitiva de cualquier clase por poner fin a esta conducta (como podría ser el caso, por ejemplo, del medio de comunicación que difundiera de forma desproporcionada —por el tono, la insistencia, el realce...— información no contrastada relativa a un determinado operador económico y ofreciera poner fin a esta política informativa a cambio de la contratación de espacios publicitarios en dicho medio por el operador afectado).

6 CLASIFICACIÓN DE LOS ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL

(34) A la cláusula general sigue un conjunto de disposiciones que globalmente consideradas contienen un amplio catálogo de actos de competencia desleal (arts. 6 a 17 LCD). Estas normas recogen los supuestos de competencia desleal más significativos económica o socialmente y proporcionan al conjunto del sistema el ineludible armazón de reglas ciertas y predecibles que exigen la seguridad jurídica y necesitan los operadores económicos (*cf.* *Preámbulo* II párrafo 1.º y III.2 párrafo último LCD). La relación legal de actos de competencia desleal constituye un catálogo enunciativo. Por tanto, las conductas que no se hallan expresamente tipificadas pueden igualmente sucumbir al juicio de deslealtad concurrencial mediante la aplicación de la cláusula general [v. **(17)**].

(35) El catálogo legal de actos de competencia desleal y, en sus normas, la definición de las condiciones de deslealtad de los supuestos de hecho particularmente tratados destaca por su modernidad y coherencia sistemática, así como por el notable aprovechamiento de la experiencia que ofrece el Derecho comparado, sobre todo el Derecho y jurisprudencia alemanes y suizos. Especialmente destacable es el empleo de términos restrictivos en la definición de los tipos, con lo que se persigue conscientemente liberalizar la conducta considerada (*Preámbulo* LCD III.2 *in fine*). De este modo, la Ley de Competencia Desleal se ha adelantado a la jurisprudencia, con un evidente propósito pedagógico y preventivo: no sólo ha evitado un desenvolvimiento vacilante de la cláusula desleal por los tribunales hasta la formación de unos grupos de casos bien definidos y de unos criterios de deslealtad consolidados, sino también ha sabido poner freno a las tendencias conservadoras conocidamente latentes en este sector del ordenamiento, evitando de raíz el debate acerca de la deslealtad *per se* de algunas prácticas especialmente útiles para dinamizar la competencia en el mercado, incrementando su transparencia (publicidad comparativa o denigración condicionada a falsedad e impertinencia), facilitando la entrada de nuevos operadores (publicidad comparativa, publicidad en especie, venta a pérdida) o posibilitando el aprovechamiento de una mayor eficiencia (publicidad en especie, venta a pérdida).

(36) El criterio escogido para sistematizar los diversos actos de competencia desleal, los tipificados y los que podrían resultar de la aplicación de la cláusula general, que empieza a generalizarse en la doctrina española es el interés, de los protegidos por la ley, que resulta afectado en particular por el acto en cuestión (propuesta y fundamentada por A. MENÉNDEZ, *La competencia desleal*, pág. 123-132, 136-139, la han hecho suya después M. BROSETA, *Manual de Derecho mercantil*, ob. cit., pág. 134-136, o F. VICENT, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, T. I, ob. cit., pág. 1064; siguen otra

clasificación, F. SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho mercantil*, ob. cit., pág. 99-100, o A. BERCOVITZ, *DN*, núm. 20, 1992, pág. 8). Así, se habla de deslealtad frente al consumidor, frente al competidor y frente al mercado. Un concreto acto de competencia desleal puede afectar a todos los intereses considerados en la protección contra la competencia desleal, *rectius*: la deslealtad de un acto de competencia desleal puede fundarse cumulativamente en criterios propios de cualquiera de los tres grupos esbozados, porque afecta a todos los intereses implicados, a cada uno en la lectura correspondiente del orden concurrencial no falseado cuya tutela se trata de garantizar; la asignación a un grupo u otro se hace atendiendo a la *ratio* última del juicio de deslealtad particular dentro del objetivo de asegurar un mercado altamente competitivo y transparente, con primacía de los intereses de la generalidad sobre los demás implicados en la represión de la competencia desleal, y de los intereses de los consumidores sobre los de los competidores. La deslealtad frente al consumidor radica en la eliminación o de reducción de la autonomía de decisión del consumidor; son desleales por esta razón los actos de confusión, engaño, publicidad en especie, denigración, comparación y algunas modalidades de imitación (imitación que genera un riesgo de asociación de prestaciones) y venta a pérdida (venta a pérdida como oferta-reclamo), así como, entre los actos no tipificados legalmente, las ofertas molestas, el abuso de autoridad, la explotación de los sentimientos irracionales y altruistas o la publicidad desagradable. La deslealtad frente al competidor se reserva a los actos de obstaculización (de la acción de un tercero en el mercado) y de expoliación (de la posición competitiva ganada por un tercero en el mercado) que carecen de justificación concurrencial, esto es, que son ajenos a la competencia de méritos o eficiencia de las propias prestaciones; entre los actos de deslealtad frente al competidor se cuentan los actos de explotación de la reputación ajena, violación de secretos e inducción a la infracción contractual, así como alguna modalidad de imitación (imitación que comporta un indebido aprovechamiento de la fama y del esfuerzo ajenos) y de venta a pérdida (venta a pérdida denigratoria) y, entre los no tipificados, los actos de aprovechamiento del esfuerzo ajeno, los de obstaculización o los de agresión. Por último, la deslealtad frente al mercado se predica de las conductas que desestabilizan las bases institucionales del sistema concurrencial, sea la *par conditio concurrentium*, como la violación de normas, o la estructura y funcionamiento competitivos del mercado, como la explotación de la situación de dependencia económica o la imitación y venta a pérdidas predatorias.

Artículo 6. ACTOS DE CONFUSIÓN

Se considera desleal todo comportamiento que resulte idóneo para crear confusión con la actividad, las prestaciones o el establecimiento ajenos.

El riesgo de asociación por parte de los consumidores respecto de la procedencia de la prestación es suficiente para fundamentar la deslealtad de una práctica.

Bibliografía

R. ALONSO SOTO, «Actos de confusión», en *Propiedad industrial y competencia desleal*, Consejo General del Poder Judicial-Andema, Madrid, 1995, pág. 83 ss.; M. AREÁN, «La adopción de medidas cautelares en el juicio civil sobre nulidad de la marca registrada. Comentario al auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Barcelona, de 10 de junio de 1991», *CJPI*, núm. 9, 1992, pág. 29 ss.; ID., «Marca notoria, Marca renombrada», en *La protección de la marca por los Tribunales de Justicia*, CGPJ-Andema, Madrid, 1993, pág. 263 ss.; ID., «La sombra de la marca prestigiosa es alargada», *CJPI*, núm. 10, 1992, pág. 7 ss.; ID., «La protección de la marca registrada frente a una denominación social confundible», *XIII ADI*, 1987-88, pág. 197 ss.; ID., «Marca registrada versus denominación social», *CJPI*, núm. 6, 1990, pág. 27 ss.; ID., «Tres apuntes sobre la notoriedad y el prestigio de las marcas», en *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, T. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pág. 175 ss.; J. BAUZA, *La identidad en Derecho. Especial referencia a la identidad en la denominación social de las entidades mercantiles*, Comares, Granada, 1993; M. BOTANA, «A propósito de las colisiones entre denominaciones sociales y nombres comerciales», *La Ley*, 1996-11, pág. 1607 ss.; J. M.^a DE LA CUESTA, «Supuestos de competencia desleal por confusión, imitación y aprovechamiento de la reputación ajena», en A. BERCOVITZ (coord.), *La regulación contra la competencia desleal en la Ley de 10 de enero de 1991*, BOE-Cámara de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 1992, pág. 35 ss.; M.^a A. DÍAZ, «La individualización del empresario social a través de la denominación», *RdS*, núm. 4, 1995, pág. 99 ss.; C. FERNÁNDEZ NOVOA, *El enriquecimiento injustificado en el Derecho industrial*, Marcial Pons, Madrid, 1997; J. GÓMEZ MONTERO, «La regulación del nombre comercial en el Derecho español», en *Homenaje a H. Baylos. Estudios sobre Derecho industrial*, Grupo Español de la AIPPI, Barcelona, 1992, pág. 371 ss.; J. A. GÓMEZ SEGADÉ, «Concepto y protección de la presentación comercial (Trade Dress) : ¿Debe seguirse el ejemplo USA en el caso Taco Cabaña?», *CJPI*, núm. 14, 1995, pág. 11 ss.; J. J. MARTÍ DE VESES, «La denominación de las sociedades mercantiles y su posible colisión con los signos distintivos de la propiedad industrial», en *Homenaje a H. Baylos. Estudios sobre Derecho industrial*, Grupo Español de la AIPPI, Barcelona, 1992, pág. 436 ss.; J. MASSAGUER, «Algunas cuestiones básicas acerca de la marca renombrada», *Aranzadi Civil*, núm. 23, 1994, pág. 11 ss.; J. MASSAGUER y M. MONTEAGUDO, «La confusión en el Derecho contra la competencia desleal», *RGD*, núm. 625-626, 1996, pág. 11615 ss.; L. M. MIRANDA SERRANO, *Denominación social y nombre comercial. Funciones y disfunciones*, Marcial Pons, Madrid, 1997; M. MONTEAGUDO, *La protección de la marca renombrada*, Civitas, Madrid, 1995; ID., «El riesgo de confusión en Derecho de marcas y en Derecho contra la competencia desleal», *XV ADI* 1993, pág. 73 ss.; ID., «El registro de marca en fraude de los derechos de tercero o con violación de una obligación legal o contractual», *Aranzadi Civil*, 1995, III, pág. 99 ss.; M. MONTEAGUDO y J. R. SALELLES, «De nuevo sobre el conflicto entre denominación social y nombre comercial», *RGD*, núm. 608, 1995, pág. 5476 ss.; M. MONTEAGUDO y P. SOLER, «Conflicto entre denominaciones sociales y signos distintivos», *RGD*, núm. 562-563,

1991, pág. 6503 ss.; J. M. OTERO, «Propiedad industrial y competencia desleal», en *El nuevo marco jurídico de las empresas: El derecho de la competencia en España, la propiedad industrial, la reforma del mercado de trabajo, la fiscalidad y la información financiera*, La Gaceta de los Negocios, Madrid, 1996, pág. 13 ss.; B. PELLISÉ, «Adquisición, mediante registro, del derecho sobre la marca frente a derechos anteriores extrarregistrales», en *Nuevos desarrollos en propiedad industrial*, GRUPO ESPAÑOL DE LA AIPPI, núm. 12, 1993, pág. 15 ss.; P. PORTELLANO, *La imitación en el Derecho de la competencia desleal*, Civitas, Madrid, 1995; A. TATO, « La publicidad ilícita en la jurisprudencia y en la doctrina del Jurado de la Publicidad», *AAP*, núm. 27, 1999, pág. 16 ss.; F. VICENT, «Protección reforzada de la marca notoria», *CIPPI*, núm. 13, 1994, pág. 23 ss.

Doctrina-comentario

Sumario:

- 1.Introducción
- 2.Encuadramiento sistemático
- 3.La acción relevante
- 4.La determinación de la confusión
 - a.Similitud entre signos
 - b.Consolidación y reconocimiento en el tráfico
 - c.Formación y atención del consumidor
 - d.Inexistencia de un principio de especialidad
- 5.Grupos de casos
 - a.La protección jurídica de las marcas no inscritas y de las marcas renombradas
 - b.(sigue) La protección de la marca no inscrita
 - i.La marca notoria.
 - ii.La marca de agente.
 - iii.La marca registrada con fraude de los derechos de un tercero o con violación de una obligación.
 - iv.La marca meramente usada.
 - c.(sigue) La protección de la marca renombrada
 - i.El fundamento y alcance de la protección reforzada de las marcas renombradas.
 - ii.La protección reforzada de la marca renombrada en la legislación.
 - iii.La protección de la marca renombrada ante los supuestos de confusión.
 - d.La protección jurídica del nombre comercial no inscrito
 - e.La protección jurídica del rótulo de establecimiento no inscrito
 - f.La protección jurídica del título de una obra
 - g.La protección de la denominación social
 - i.Aproximación al régimen jurídico de las denominaciones sociales
 - ii.Conflictos en torno a la utilización de denominaciones sociales.
 - h.La protección jurídica de la presentación de los productos
 - i.Elementos caracterizados o susceptibles de ser objeto de merchandising
 - j.Confusión publicitaria

1 INTRODUCCIÓN

(1) La confusión se encuentra entre los actos de competencia desleal que fueron primeramente prohibidos y sancionados de forma expresa en el ordenamiento español.

En efecto, el ocasionar confusión en el mercado fue tipificado como acto de competencia ilícita en la Ley de Propiedad Industrial de 1902: así, la imitación de las muestras o rótulos de los escaparates, fachadas o adornos que pudiera originar una confusión con otro establecimiento de igual clase contiguo o muy cercano, y la imitación de los embalajes de un competidor que induzca a confusión [art. 132. a) y b) LPInd]. A esta primera tipificación penal del acto de confusión siguió muy posteriormente la relación de la publicidad que induce a confusión entre bienes o servicios como supuesto de publicidad desleal (art. 10 II EP) y, todavía más cercana en el tiempo, la inclusión de la confusión en el parco elenco de actos de competencia desleal definido por la legislación de marcas (art. 88 LM).

(2) El acto de confusión es actualmente el primero de los supuestos que merecen un tipo específico y propio en el catálogo legal de actos de competencia desleal (art. 6 LCD). Completan a este tipo general las sanciones establecidas para ciertas modalidades específicas de confusión, como la confusión que deriva de la publicidad: la publicidad que origina una confusión es uno de los supuestos de publicidad desleal ilícita expresamente considerados [art. 6. b) LGP]; la asociación que deriva de la imitación: la imitación de las prestaciones ajenas no protegidas por un derecho de exclusiva es libre, salvo que, entre otros extremos, genere entre los consumidores una asociación evitable respecto de la procedencia de las prestaciones (art. 11.2 LCD), y lo cierto es que no faltan pronunciamientos judiciales que condenan simultáneamente por confusión e imitación (v. SSAP *Toledo* 4-IV-1992 «Vidal Sassoon/Iber Neutro», *Valencia* 5-V-1993 «Vidal Sassoon/Neymi, Tayko», *Toledo* 12-XII-1995 «prendas vaqueras», *Valencia* 21-X-1997 «estuches para sábanas adaptables»); y, en fin, la confusión que deriva del uso no autorizado de marcas, nombres comerciales y rótulos registrados (arts. 31, 81 I Y 85 I LM), sin que tampoco en este contexto se echen de menos fallos que califican unos mismos hechos como acto de competencia desleal por confusión e infracción de marca (STS 23-II-1998 «envase de cacao en polvo», y SSAP *Las Palmas de Gran Canaria* 8-III-1991 «perro con cesta», *Albacete* 1-III-1993 «Leyma», *Palma de Mallorca* 23-IX-1994 «Levi's 501», *Valencia* 10-VI-1995 «Ricard», *Madrid* 8-V-1996 «King's College, S. A. c. King's Academy-Idiomas, S. L.», *Cáceres* 14-XI-1997 «marca de perfumes», *Madrid* 28-III-1998 «asistencia técnica especializada») u opiniones doctrinales que se inclinan por una acumulación indiscriminada de ambos ilícitos [e. FERNÁNDEZ NOVOA, *Sistema comunitario de marcas*, Montecorvo, Madrid, 1995, pág. 235 y 236 en nota (09), ID., *El enriquecimiento injustificado en el Derecho industrial*, pág. 68 ss.].

2 ENCUADRAMIENTO SISTEMÁTICO

(3) El acto de confusión está legalmente definido como comportamiento de toda clase idóneo para crear confusión con la actividad, las prestaciones o el establecimiento ajenos, circunstancia que se entiende producida ya cuando es apto para crear un riesgo de asociación por parte de los consumidores respecto de su procedencia empresarial (SAP *Barcelona* 7-II-1996 «Vitastar»). De este modo, el centro de gravedad de la deslealtad parece situarse en la expoliación de las ventajas competitivas ligadas a otro sujeto, sea a su actividad, establecimiento o prestaciones (deslealtad frente a los competidores); sin embargo, el reproche de deslealtad se asienta en la reacción de los consumidores ante el suministro de una información que no se corresponde con la realidad (deslealtad frente a los consumidores) [SSAP *Valencia* 10-VI-1995 «Ricard», *Toledo* 12-XII-1995 «prendas vaqueras», *Barcelona* 31-VIII-1998 «carátulas de discos compactos»]. Así resulta, en efecto, de la estructura del tipo. A la referencia general a la deslealtad de los comportamientos relacionados con instrumentos de identificación de actividades, prestaciones o establecimientos en el mercado adecuados para generar confusión, sigue un segundo párrafo que expresa uno de los supuestos encerrados en el primero: el riesgo de asociación por parte de los consumidores

respecto de la procedencia empresarial o profesional de la prestación. En este particular se condensa el criterio de desvalor de la práctica. En consecuencia, la deslealtad de la confusión no es consecuencia del aprovechamiento del buen nombre de otro para captar clientes, sino de la introducción en el proceso de comunicación con la clientela de elementos que son adecuados para provocar preferencias o decisiones de mercado (toma de contacto con un determinado agente, contratación de determinadas prestaciones o visita de determinado establecimiento) fundadas en una falsa o incorrecta representación de la realidad acerca de la identidad o procedencia empresarial o profesional de la actividad, prestaciones o establecimiento considerados.

(4) Desde otra perspectiva, la formulación legal marca igualmente la diferencia entre confusión y error. En ambos casos, la conducta considerada transmite al mercado una información equívoca concerniente al sujeto que la proporciona, o a su actividad, prestaciones o establecimiento. Ahora bien, en el caso del error dicha información equívoca versa sobre las características en general de cualquiera de estas materias: composición, método de fabricación, utilidad, origen geográfico, precio... [v. **Art. 7 (35) a (38)**], en el caso de la confusión versa sobre una característica en particular, la procedencia de un determinado sujeto, en los términos que se examinarán a continuación [v. **(10) a (13)**].

(5) El artículo 6 de la Ley de Competencia Desleal, en fin, tipifica el acto de confusión genérico, cualesquiera que sean los medios empleados para generar la posible confusión y cualquiera que sea la esfera de la actividad económica en que se produzca. Ahora bien, la construcción del ilícito y, de modo especial, su relación sistemática con el tipo dedicado a la imitación —que reputa desleal la imitación de prestaciones, *rectius* : creaciones técnicas y estéticas u otro resultado del esfuerzo, que provoca una asociación con la prestación original—, centran la confusión desleal genérica en la provocada por el empleo de cualquier clase de medio de identificación o presentación de la actividad, prestaciones o establecimiento de un agente económico en el mercado que sea diverso de la misma actividad, prestación o establecimiento que identifica y diferencia (en esta línea, SSAP *Barcelona* 25-III-1998 «cohecito de bebé», *Barcelona* 31-VIII-1998 «carátulas de discos compactos»;v. , no obstante, STS 5-VI-1997 «Vid al Sassoon/Neymi, Tayko» donde se enjuicia un conflicto entre instrumentos de presentación de los productos —envases—desde los parámetros de la imitación desleal).

(6) Como es obvio, esta caracterización del acto de confusión obliga, de otro lado, a trazar con sumo cuidado los lindes entre los espacios que en esta materia corresponden a la represión de la competencia desleal y a la protección jurídica de los signos distintivos a través de derechos de exclusiva y, en particular, a través del sistema de marcas. La represión de la confusión desleal no está llamada, en efecto, a duplicar la protección que el sistema de marcas dispensa a los signos distintivos registrados frente a la confusión; antes bien, la relación entre el Derecho de marcas y la normativa contra la competencia desleal está presidida también en este ámbito por la nota de la complementariedad [v. **Introducción (60) a (64)**]. En consecuencia, la protección contra la competencia desleal sólo puede servir para la tutela jurídica de uno de los medios de identificación empresarial o profesional bien en el lugar de, esto es, ante la inexistencia de unos derechos de exclusión (en el mismo sentido, M. AREÁN, *CJPI* , núm. 9, 1992, pág. 37-38, y J. M. OTERO, en *El nuevo marco jurídico de las empresas* , pág. 41), o bien más allá de los lindes objetivos y del contenido del correspondiente derecho de exclusión. Es ésta una conclusión obligada por las funciones que uno y otro sistema de protección tienen atribuidas por el ordenamiento. En efecto, se convendrá en que tanto el Derecho de marcas como la normativa contra la competencia desleal participan, cuanto menos en lo relativo a los signos distintivos, de un sustrato común: la tutela de los signos distintivos en cuanto instrumentos que sirven para presentar a los

agentes económicos, sus prestaciones y establecimientos en el tráfico, al tiempo que establecen un canal de comunicación con los consumidores a través del cual pueden transmitirse informaciones de muy diversa naturaleza sobre las características y peculiaridades de esos mismos agentes económicos, sus prestaciones y establecimientos. Atendido el sustrato común, la dualidad normativa y su complementariedad se explica porque cada sistema desempeña cometidos diferentes. El Derecho de marcas se ocupa preeminentemente de favorecer la implantación de las marcas en el mercado y garantizar la seguridad jurídica característica de un mecanismo registral mediante derechos de exclusiva cuyo ámbito y alcance se define en abstracto. Así se explica, por ejemplo, que el titular de una marca inscrita, pero aún no usada en el tráfico económico (ni incurso en causa de caducidad por falta de uso), pueda impedir a un tercero el ulterior registro o la utilización de un signo confundible, a pesar de que en tal hipótesis no sea de temer todavía la efectiva confusión de los consumidores. Por su parte, el Derecho contra la competencia desleal pone el acento en el reconocimiento jurídico de los valores representados *de facto* por los signos distintivos en el tráfico o, si se prefiere, en la represión de falsas o incorrectas representaciones de la realidad acerca de la identidad o características de la actividad desarrollada por un agente económico, sus prestaciones o establecimientos (en esta línea, SSAP *Barcelona* 28-II-1991 «empresas dedicadas al *leasing*», *Barcelona* 4-VI-1998 «Smirnoff/Príncipe Igor»).

(7) Bajo esta perspectiva es claro que pueden enjuiciarse como actos de confusión aquellos conflictos que se plantean fuera del ámbito de aplicación del sistema de marcas, como los conflictos entre signos que no son funcionalmente aptos para recibir protección en el sistema de marcas, *ad ex.*: confusión publicitaria o derivada de la reproducción del título de una obra, o como aquellos otros conflictos entre signos que, pese a disponer de aquella aptitud funcional, no hayan sido registrados y consecuentemente su solución no puede abordarse desde el sistema de marcas, *ad ex.* : tutela de las marcas, nombres comerciales y rótulos de establecimiento no inscritos, de las denominaciones sociales y de la forma de presentación de los productos (en esta línea, STS 11-VII-1997 «El Remiendo Alavés», que declara aplicable la normativa contra la competencia desleal a “los signos distintivos típicos y atípicos”, SAP *Cantabria* 20-IV-1998 «Revuelta»). En todos estos casos, naturalmente, debe existir una relación fáctica o jurídica entre una persona y un signo, sobre la cual se funda tanto la misma posibilidad de hecho de la confusión como la legitimidad de cualquier pretensión en relación con la utilización del signo en cuestión (STS 6-VI-1997 «Peluquería Ilea»).

(8) Además y excepcionalmente también es posible sancionar como confusión desleal ciertos supuestos de utilización de signos distintivos registrados, siempre procediendo con suma prudencia en la aceptación de la acumulación de acciones. El mandato de prudencia obedece a que, cuando el conflicto se plantea entre signos distintivos inscritos o entre un signo registrado y otro meramente usado, la regla general es la aplicación excluyente del Derecho de marcas (a pesar de que a nadie escapa que el conflicto pudiera ser calificado como acto de confusión del artículo 6 de la Ley de Competencia Desleal). En estos casos, en efecto, se produce un concurso de normas que debe resolverse según el criterio de la consunción en beneficio de la Ley de Marcas: procede la acción por violación de marcas, nombres comerciales o rótulos de establecimiento, y sólo esta acción, y no la acción de competencia desleal (SSAP *Barcelona* 31-I-1996 «Polo/Polo Sur», y *Barcelona* 4-VI-1998 «Smirnoff/Príncipe Igor»; no obstante, SAP *Madrid* 22-IV-1998 «triángulo con fondo verde y blanco», AAP *Barcelona* 8-VI-1998 «Pronovias/Paranovios»). La aplicación de la Ley de Competencia Desleal a estos supuestos supondría un grave quebranto si no incluso la desaparición del sistema registral diseñado por el legislador en el Derecho de marcas. Ello no obstante, el recurso a la normativa contra la competencia desleal es posible (conviene insistir: excepcionalmente) para combatir la confusión provocada por la utilización de signos

distintivos registrados cuando las reglas y principios del sistema de marcas no hayan contemplado de manera íntegra los intereses afectados o, por mejor decir, cuando aporten soluciones parciales, inhábiles para restaurar plenamente todos los intereses (dignos de protección) lesionados. En estos supuestos, por lo demás y como es obvio, el recurso al sistema de represión de la competencia desleal no produce un menoscabo del sistema registral instaurado por la legislación de marcas: en efecto, la acción de competencia desleal se reserva para aquellos casos excepcionales en los que o bien la vigencia de los principios de registro y especialidad, o bien la tutela (sólo parcial) de una determinada posición prevista en el Derecho de marcas no proteja adecuadamente intereses específicamente protegidos por la normativa contra la competencia desleal. De este modo, debe admitirse el recurso a la normativa contra la competencia desleal en beneficio de la marca renombrada y también para completar la limitada protección que la legislación de marcas dispensa al titular de una marca notoriamente conocida, al perjudicado por un registro fraudulento o con violación de obligaciones legales o contractuales, o en fin al usuario de un nombre comercial no registrado frente a los titulares de signos distintivos registrados.

3 LA ACCIÓN RELEVANTE

(9) El acto de confusión comprende cualquier utilización de un instrumento o medio de identificación empresarial o profesional, de cualquier elemento apto para remitir a una fuente de procedencia empresarial o profesional que proporcione una información incorrecta a los destinatarios acerca de los distintos extremos relevantes en este ámbito. En materia de competencia desleal, no sólo es relevante una confusión entre lo identificado con tales instrumentos o medios, sino también cualquier error propiciado por ellos respecto al origen empresarial o profesional de la actividad, prestaciones o establecimiento. A diferencia del Derecho de marcas, al menos del Derecho de marcas actualmente vigente en nuestro país, donde rige una noción dual de estos tipos de confusión: confusión y asociación (M. MONTEAGUDO, XV ADI 1993, pág. 85-91), en el sistema de protección contra la competencia desleal la noción de confusión es única y comprensiva de ambas realidades, pese a la reproducción literal de ambos términos en el artículo 6 de la Ley de Competencia Desleal.

(10) La acción relevante comprende en principio toda práctica, de trascendencia externa y no comprendida en el ámbito del derecho de exclusiva existente sobre un signo distintivo, susceptible de ocasionar confusión. Esta noción, por su parte, comprende tanto la llamada confusión en sentido estricto, sea confusión inmediata o confusión mediata, como la llamada confusión en sentido amplio. Ambas categorías se han formado en el ámbito del Derecho de marcas (*cf.* C. FERNÁNDEZ NOVOA, «El relieve jurídico de la notoriedad de la marca», *RDM*, núm. 112, 1969, pág. 169 ss., pág. 203 ss.), pero igualmente han sido acogidas en el ámbito del Derecho contra la competencia desleal (*cf.* J. M.^a DE LA CUESTA, en A. BERCOVITZ, *La Regulación contra la Competencia Desleal*, pág. 39, y M. MONTEAGUDO, XV ADI 1993, pág. 86-89; y en jurisprudencia menor, SSAP *Barcelona* 25-III-1998 «cochecito de bebé», *Barcelona* 31-VIII-1998 «carátulas de discos compactos»).

(11) Debe advertirse que los contenidos de estas categorías no son del todo coincidentes en uno a otro sector del ordenamiento, como corresponde a los diversos cometidos que desempeñan en nuestro sistema jurídico. En efecto, en el sistema de marcas el riesgo de confusión aquí relevante posee carácter normativo, mientras que en el sistema de represión de la competencia desleal la confusión tiene un carácter esencialmente fáctico (sobre la naturaleza fáctica de la confusión en Derecho contra la competencia desleal y normativa en Derecho de marcas, M. MONTEAGUDO, XV ADI 1993, pág. 91-92, 96-100). De ahí que no sea correcto trasponer en su integridad al riesgo de confusión desleal las construcciones elaboradas al respecto en

el sistema de marcas. En efecto, la confusión en Derecho de marcas sirve a la delimitación del derecho subjetivo sobre la marca y ha de resultar principalmente del análisis comparativo entre los signos enfrentados y entre el género de los productos o servicios a los que se aplican o pretenden aplicar. De su lado, la confusión desleal atiende exclusivamente a la represión de falsas representaciones de procedencia en el tráfico, de ahí que la comprobación del riesgo de confusión deba constituir el factor determinante del enjuiciamiento; coherentemente con lo anterior, el riesgo de confusión habrá de tomar en consideración no sólo la identidad o semejanza de los signos y la identidad sino también la similitud de las prestaciones, establecimientos o actividades, a que se aplican en particular, así como el resto de elementos concomitantes valorados por el consumidor para identificar su procedencia empresarial. Desligado por entero de un sistema de naturaleza registral y volcado al aseguramiento de la transparencia que *de facto* existe en el mercado, la confusión en materia de competencia desleal ha de ser una confusión efectiva. En este sentido, la afirmación de la confusión no es fruto de un ejercicio abstracto, sino un ejercicio apegado a las circunstancias de hecho que concurren en los signos confrontados y en su respectivo uso así como a las impresiones que en efecto provocan en los destinatarios. Con todo, y siendo como es el ilícito de deslealtad concurrencial un ilícito de peligro, no se exige la prueba completa de una confusión real; la deslealtad de la confusión sólo requiere un riesgo de confusión real, la aptitud para generar confusión desde la perspectiva fáctica que se acaba de perfilar. Sin embargo, ello no excluye la necesidad de considerar reglas de experiencia al tiempo de abordar el juicio de confundibilidad que permitan pronosticar con relativa certeza la potencialidad del riesgo [v. **(15)** a **(22)**].

(12) Hechas las anteriores salvedades, procede determinar el alcance del riesgo de confusión en sentido estricto, tanto mediato como inmediato. En el primer caso, la confusión consiste en presentar y hacer pasar a un sujeto o su actividad, prestaciones o establecimiento por otro sujeto o por la actividad, prestaciones o establecimiento de otro. En el segundo caso, la confusión consiste en inducir a considerar que tras el desarrollo de determinada actividad, tras la producción y ofrecimiento de ciertas prestaciones o tras la actuación en un concreto establecimiento se halla una misma fuente (de común, empresarial o profesional); media confusión en sentido mediato, pues, si los elementos con que se presenta la actividad, prestación o establecimiento no llevan a tomar una actividad por otra, una prestación por otra o un establecimiento por otro, pero, a juicio de los consumidores, de las características comunes a la forma de presentación en el mercado se desprende la idea de que una actividad, prestación o establecimiento tiene el mismo origen empresarial o profesional que otra actividad, prestación o establecimiento con la que se establece una conexión intelectual que propicia precisamente esta conclusión (supuesto que se presenta como «asociación por confusión indirecta» en SAP *Barcelona* 31-I-1996 «Polo/Polo Sur»;v. también SAP *Madrid* 22-IV-1998 «triángulo con fondo verde y blanco»).

(13) De otro lado, la noción legal de confusión se ha formulado en términos que son adecuados para comprender, en segundo lugar, la llamada confusión en sentido amplio, admitida ya en nuestra doctrina para el Derecho de marcas (C. FERNÁNDEZ NOVOA, *Derecho de marcas*, Montecorvo, Madrid, 1990, pág. 115 y 116, 262 y 263) y reconocida en el Derecho contra la competencia desleal tanto en la doctrina (M. MONTEAGUDO, XV *ADI* 1993, pág. 87) como en algún pronunciamiento judicial (SSAP *Barcelona* 9-XI-1994 «catálogos de juntas de estanqueidad», *Zaragoza* 7-X-1996 «sartenes», que se refiere a ella como «riesgo de confusión indirecto», *Barcelona* 15-IV-1998 «Estrella de Mar»). En este caso, el empleo de medios de identificación ajenos no induce al consumidor a tomar una actividad, prestaciones o establecimiento por otros, ni a entender que la actividad, prestaciones o establecimiento considerados tienen una procedencia empresarial o profesional distinta de la real, sino que induce a creer que entre la persona que emplea el signo en cuestión y otra existen

unos vínculos económicos (en particular, pertenencia al mismo grupo de empresas) o jurídicos (en particular, concesión de licencias) que autorizan su empleo, que por lo tanto no sólo es tolerado sino incluso patrocinado por su titular. En la práctica, no obstante, han de ser escasos los supuestos de confusión en sentido amplio: estrictamente dependientes de la efectividad del riesgo de confusión se encuentran por ello especialmente condicionados a la presencia de circunstancias muy específicas, como pueden ser, de una parte, un elevadísimo grado de implantación en el mercado, el reconocimiento por parte de los consumidores de todos sus segmentos y la posibilidad efectiva, considerados los sectores de la economía involucrados, de extensión a otros campos de actividad, sea a través de empresas del grupo o de *merchandising*, pero también, de otra parte, el recurso a formas o procedimientos de presentar las propias prestaciones, actividades o establecimientos que transmitan inequívocamente al consumidor una imagen (errónea) de comunión jurídica o económica con las prestaciones, actividades o establecimientos ajenos.

4 LA DETERMINACIÓN DE LA CONFUSIÓN

(14) La afirmación de un riesgo efectivo de confusión es, por tanto, presupuesto para que pueda formularse el juicio de deslealtad concurrencial. Dicha afirmación, sentado el carácter fáctico de la confusión, sólo puede hacerse caso por caso. No se dispone, por tanto, de reglas generales abstractas. Ello no obstante, existen criterios o factores a los que se encuentra especialmente vinculado el riesgo de confusión efectivo.

a Similitud entre signos

(15) El elemento decisivo para valorar la concurrencia de un efectivo riesgo de confusión es la similitud entre los signos empleados para la presentación del propio agente y de su actividad, prestaciones o establecimiento en el mercado. Con todo, la similitud entre los signos no ha de ser analizada en abstracto, sino en conexión con el resto de elementos que, en cada caso, puedan contribuir a que el consumidor identifique la actividad, prestaciones o establecimiento en cuestión (SSAP *Barcelona* 8-VI-1995 «Grúas Vilafranca, S. A. c. Grúas y Transportes Vilafranca, S. A», *Toledo* 12-XII-1995 «prendas vaqueras», *Sevilla* 28-I-1998 «ECOMED», *Cantabria* 20-IV-1998 «Revuelta», *Barcelona* 31-VIII-1998 «carátulas de discos compactos», *Madrid* 11-XII-1998 «mantenimiento de instalaciones contra incendios»). Elementos concomitantes de esta clase son, por lo que se refiere a prestaciones, la presentación global, los canales de distribución empleados o incluso el precio. Este conjunto de elementos puede reforzar, debilitar o incluso eliminar el riesgo de confusión (en relación con las diferencias de precio *v. SAP Valencia* 6-X-1997 «venta de perfumes en farmacia»).

(16) La similitud de los signos distintivos y elementos concomitantes, empero, no comporta por sí la deslealtad del acto enjuiciado. Además es preciso que los medios de identificación apropiados posean fuerza o singularidad distintiva, esto es, que por su misma estructura sean aptos para identificar en el mercado una actividad, prestaciones o establecimiento, o bien que por el empleo que de los mismos se ha hecho sean reconocidos efectivamente en el tráfico como medios de identificación propios de un determinado operador, de su actividad, prestaciones o establecimiento (en esta línea, SSAP *Barcelona* 28-II-1994 «G.T.C.G., S. A. c. G. y C. de D., S. L.», *Barcelona* 25-IV-1996 «Joyas Únicas del Amor»). Y finalmente, como corolario de lo anterior y exigencia impuesta por el carácter fáctico del riesgo de confusión, es preciso que los consumidores tomen o, de tener la conducta enjuiciada la difusión necesaria, debieran tomar, a resultas de la apropiación de los medios de identificación ajenos, una actividad por otra, unas prestaciones por otras o un establecimiento por otro, o bien que entiendan, o debieran entender que la actividad, prestaciones o establecimiento

considerados tienen un origen empresarial o profesional distinto del real, o que entre las personas así relacionados existen vínculos jurídicos o económicos.

b Consolidación y reconocimiento en el tráfico

(17) Al lado de la similitud entre signos, la confusión exige que el signo apropiado goce de un grado mínimo de consolidación y reconocimiento en el tráfico o, si se prefiere, de notoriedad. En efecto, sólo existe un riesgo de confusión en sentido estricto, ya sea inmediato o mediato, en la medida en que el público de los consumidores conozca el medio de identificación ajeno indebidamente apropiado por un tercero. En este sentido, la notoriedad del signo es un factor que modifica con su intensidad la probabilidad del riesgo de confusión. El empleo de signos ajenos no consolidados o sólo muy escasamente implantados en el mercado, como queda apuntado, no genera un riesgo de confusión real; ello sólo puede producirse con su notoriedad (así, SSAP *Baleares* 9-VI-1994 «Can Elías/Pianos Ca N'Elías», *Barcelona* 31-I-1996 «Polo/Polo Sur»), que puede jugar de forma desigual según sea su intensidad. Si la notoriedad supera ligeramente el umbral de implantación mínima exigible, la coincidencia entre los medios de identificación habrá de rayar en la identidad para que pueda haber riesgo de confusión. Una creciente notoriedad, en cambio, compensa progresivamente hasta superar una mayor distancia entre los signos así como entre las actividades, prestaciones o servicios a cuya identificación se aplican. Pero sólo hasta cierto límite: cuando la notoriedad es muy elevada, el mayor arraigo del signo en la mente del consumidor reduce el riesgo de confusión cuando existan diferencias entre los signos o entre el género de las actividades, prestaciones o establecimientos, sin perjuicio de que en tales circunstancias se entre en el ámbito de la deslealtad por aprovechamiento indebido de la reputación ajena (art. 12 LCD). La implantación del signo, en cambio, puede jugar de manera diversa en relación con el riesgo de confusión en sentido amplio. Para que se produzca este riesgo, en efecto y sentido que la obtención de una ventaja competitiva no forma parte de la estructura del ilícito, puede bastar con una referencia a un tercero, a sus prestaciones, actividad o establecimientos en términos tales que permitan reconocer inequívocamente dicha referencia y establecer la conexión en que consiste la confusión (lo que sin duda es posible aunque el tercero resulte desconocido). Sin perjuicio de lo anterior, también ha de reconocerse que la mayor implantación del tercero y de sus signos puede influir igualmente en otras hipótesis de riesgo de confusión en sentido amplio, particularmente en aquellos sectores hacia los que sea dable una ampliación de actividades mediante *merchandising* [v. **(78)** a **(81)**] o de otro modo.

(18) Las consideraciones normativas que posibilitan la más intensa protección jurídica de los signos notorios en el sistema de marcas no pueden ser aplicadas sin más en competencia desleal; el juicio del caso posee mayor relevancia en materia de competencia desleal que en Derecho de marcas (M. MONTEAGUDO, *La protección de la marca renombrada*, pág. 241).

c Formación y atención del consumidor

(19) Para valorar si en efecto se produce o si podría producirse la confusión, se debe considerar igual y principalmente la atención que presta el consumidor medio al reconocer la actividad económica, prestaciones o establecimiento presentado con los medios de identificación ajenos (v. SSAP *Murcia* 2-IV-1993 «dibujos en bolsas de infusiones», *Cantabria* 20-IV-1998 «Revuelta»), determinado siempre dentro del círculo de destinatarios propio de la oferta (v. SAP *Vizcaya* 8-II-1999 «anuarios»).

(20) Ello obliga, de una parte, a introducir en el juicio la formación o especialización del consumidor, lo que lleva a ser más estricto en la apreciación de la existencia de un

riesgo de confusión en aquellos casos en los que los destinatarios sean empresarios o profesionales (en este sentido, SSAP *Madrid* 13-XII-1994 «catálogos de muebles de cocina», *Barcelona* 10-I-1996 «Fumispore/Fungistop»). Asimismo es obligado considerar la experiencia del consumidor en la adquisición de las prestaciones o en la relación con los establecimientos respecto de los cuales se plantea la confusión, y su interés por asegurar la continuidad de dicha adquisición o relación (v. SAP *Vizcaya* 8-II-1999 «anuarios»).

(21) De otro lado, será preciso considerar la atención que tal consumidor presta habitualmente a los medios de identificación en el trance de formar sus preferencias o decidir si toma contacto con un determinado operador económico, adquiere sus prestaciones o visita su establecimiento (en esta línea, SAP *Toledo* 12-XII-1995 «prendas vaqueras»). Por ello, en la confrontación entre los medios de identificación debe preferirse una valoración sintética, centrada en la imagen del medio de identificación original que el consumidor retiene en su memoria, a una valoración analítica, esto es, debe descartarse un examen detallado, minucioso y simultáneo de los medios de identificación involucrados (v. SAP *Valencia* 10-VI-1995 «Ricard»). En este contexto ha de atenderse asimismo a la probabilidad e inmediatez de la decisión de dirigirse al agente, contratar sus prestaciones o visitar su establecimiento a partir del simple contacto sensorial con los elementos de identificación considerados, extremo que, *ad ex.* en el caso de las prestaciones, depende de circunstancias tales como precio, sofisticación, complejidad, utilidad, amplitud de la oferta... En este sentido, son particularmente relevantes las connotaciones que para el consumidor tiene una concreta procedencia empresarial, puesto que si los consumidores atribuyen al origen empresarial o profesional del producto o servicio en cuestión un valor específico, la atención es mayor y la confusión menos probable que en los casos en que la fuente resulte menos relevante. Con todo, las todavía escasas decisiones judiciales tienden a sustituir, en línea con lo que es práctica común en materia de marcas, la investigación del efectivo parecer del consumidor por la opinión del juez formada a partir de la contemplación de los productos (SAP *Toledo* 4-IV-1992 «Vidal Sassoon/Iber Neutro», y SJPI *Castellón* 1-X-1992 «Ponche Caballero/Ponche Carmelitano»), o en el mejor de los casos a partir de informes de peritos relativos bien a la identidad o similitud sustancial entre los objetos considerados o bien a la reacción que según técnicas de comercialización y psicología cabe esperar del consumidor (así se ha hecho en SJPI *La Almunia de Doña Codina* 25-XI-1992 «Panama Jack» y en SSAP *Navarra* 4-V-1998 «Avena Kinesia/Avena Krammer», *Barcelona* 31-VIII-1998 «carátulas de discos compactos»); es de todo punto inadmisibles que estos informes versen sobre la existencia de riesgo de confusión: es ésta una calificación jurídica, condicionada por multitud de factores (algunos de ellos estrictamente jurídicos) que compete al Juez, y no un hecho cuyo conocimiento o apreciación requiera conocimientos científicos, técnicos o artísticos.

d Inexistencia de un principio de especialidad

(22) En la valoración del riesgo de confusión es obligado, finalmente, superar el principio de especialidad propio del sistema de marcas: el ilícito de deslealtad no está constreñido por la identidad o similitud de las actividades, prestaciones o establecimientos cuyos medios de identificación se emplean. Este presupuesto tiene, fundamentalmente, valor sistemático; en la práctica, sólo en pocas ocasiones habrá un riesgo de confusión donde exista una elevada lejanía entre las actividades, prestaciones o establecimientos a que se aplican los signos confrontados, pues ello depende, como se ha explicado, de que dichos signos sean conocidos por los correspondientes segmentos de consumidores. Esta posibilidad será tanto mayor cuanto más intensa sea la notoriedad y la difusión del signo con respecto al que se plantea la cuestión. Pero al lado de la notoriedad han de concurrir otras circunstancias: el consumidor que contempla un signo idéntico al notorio

unido a productos o en relación con servicios, actividades o establecimientos no similares debe creer que el titular ha diversificado su actividad económica. Esto, a su vez, presupone la existencia de una tendencia expansiva en el sector en el que se haya desarrollado el signo notorio a otros mercados y la capacidad financiera y organizativa que permita tal ampliación. De otra forma, será necesario que el empleo del signo distintivo lleve a los consumidores a entender que su titular patrocina su uso en relación con la actividad, prestaciones o establecimiento en cuestión por virtud de una licencia, lo que, por su parte, presupone que el signo ajeno apropiado tiene la aptitud estructural y el valor de evocación necesarios para ser objeto de una explotación autónoma por vía del *merchandising* (cfr. C. FERNÁNDEZ NOVOA, *Derecho de marcas* , pág. 262-263).

5 GRUPOS DE CASOS

(23) Como se ha avanzado anteriormente, el enjuiciamiento como confusión desleal está reservado a aquellos actos de utilización indebida de signos distintivos que no quedan comprendidos en el ámbito de la protección jurídica que proporciona el sistema de marcas, bien porque se trata de signos atípicos o de signos que por su estructura no pueden acceder al sistema de marcas o bien porque se trata de signos que aun pudiendo acceder han permanecido por cualquier razón fuera del mismo, así como también a aquellos actos de utilización de signos distintivos protegidos mediante derechos de exclusiva en cuanto la tutela que éstos procuran es, como consecuencia de los principios que informan el sistema de marcas, parcial, y por ello insuficiente para asegurar las condiciones estructurales exigidas por un mercado eficiente y, en particular, su transparencia.

a La protección jurídica de las marcas no inscritas y de las marcas renombradas

(24) El sistema de marcas, como sistema jurídico-privado de protección de los signos distintivos, hizo su entrada en el Derecho español fundamentalmente con el Real Decreto de 20 de noviembre de 1850, que reguló la concesión del certificado de marca para las marcas de fábrica, la Real Orden de 29 de septiembre de 1880, que extendió la posibilidad de conceder certificados de marca también a las marcas de comercio, y el Real Decreto de 1 de septiembre de 1888, que reformó el procedimiento de concesión de marcas de fábrica y comercio. Este primer sistema fue sustituido por la Ley de Propiedad Industrial de 1902, que reguló la protección jurídica de las marcas y los nombres comerciales en los Capítulos II y III de su Título II, condicionada a la inscripción en el Registro de la Propiedad Industrial (art. 30 LPInd); Esta regulación, a su vez, fue sustituida por el Estatuto sobre Propiedad Industrial, que estableció un sistema de protección jurídica para marcas, rótulos y nombres comerciales, al que se permitió que accedieran, en medida desigual, tanto los signos registrados como los no registrados (una breve exposición de los primeros sistemas de protección jurídica de las marcas se halla en H. BAYLOS, *Tratado de Derecho industrial* , Civitas, Madrid, 1978, pág. 203-205). Actualmente, el régimen jurídico de las marcas se encuentra contenido en la Ley de Marcas, completada por el Reglamento de la Ley de Marcas. A la regulación interna se suma la comunitaria europea, contenida en la Directiva de Marcas, pendiente de incorporación a nuestro ordenamiento interno aunque en su propuesta se inspiró la Ley de Marcas considerablemente y en el Reglamento sobre la Marca Comunitaria [v. C. FERNÁNDEZ NOVOA, *Sistema comunitario de marcas* , Montecorvo, Madrid, 1995, o A. CASADO Y M. L. LLOBREGAT (coord.), *Comentarios a los Reglamentos sobre la Marca Comunitaria* , Universidad de Alicante, Alicante, 1996], así como la internacional, establecida principalmente en el Convenio de la Unión de París, el Arreglo de Madrid (v. M. BOTANA, *La protección de las marcas internacionales* , M. Pons, Madrid, 1994, pág. 15-142, o J. MASSAGUER, «Las marcas internacionales», *RGD* , núm. 570, 1992, pág. 1587 ss., *passim*), el Protocolo al Arreglo de Madrid (v. M. BOTANA, ob. últ. cit., pág. 154-187), el Arreglo de Niza (v. M. BOTANA, ob. últ. cit., pág. 189-208), el Acuerdo

sobre Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio [v. J. MASSAGUER y M. MONTEAGUDO, en J. L. IGLESIAS (dir.), *Los derechos de propiedad intelectual en la Organización Mundial del Comercio - El Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio*, IDEI, Madrid, 1997, t. I, pág. 153 ss.] y el Tratado de Derecho de Marcas.

(25) La relación entre el sistema de marcas y el Derecho contra la competencia desleal se encuentra decisivamente determinada por los límites marcados a la protección jurídica de las marcas por el principio de registro y por el principio de especialidad. El principio de registro limita la posibilidad de oponer una marca a la solicitud de registro de otra que tiene por objeto un signo idéntico o similar a los casos en que aquélla ya ha sido registrada o, cuando menos, ya ha sido solicitado su registro [arts. 3.1 y 12.1 a) LM]; también por virtud de este principio, el derecho de marca está reservado únicamente a los signos que con este carácter están inscritos en el Registro de Marcas de la OEPM (*cf.* arts. 3.1, 30 y 31 LM). La inscripción tiene, en suma, una eficacia constitutiva para el derecho de marca. La reforma del sistema de marcas de 1988 ha abandonado, con carácter general, la configuración mixta del modelo de atribución de protección jurídica o derecho de marca: registro y uso (art. 14 EPI). De su parte, el principio de especialidad (*cf.* arts. 1, 12.1 y 31.1 LM) limita *prima facie* la posibilidad de oponer una marca (ya registrada o solicitada) al registro de otra que tiene por objeto un signo idéntico o similar a los casos en que ésta se solicite para productos o servicios idénticos o semejantes [art. 12.1 a) LM] y, en segundo lugar, constriñe la posibilidad de ejercitar la acción por violación de marca a combatir el uso de un signo idéntico o similar para distinguir productos o servicios idénticos o semejantes (art. 31.1 LM).

(26) Como consecuencia de estos dos principios, la protección jurídica de la marca no inscrita, en particular de la marca notoria, y de la marca renombrada queda en buena medida confiado al Derecho contra la competencia desleal, fundamentalmente a través de la represión de los actos de confusión, aunque no sólo. Con todo, la aplicación de los mecanismos de protección contra la competencia desleal para reprimir la confusión originada por el uso de signos susceptibles de recibir protección mediante el sistema de marcas no provoca una fractura en el modelo de relación de ambas disciplinas. Mientras que la protección jurídica de las marcas está gobernada por los principios de registro y de especialidad, la protección frente a la confusión desleal arranca de las constricciones materiales que estos principios imponen al sistema de marcas.

(27) De conformidad con el principio de registro, los conflictos entre signos inscritos y no inscritos habrán de resolverse, como regla general y según el sistema establecido en la legislación de marcas, a favor del signo registrado, excepción hecha de los casos en que el signo meramente usado sea una marca notoriamente conocida y, por ello, goce de la protección específicamente conferida en este caso [art. 3.2 LM, art. 6bis CUP, y art. 4.2. d) DM], cuestiones consideradas más adelante [v. **(30)** y **(34)**], y de aquellos otros supuestos en que el usuario se vea afectado por un registro posterior en fraude de sus derechos o con violación de una obligación legal o contractual (arts. 3.3 y 14 LM), también considerados más adelante [v. **(35)** a **(43)**]. Ello no obstante, nada impide el recurso a la protección contra la competencia desleal si surge el riesgo de confusión entre signos distintivos no inscritos que no alcanzan el estatus de marcas notorias.

(28) De otro lado, la represión de la confusión desleal permite superar el principio de especialidad para aquellos signos que gocen de un especial renombre; ello tampoco comporta una quiebra de la coherencia sistemática entre el Derecho de marcas y el Derecho contra la competencia desleal. Si bien nuestra legislación de marcas mantiene sin excepción, aun para el titular de una marca renombrada, la vigencia de la regla de la especialidad para la determinación de la extensión objetiva del *ius prohibendi* (art. 31 LM), impidiendo por tanto su tutela frente a los actos de confusión de quienes utilizan

signos idénticos o similares en conexión con productos no semejantes, ello no impide el recurso a la acción de competencia desleal si, como sucede, la protección de ese interés ha sido directamente acogida en este ámbito.

(29) Así las cosas, la legislación contra la competencia desleal permite combatir ciertos actos de confusión consistentes en la utilización de una marca u otro signo distintivo usado pero no inscrito, en beneficio de su titular y de la colectividad. Ello no desvirtúa la preferencia sistemática concedida por el legislador a la inscripción registral. El sistema de marcas ofrece las ventajas necesarias y suficientes para asegurar el predominio de las inscripciones registrales sobre el mero uso como mecanismo que procura la más intensa protección jurídica y, al tiempo, que proporciona la transparencia imprescindible en el mercado. Por su parte, no toda intensidad de uso posibilita acceder a la tutela frente a la confusión desleal; sólo los casos de intensa difusión y reconocimiento en el mercado, reputación, similitud rigurosa y efectivo riesgo de confusión merecen dicha protección. La acción de competencia desleal se reserva, por tanto, a los supuestos dotados de cierta relevancia. La recíproca complementariedad que preside las relaciones entre el Derecho de marcas y contra la competencia desleal permite que ciertos supuestos no susceptibles de obtener protección en el seno del sistema de marcas —v. gr. : supuestos de confusión más allá de la regla de la especialidad—, sí puedan obtenerla a través de la acción de competencia desleal por constituir actos de confusión —en especial, la utilización de marcas renombradas para productos o servicios no idénticos ni similares, siempre que se den las circunstancias generales determinantes de la confusión ya indicadas [v. **(15)** a **(22)**]—. No se propugna, por lo tanto, una aplicación indiscriminada de la normativa contra la competencia desleal en este contexto; esta posibilidad se reserva únicamente a supuestos excepcionales, en los que la falta de respuesta en el Derecho de marcas resultaría en una lesión de intereses dignos de tutela jurídica por la legislación contra la competencia desleal.

b (sigue) La protección de la marca no inscrita

(30) La marca no inscrita, sin embargo, no está desamparada del todo por el ordenamiento; en efecto, por orden de intensidad en la protección, la marca no inscrita puede gozar, en su caso, de la protección que el sistema de marcas confiere a las marcas notorias [art. 3.2 LM, art. 6bis CUP y art. 4.2. d) DM], pero también a las marcas de agente (art. 14 LM, art. 6septies CUP) y a las marcas solicitadas con fraude de los derechos de un tercero o con violación de una obligación legal o contractual (art. 3.3 LM). La protección de la marca no inscrita a través del sistema de marcas en estos supuestos no es completa, sea como consecuencia de su limitación por el principio de la especialidad: sólo opera contra la solicitud, registro o incluso uso de la marca en relación con productos o servicios idénticos o similares, sea como consecuencia de la limitación de los remedios que se ponen a disposición del titular de la marca no inscrita.

i La marca notoria.

(31) La marca notoria es una marca usada pero no inscrita que se distingue y caracteriza por un notable grado de reconocimiento en el mercado; en particular, la marca notoria es la marca no registrada que, como consecuencia del uso que de ella se hace en territorio español en el extranjero, resulta notoriamente conocida en España, en todo el mercado español (v. SSAP 31-I-1996 *Barcelona* «Polo/Polo Sur», *Valencia* 10-VII-1997 «R. & A Bailey & Co. Ltd. c. Carmelitano, S. A.», *Granada* 3-II-1998 «Talleres Arias», *Valencia* 12-III-1998 «naipes») por los sectores interesados, esto es, por la gran mayoría de los competidores y consumidores naturales del producto o servicio en cuestión (v. STS 8-III-1991 «Micropo International Co.»; y SSAP *Barcelona* 10-X-1994 «Wordstar/Wordstart y Bolstart», *Baleares* 9-VI-1994 «Can Elías/Pianos Ca N'Elías»). Como es obvio, este concepto de marca notoria es un concepto estricto, ajustado al

supuesto particular de marca no inscrita que, no obstante su alejamiento del registro, merece una excepcional tutela en los sistemas de marcas de carácter registral [*cf.* art. 6bis CUP, art. 3.2 LM, art. 4.2. d) DM], que nada dice acerca de la consideración que deba merecer el grado de implantación y reconocimiento de una marca registrada (la notoriedad de la marca registrada) en la determinación del alcance de su protección frente a solicitudes de registros o registros de marcas incompatibles o frente a la utilización de signos incompatibles.

(32) Frente a la solicitud de registro y frente al registro de una marca idéntica o similar susceptible de ocasionar confusión, el titular de la marca notoria dispone, no obstante el silencio de la Ley de Marcas, de una acción para oponerse a la concesión del registro de la marca de signo idéntico o similar solicitada para productos o servicios idénticos o similares a aquellos para los que efectivamente es usada [arg. *ex* art. 6bis 1) CUP], incluido el usuario de nacionalidad española (art. 10.3 LM); del mismo modo, la OEPM ha de denegar de oficio la concesión de estas marcas [arg. *ex* art. 6bis 1) CUP], incluso cuando su usuario sea de nacionalidad española (art. 10.3 LM) (ya M. AREÁN, en *La protección de la marca por los Tribunales de Justicia*, pág. 270-271, o J. MASSAGUER, *Aranzadi Civil*, núm. 23, 1994, pág. 18).

(33) El titular de la marca notoria dispone asimismo de acción para pedir la anulación de la marca ya registrada que tiene por objeto un signo idéntico o similar para productos idénticos o similares que pueda crear confusión con la suya (art. 3.2 LM). Al ejercicio de la acción de anulabilidad ha de acompañar la presentación de la solicitud de registro de la marca propia. La acción de anulabilidad habrá de presentarse en el plazo de cinco años desde la fecha de publicación de la concesión de la marca impugnada en el BOPI; este plazo debe estimarse de prescripción, y no de caducidad (v. *SAP Barcelona* 10-X-1994 «Wordstar/Wordstart y Bolstart»). No obstante, si la marca impugnada hubiere sido solicitada de mala fe, la acción de anulabilidad reconocida al titular de una marca notoria es imprescriptible; en relación con la obtención de una marca notoria de mala fe puede aprovecharse la jurisprudencia sobre el artículo 14 del Estatuto sobre Propiedad Industrial (*cf.* STS 21-XII-1988 «Baildonit/Baildonit», y SSAP *Barcelona* 14-II-1992 «Agencia de publicidad japonesa D.I.», *Baleares* 9-IV-1994 «Can Elías/Pianos Ca N'Elías»), y en este sentido estimarse que mala fe equivale al pleno conocimiento, en el momento de la solicitud, del uso previo realizado por un tercero como consecuencia de los vínculos de colaboración o negociales que mediaron entre las partes antes de la presentación de la solicitud. De otro lado, presentada la acción de nulidad y, paralelamente, la solicitud de registro, el titular/usuario de la marca notoria dispone, además, de la acción de indemnización de daños y perjuicios otorgada a los titulares de una solicitud de marca (art. 34.1 LM).

(34) Finalmente, la tutela de la marca notoria comporta, en una recta lectura de nuestro entero sistema de marcas, el reconocimiento de un derecho subjetivo, de un *ius prohibendi*, en relación con la utilización de la marca por terceros no autorizados para productos o servicios similares cuando exista riesgo de confusión. En estos casos, en efecto y como consecuencia del carácter autoejecutivo del artículo 6bis 1) del Convenio de la Unión de París (que ciertamente no ha quedado modificado por el hecho de que se haya introducido una regulación en materia de competencia desleal), el usuario de la marca notoria dispone de una acción de cesación: para «prohibir el uso» de la misma (ya, M. AREÁN, en *La protección de la marca por los Tribunales de Justicia*, pág. 270-271, J. MASSAGUER, *Aranzadi Civil*, núm. 23, 1994, pág. 18, M. MONTEAGUDO, *La protección de la marca renombrada*, pág. 212, o F. VICENT, *CJPI*, núm. 13, 1994, pág. 36-37). Ésta es una acción por violación de marca en sentido propio que, ante la ausencia de norma interna especial sobre el particular y dado el carácter autoejecutivo del precepto unionista, se funda directamente en el Convenio de la Unión de París; por tanto, a su tramitación deberán aplicarse las disposiciones generales sobre jurisdicción

y normas procesales (art. 40 LM). De lo anterior no resulta, sin embargo, que el usuario de una marca notoriamente conocida tenga vedada la posibilidad de acudir a la acción de competencia desleal: la utilización por parte de un tercero de la marca notoria constituye un acto de confusión; pero esta posibilidad sólo es de interés en los supuestos extravagantes a la protección que presta el artículo 6bis 1) del Convenio de la Unión de París, en especial en los supuestos de utilización de la marca notoria para productos o servicios que no son idénticos o similares, o bien para recurrir al catálogo de acciones por competencia desleal en lo que excede de los remedios (parciales) previstos en los artículos 3.2 LM Y 6bis CUPo. En efecto, en este último sentido la tutela de la marca notoria en el sistema de marcas es ciertamente fragmentaria, como corresponde probablemente a las exigencias registrales. Ninguna violencia se sigue, sin embargo, del recurso complementario a las acciones por competencia desleal para amparar intereses específicamente acogidos en sus normas y sobre los que el sistema de marcas guarda silencio; de esta suerte, y en particular, debe admitirse que el titular de la marca notoria recurra a la acción de competencia desleal para hacer valer pretensiones de resarcimiento de daños y perjuicios y de enriquecimiento injusto porque el interés al que responden no ha sido contemplado (pero tampoco excluido) por el sistema de marcas (en esta línea, SAP *Baleares* 9-VI-1994 «Can Elías/Pianos Ca N'Elías»).

ii La marca de agente.

(35) La marca de agente es la marca previamente protegida en uno de los países de la Unión de París que es solicitada y, en su caso, obtenida en España por el agente o representante del titular de la marca sin su consentimiento (art. 14 LM). Los presupuestos para que sea de aplicación lo dispuesto sobre este particular son, en esencia, el previo registro de una marca en un país unionista (o en un miembro del Acuerdo sobre Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio) o bien el cumplimiento de todos los requisitos allí exigidos para su protección y la solicitud en España de una marca idéntica o similar por una persona que tenga la condición de agente o representante del titular de la marca extranjera; no se exige, en cambio, la notoriedad de la marca en España, ni puede excluirse de esta protección a los nacionales españoles que tengan protegida la marca en el extranjero y no en el territorio nacional.

(36) A estos efectos se tiene por agente a toda persona que independientemente y en nombre propio o en nombre ajeno se dedique a la distribución de los productos o servicios de un tercero en el mercado. Debe comprenderse en esta noción de agente, por ello, tanto al agente comercial en sentido propio, como al concesionario o distribuidor exclusivo, al distribuidor seleccionado, al distribuidor no exclusivo ni seleccionado, al franquiciado... pero también al licenciataria de una patente, *know-how* u otra modalidad de propiedad industrial o intelectual. De su lado, la noción representante comprende a todos los auxiliares dependientes y al comisionista (*cf.* arts. 244 ss. y 281 ss. CCom.).

(37) El registro de la marca de agente considerado en este contexto es tanto el solicitado una vez establecida la relación de agencia o representación, se haya pactado o no de forma expresa la obligación de ceder la marca tras su terminación, como el solicitado antes de celebrar el contrato correspondiente, esto es, durante los tratos preliminares, o incluso una vez finalizado.

(38) La protección frente a la marca de agente figura entre las prohibiciones de registro, pero su contenido material es considerablemente más amplio. En efecto, el titular de la marca que solicita el agente o representante tiene la facultad de oponerse al registro y, en su caso, de impugnar su concesión en vía administrativa, pero igualmente dispone de una acción de nulidad relativa, que puede ejercitar en el plazo de cinco años desde

la publicación de la concesión en el *Boletín Oficial de la Propiedad Industrial* o sin límite de plazo en el caso de que se hubiere solicitado de mala fe, y de una acción reivindicatoria, que puede ejercitar durante la tramitación del expediente y en los cinco años siguientes a la publicación de la concesión en el *Boletín Oficial de la Propiedad Industrial*. Sin embargo, la legislación de marcas no confiere en este caso un *ius prohibendi* y consecuentemente tampoco acciones de cesación, remoción, indemnización de daños y perjuicios o enriquecimiento injusto. La complementariedad existente entre el Derecho de marcas y el Derecho contra la competencia desleal permite enjuiciar la utilización de la marca por el agente como acto de confusión (siempre que los productos o servicios ofrecidos por el agente bajo la marca en cuestión no sean productos originales) y, en su caso, ejercitar las acciones indicadas en último lugar al amparo de esta segunda normativa.

iii La marca registrada con fraude de los derechos de un tercero o con violación de una obligación.

(39) Sin necesidad de notoriedad ganada con el uso ni de previo registro en otro de los países de la Unión, el sistema de marcas protege además la posición jurídica de la persona que resulta perjudicada por la solicitud y, en su caso, registro de una marca por tercero con fraude de sus derechos o con violación de una obligación legal o contractual (art. 3.3 LM). El supuesto considerado es del todo ajeno a la protección de la marca notoria, como se sigue con facilidad de la construcción que tradicionalmente ha recibido la figura de la marca notoria en el Convenio de la Unión de París y en el Derecho comparado, así como de las previsiones de la Directiva de Marcas o de la sistemática del propio artículo 3.3 de la Ley de Marcas (para un desarrollo de estos argumentos, *cf.* M. MONTEAGUDO, *Aranzadi Civil*, 1995, III, pág. 99 ss.). En este caso se resuelve el conflicto entre el derecho sobre el signo perteneciente a un sujeto que ha accedido al registro de marcas y el derecho de un tercero cuya posición y mejor derecho tienen un fundamento extrarregistral. Como en el caso de la marca notoria, la protección del tercero también se construye sobre criterios de justicia material (fraude de los derechos del tercero o infracción de obligaciones contractuales o legales), en principio extraños a un sistema de marcas fundamentalmente regido por criterios y reglas formales. En particular, dos son los tipos de situaciones que encuentran amparo en este supuesto: en primer término, aquellas en las que la solicitud o el registro de la marca por un sujeto depare el aprovechamiento injustificado de la posición concurrencial lograda por otro o la obstaculización de su aprovechamiento, sin que haya mediado relación alguna entre las partes, que son supuestos encuadrables a estos efectos como fraude de los derechos de un tercero [*cf.* algunos de los supuestos del artículo 4.4 de la Directiva de Marcas]; en segundo, aquellas donde la solicitud o, en su caso, el registro sea obtenido en detrimento del mejor derecho de otra persona, a tenor de la vinculación preexistente entre el solicitante y el tercero, que son supuestos encuadrables a estos efectos como violación de una obligación legal o contractual, pero también como fraude de los derechos de un tercero (ampliamente, M. MONTEAGUDO, *Aranzadi Civil*, 1995, III, pág. 99 ss.).

(40) El fraude de los derechos de tercero incorpora al sistema de marcas valoraciones que son propias del sistema de represión de la competencia desleal y que, al mismo tiempo, han de aplicarse en armonía con los principios característicos del sistema de marcas, al menos en la medida en que, como antes se apuntó, la primacía de estos últimos no perjudique exigencias de justicia material y, particularmente en este caso, la protección de una competencia no falseada. En consecuencia, los derechos de tercero protegidos ante la defraudación que representa la solicitud u obtención de un registro de marca no pueden tener su base ni en la mera utilización prioritaria del signo o en el simple conocimiento del signo por el tercero que intenta su registro, por ser ello incompatible con el principio de registro (no obstante, SAP Cáceres 3-XI-1993 «Miss-

Sur»), ni en la notoriedad alcanzada en el tráfico por efecto de su utilización, por ser éste el supuesto de marca notoria. Es preciso que, además del conocimiento de la marca ajena, concurren circunstancias especiales que revelen la deslealtad de la solicitud y, en su caso, registro del signo, particularmente que revelen el aprovechamiento del esfuerzo de un tercero (en particular, la eventual expoliación de una ventaja concurrencial ya obtenida, siquiera sea limitadamente, o del potencial concurrencial del signo, ya cierto aunque todavía no necesariamente afirmado), o bien la obstaculización del normal desenvolvimiento de su actividad. A estos efectos, deberá volararse, especialmente, la utilización de la marca en cuestión en otros países, su implantación en el mercado de origen, la existencia de posibilidades razonables de que su titular extienda el ámbito geográfico de su actividad al territorio nacional, el riesgo de confusión de los consumidores que puedan atribuir el signo a una persona distinta de quien resulte su titular registral y, sobre todo, la inexistencia de toda otra justificación para la elección del signo y registro de la marca que el disfrute de su valor competitivo (en esta línea, SAP *Zaragoza* 18-V-1998 «pompas fúnebres»).

(41) La solicitud o, en su caso, el registro de la marca en fraude de los intereses de tercero o con violación de una obligación legal o contractual también es factible, y probablemente también más evidente, en supuestos en los que haya existido o exista una vinculación entre las partes en conflicto (v. B. PELLISÉ, en *Nuevos desarrollos en propiedad industrial*, pág. 26-27). Caben aquí supuestos de vinculación contractual entre las partes, entre otros, mediante contratos de distribución, contratos de trabajo o contratos de transmisión de establecimiento mercantil; así como también vinculaciones societarias u orgánicas, como la que media entre los socios y la sociedad, o la existente entre la sociedad y sus administradores (en extenso, M. MONTEAGUDO, *Aranzadi Civil*, 1995, núm. 21, pág. 24 ss.).

(42) Especial atención merecen aquellos supuestos en los que la solicitud o, en su caso, registro ha sido realizado por una parte en detrimento del mejor derecho de otra, a tenor de la vinculación preexistente entre productor y distribuidor. La situación descrita presenta una indudable semejanza con la característica de la marca de agente (conexión igualmente destacada por C. FERNÁNDEZ NOVOA, *Derecho de marcas*, pág. 40). Ahora bien, como se indicó, la protección de la marca de agente exige el cumplimiento de ciertos requisitos: que el titular de la marca nacional tenga la condición de agente o representante de un tercero, que este tercero sea titular de la marca en cuestión en otro país de la Unión de París (o de un firmante del Acuerdo sobre Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio), que el agente o representante registre a su nombre el signo sin el consentimiento del «principal». Así las cosas, la protección frente a la marca de agente deja al descubierto una constelación de supuestos en los que la conducta del agente o representante resulta igualmente lesiva para los intereses del «principal», como son, principalmente, la solicitud o el registro de la marca por el distribuidor cuando el fabricante no goza de un registro prioritario ni en España ni en otro país de la Unión de París o de la Organización Mundial del Comercio y, de otro lado, la solicitud o el registro de la marca efectuado por un distribuidor con autorización del fabricante que se utiliza para diferenciar productos o servicios de procedencia empresarial diversa o que, una vez terminada la relación contractual, es utilizada para impedir que el fabricante o suministrador de los productos o servicios pueda comercializarlos bajo su marca. Será igualmente relevante el registro efectuado por persona no integrada en la red de distribución pero también relacionada convencionalmente con el fabricante (que carece de un registro en España o en otro país de la Unión de París o de la Organización Mundial del Comercio) en atención a las adquisiciones regulares de los productos o servicios que portan la marca en cuestión, pero siempre fuera del marco de un contrato de suministro o distribución.

(43) En todos estos casos, la protección concedida al perjudicado por la legislación de marcas sólo consiste en la posibilidad de reivindicar la solicitud de marca, en cualquier momento durante la tramitación del expediente iniciado por el tercero, o bien la marca registrada, en los cinco años siguientes a la publicación de su concesión en el *Boletín Oficial de la Propiedad Industrial*. No existe, en cambio, ni la posibilidad de oponerse al registro de tales marcas y, posteriormente, impugnar su concesión en vía administrativa o pedir su nulidad, ni la posibilidad de oponerse a su utilización. El problema planteado puede, sin embargo, solventarse sin excesiva dificultad. Cuando las situaciones anteriormente descritas constituyan actos de competencia desleal (principalmente, aprovechamiento del as fuerzo ajeno, obstaculización [v. **Art. 5 (23) a (27)**] y, por lo que ahora importa, confusión), no habrá inconveniente alguno en acudir a la acción de competencia desleal con el propósito de impedir la concesión de la marca solicitada, su utilización en el tráfico, la remoción de efectos, resarcimiento de daños y perjuicios y atribución del enriquecimiento injusto.

iv La marca meramente usada.

(44) Como antes se advirtió, las marcas no registradas que no hayan alcanzado la condición de marca notoria, en particular porque no gocen del grado de implantación en todo el mercado nacional requerido para ello, pueden igualmente encontrar en la represión de la competencia desleal un mecanismo de protección en los casos en los que la utilización de un signo idéntico o similar pueda inducir a confusión (v. SSAP *Barcelona* 27-I-1995 «U.A.P», *Pontevedra* 21-XI-1995 «Israel/Ángel-Israel»), incluyendo en este grupo de casos aquel en el que la persona que utiliza el signo posterior (confundible con el anterior meramente usado) invoca un registro cuando el signo realmente usado difiera substancialmente del registrado (v. SAP *Barcelona* 29-XII-1995 «Pepe/Pepe Pardo»). De tal forma, tal vez convenga reiterarlo, no se pretende ni una aplicación indiscriminada de la Ley de Competencia Desleal a todo signo distintivo no inscrito, ni la creación de un original sistema para el nacimiento de la protección de las marcas sustentado en el mero uso: aunque vinculados por orientaciones político-legislativas comunes en algunos aspectos, entre los que se cuenta precisamente la represión de la confusión en el tráfico, la legislación contra la competencia desleal y la protección jurídica de las marcas responden a principios diferentes, que son los que justamente posibilitan su aplicación complementaria, sin daño alguno para la coherencia global del ordenamiento, por cuanto la superación de la separación entre un sistema y otro se debe a la protección efectiva de los valores que les son comunes —protección del consumidor y de la transparencia en el mercado—, que difícilmente deben ceder ante los argumentos ajenos a tales valores comunes, como puede ser, v. *gr.*, que los titulares de marcas registradas hayan satisfecho tasas y los titulares de signos usados pero no registrados no lo hayan hecho. Por lo demás, y en lo concerniente a los conflictos entre signos distintivos registrados y no registrados, no es superfluo insistir en que las reglas para su solución son las fijadas por la legislación de marcas [v. **(27)**]. Se convendrá, pues, en que la coherencia global de nuestro sistema exige la observancia de aquellas reglas, también desde la óptica de la normativa contra la competencia desleal y por más que la misma no atiende (porque no le corresponde) a la distinción entre posiciones registrales y extrarregistrales.

(45) Para resolver por esta vía los conflictos que se presenten con signos posteriores igualmente no registrados será preciso, en todo caso, tener presentes, algunas reglas, unas relativas a las condiciones que deben concurrir en la marca no inscrita para que merezca ser protegida frente a otro signo distintivo no registrado a través de la acción de competencia desleal sobre la base de la existencia de un riesgo de confusión y otras relativas al alcance de esta protección. Bajo el primer aspecto, la marca no inscrita ha de haber sido utilizada con anterioridad al signo distintivo con el que se confronte y ha de haberlo sido precisamente en el ámbito material (formado por los productos o

servicios para los que se utilizó) y territorial (formado por el mercado geográfico donde se usó) en el que surge el conflicto; ha de tener por objeto un signo que reúna unas condiciones estructurales próximas a las exigidas para la protección de los signos distintivos a través del sistema de marcas, lo que significa, desde una perspectiva inversa, que no pueden acceder a la protección que frente a la confusión desleal los signos que obstaculizan la actividad de los competidores, como son los compuestos por elementos que incurran en las prohibiciones absolutas de registro (art. 11 LM) y especialmente los que consisten en indicaciones genéricas, de uso común o descriptivas, salvo que hayan ganado fuerza distintiva como consecuencia del uso realizado en relación con los productos o servicios y en el mercado geográfico en cuestión, y, en fin, han de haber alcanzado un grado de implantación y reconocimiento mínimo en dicho mercado objetivo y territorial. Bajo el segundo aspecto, la protección de la marca no inscrita ante la confusión habrá de ceñirse al ámbito en que el uso de signos idénticos o similares pueda generar tal efecto, que no es otro que el ámbito objetivo y territorial en que se ganó la implantación y reconocimiento que, como dato de hecho previo, posibilita la existencia de un riesgo de confusión. Por lo tanto, la tutela de las marcas no inscritas mediante la acción de competencia desleal frente a la confusión no impide a los terceros cualquier utilización del signo distintivo en cuestión, sino sólo en el ámbito objetivo y territorial en que surge el conflicto. Ciertamente, esta solución genera una incertidumbre que no casa bien con la seguridad jurídica que debe presidir la identificación de los agentes económicos en el tráfico. No obstante, las restricciones espaciales son fácilmente asumibles para signos empleados para diferenciar productos o, sobre todo, servicios de distribución meramente local. Sin embargo, incluso en estos casos, se han de valorar adecuadamente las posibilidades de expansión futura a otros territorios; la sola consideración de la actual implantación espacial comporta una visión estática de los procesos competitivos que es difícilmente compatible con la tendencia expansiva de la actividad económica.

c (sigue) La protección de la marca renombrada

(46) La marca renombrada no es, en nuestro sistema, una de las clases de marca nominalmente consideradas y reguladas por la Ley de Marcas, sino una creación de la doctrina científica. Con todo, la marca renombrada no es una categoría absolutamente ajena a nuestro sistema positivo de marcas [art. 4.3 y 4. a) y art. 5.2 DM: marca que «goce de renombre»]. En particular, marca renombrada es aquella que, además de indicar la procedencia empresarial de las prestaciones a las que se aplica, atesora una imagen atractiva, que caracteriza y «personaliza» al correspondiente producto o servicio respecto a productos o servicios análogos de los competidores. La creación de esta imagen no es en modo alguno casual; es el fruto de cuidadas estrategias de *marketing* e importantes esfuerzos e inversiones. Cuando estas estrategias, esfuerzos e inversiones tienen éxito, el empresario habrá obtenido una marca dotada de un carácter simbólico autónomo, relativamente alejado de las propias virtudes del producto o servicio al que se aplicó originariamente (sobre la función publicitaria de la marca, M. AREÁN, *El cambio de forma de la marca*, Instituto de Derecho Industrial, Santiago de Compostela, 1985, pág. 16-38, e *ibi* ulteriores referencias). Para determinar si una marca ha alcanzado la condición de marca renombrada, cuentan tanto su penetración e implantación en el mercado y la imagen que los consumidores tienen formada de los productos o servicios diferenciados por ella, como la afirmación de la singularidad de la estructura de la marca. De ahí que sea poco probable que puedan constituir marcas renombradas las que tienen por objeto signos poco diferenciados, que concurren con otros de diseño próximo, signos banales, signos con los que habitualmente se designan otros productos o servicios o que expresan sentimientos, procedimientos, cualidades... o, en general, signos que tienen matices descriptivos (para una caracterización más detallada de la marca renombrada, v. C. FERNÁNDEZ-NOVOA, *Fundamentos de Derecho de marcas*, pág. 305-309, o M. MONTEAGUDO, *La protección de la marca renombrada*, pág. 37-49).

i El fundamento y alcance de la protección reforzada de las marcas renombradas.

(47) En torno a la marca renombrada se construye un régimen de protección reforzada para poner remedio a las situaciones no equitativas a que conduce el principio de especialidad en relación con el acceso al registro y con la explotación de signos idénticos o semejantes [arts. 1, 12.1. a) y 31.1 LM]. La necesidad de este régimen de protección reforzada se justifica por la capacidad que posee la marca renombrada para atraer a la demanda más allá de los productos o servicios para los que ha sido originariamente registrada: precisamente porque el signo condensa la reputación, ésta puede trasladarse a productos o servicios distintos mediante la simple aplicación de la marca a estos otros productos o servicios. Semejante aptitud acrecienta el ya extraordinario valor que la marca renombrada tiene para su titular. En efecto, la marca abre a su titular la posibilidad de explotar autónomamente el renombre, esto es, más allá de su conexión inicial con determinadas prestaciones, y ello por medio de diversos cauces. El titular de la marca renombrada está en condiciones de ampliar la gama de sus productos o servicios, presentándolos bajo la marca, o bien de autorizar a terceros la utilización de la marca para distinguir productos o servicios distintos de los originarios.

(48) A la vista de las importantes funciones que cumple la marca renombrada en el tráfico económico (con mayor detalle, M. MONTEAGUDO, *La protección de la marca renombrada*, pág. 49-70), el ordenamiento había de instaurar un sistema de protección desde la consideración de los múltiples intereses en presencia. En primer término, el interés de los consumidores reclama tutela frente a la utilización del signo renombrado para productos o servicios distintos que pudiese llevar a los consumidores a considerar la existencia de una fuente de procedencia unitaria (riesgo de confusión más allá de la regla de la especialidad). Por su parte, el interés del titular de la marca renombrada en explotar su aptitud para trasladar reputación y provocar representaciones positivas en relación con productos o servicios distintos de aquellos a los que originariamente se aplicó requiere que se evite, también en los casos en los que no sea de temer una confusión respecto al origen empresarial o profesional, que los terceros puedan apropiarse de este potencial comunicativo y de la implícita ventaja competitiva para presentar su oferta en el mercado y atraer así a la demanda (aprovechamiento de fama o reputación ajena). Salta a la vista que un sistema respetuoso con el principio de competencia por eficiencia ha de reprochar la deslealtad de estas prácticas. El mismo razonamiento puede realizarse para la expoliación de la capacidad ornamental de las marcas renombradas. Aun cuando en estos supuestos, la marca no es utilizada para designar el origen de la prestación, la atracción de la demanda se produce precisamente por la reproducción del signo o medio estimado. De nuevo, no sólo la competencia por eficiencia, sino también la ilegítima expropiación de las posibilidades de explotación que corresponden al titular expresan la necesidad de tutela. Consideración aparte merecen aquellos supuestos en los que la utilización ilegítima de la marca lesiona la propia valía del signo; se trata, fundamentalmente, de la utilización de la marca renombrada para prestaciones incompatibles respecto a aquellas sobre las que se edificó el *goodwill* o para productos de mala calidad y, en general, de cualquier clase de uso que pueda dar lugar a un perjuicio directo para la marca renombrada: ésta puede perder su carácter simbólico y afectar incluso a su aptitud cualificadora de la oferta originaria (actos lesivos del renombre). Por último, una tutela eficaz no ha de contemplar únicamente supuestos en los que pueda acreditarse un riesgo presente sino que, además, debe contener una faceta preventiva: la utilización de la marca renombrada por una pluralidad de sujetos junto al titular originario puede determinar el propio agotamiento de la capacidad atractiva del signo, la pérdida de su posición única y exclusiva como referente de una sola procedencia empresarial, precisamente de aquella que ha cimentado su extraordinario reconocimiento; es necesario, por ello, proteger al signo, aun cuando la conducta singular del tercero no halle cabida en los supuestos ya mencionados, siempre

que sea previsible un peligro de debilitamiento de la fuerza distintiva y publicitaria del signo (riesgo de dilución).

ii La protección reforzada de la marca renombrada en la legislación.

(49) La Directiva de marcas se ha hecho eco de este conjunto de necesidades de protección, y al efecto ha articulado una protección que excede las fronteras del riesgo de confusión y de la regla de la especialidad, no sólo para las marcas de alto renombre, sino también para las marcas meramente renombradas [arts. 4.4. a) y 5.2 DM]. Así, los Estados miembros han quedado autorizados para denegar o anular el registro de aquellas marcas que pretendan obtener una ventaja desleal del carácter distintivo o del renombre de una marca renombrada anterior, o que pueda causar perjuicio a los mismos, y para incorporar al *ius prohibendi* concedido por la marca a su titular la facultad de impedir la utilización de la marca renombrada en estos mismos supuestos. En suma, junto a la faceta distintiva del signo se considera, tanto entre las prohibiciones relativas de registro como en el ámbito del *ius prohibendi* conferido al titular de la marca, la protección del renombre del signo frente a conductas confusorias, parasitarias y lesivas del carácter distintivo o de la reputación. De tal forma, la Directiva ha puesto las bases precisas para dar un auténtico vuelco a los esquemas tradicionales del Derecho de marcas. En particular, al lado de la función indicadora del origen empresarial de los productos o servicios, habrá que considerar también la protección del renombre condensado en el propio signo al margen de su dimensión instrumental como referente a un concreto origen empresarial. Pero no puede decirse que la Directiva haya forzado semejante cambio: el legislador nacional está habilitado para introducir una tutela de la marca renombrada tan amplia como la que se acaba de indicar, pero no está obligado a ello. Existen, sin embargo, dos factores que por motivos de oportunidad pueden dejar vacía de contenido práctico a esta libertad que confiere la Directiva de marcas y obligar a construir la protección reforzada de las marcas renombradas en el seno del sistema de marcas.

(50) En primer lugar, el Reglamento sobre la Marca Comunitaria no sólo ha fundado en la preexistencia de una marca nacional o comunitaria renombrada una prohibición de registro que opera más allá del principio de especialidad (v. art. 8.5 RMC, y C. FERNÁNDEZ NOVOA, *El sistema comunitario de marcas*, pág. 172-183), sino que también ha extendido el derecho de marca a los actos de explotación de las marcas renombradas que se sitúan más allá del riesgo de confusión en el marco del principio de especialidad [v. art. 9.1. c) RMC, y C. FERNÁNDEZ NOVOA, *El sistema comunitario de marcas*, pág. 204-209]. En este sentido, el Reglamento sobre la Marca Comunitaria ha acogido la protección prevista por la Directiva de Marcas para las marcas renombradas. En un estado de cosas en el que los sistemas nacionales de marcas entran en competencia con el sistema comunitario de marcas como mecanismos de protección jurídica, desde la perspectiva de los primeros no parece razonable ofrecer una tutela más débil ante la inexorable vigencia de los derechos conferidos por el segundo a las marcas comunitarias también en territorio nacional. Y en esta situación de desventaja se encontraría precisamente el sistema español de marcas si dejara de ofrecer a los titulares de marcas renombradas una protección equivalente a la que les proporciona el Reglamento sobre la Marca Comunitaria (haciendo uso en este sentido de la posibilidad abierta por la Directiva de Marcas).

(51) En segundo lugar, la necesidad imperiosa de reformar en este punto nuestro sistema de marcas viene de la mano del artículo 16.3 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio. Este precepto incorpora por primera vez la tutela de la marca renombrada en el marco de una regulación internacional. Aun cuando no se emplea esta denominación, no existen dudas de que la conexión con el titular de la marca más allá de la similitud de los

productos y servicios y la lesión del titular de la marca que de ello se deriva son circunstancias que sólo pueden producirse respecto de marcas renombradas. Especialmente digno de mención es el modo elegido para definir los actos ilícitos: toda (probable) lesión de los intereses del titular de la marca (renombrada) registrada producida como consecuencia de la conexión establecida entre los productos o servicios (ilegítimamente) distinguidos con ella y su titular. Esta falta de precisión no deja, sin embargo, de tener efectos positivos, toda vez que permite integrar todos los supuestos de protección previstos en la Directiva de Marcas. De su lado, el contenido de la protección se ha establecido a través de la extensión de lo previsto en el artículo 6bis del Convenio de la Unión de París. Aunque técnicamente la fórmula es francamente poco feliz, no puede dejar de reconocerse que resulta efectiva. Y ello, porque la tutela se extiende tanto a la fase de acceso al registro (obligación de denegar y posteriormente de cancelar el registro de las marcas incompatibles) como a la fase de utilización (obligación de prohibir el uso de las marcas incompatibles), y siempre a través de remedios marcarios, esto es, integrados en el sistema de marcas. El Acuerdo, como es sabido, establece una regulación de mínimos dirigida a los Estados y Organizaciones internacionales firmantes; pero no les obliga a adoptar las medidas necesarias para incorporarla a sus respectivos ordenamientos, sino tan sólo a dispensar a los nacionales de los demás miembros la protección mínima asegurada por el Acuerdo (art. 1.3 ADPIC). Así, como sucede en lo relativo a la protección de la marca renombrada, para aquellos casos en que los mínimos del Acuerdo no hayan sido recogidos en la legislación interna, la invocabilidad y autoejecutividad de las disposiciones sustantivas del Acuerdo sólo benefician en España a los nacionales de otros Miembros y no a los nacionales españoles en tanto no se amplíe el ámbito objetivo de lo dispuesto en el artículo 10.3 de la Ley de Marcas. Con todo, y a fin de evitar un trato de desfavor (que no discriminatorio) para los súbditos nacionales, parece conveniente modificar la Ley de Marcas, para lo que bastará asumir el texto de la Directiva [para un desarrollo de estos argumentos, *cfr.* J. MASSAGUER y M. MONTEAGUDO, en J. L. IGLESIAS (dir.), *Los derechos de propiedad intelectual en la Organización Mundial del Comercio - El Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio*, IDEI, Madrid, 1997, T. I, pág. 153 ss., pág. 153-155, 174-177].

(52) Ante la inactividad del legislador español, hoy por hoy no es posible fundar en el Derecho de marcas la protección de las marcas renombradas, más allá de la vigencia de la prohibición de registro relativa a los signos que comportan el aprovechamiento indebido de la reputación de otros [art. 13. d) LM] y de la necesaria consideración de la notoriedad y prestigio de la marca para la fijación de la indemnización de daños y perjuicios (art. 38.3 LM). En lo demás, la tutela de las marcas renombradas habrá de construirse sobre las disposiciones contra la competencia desleal (arts. 5, 6 y 12 LCD). Como es obvio, a continuación sólo se tratará de la posibilidad de acudir a la acción de competencia desleal en defensa de las marcas renombradas ante supuestos de confusión, dejando su tutela en los supuestos en que su uso, sin provocar riesgo de confusión, comporta un aprovechamiento o lesión de la reputación o de la especial fuerza distintiva de la marca renombrada para más adelante [v. **Art. 12 (27) a (35)**].

iii La protección de la marca renombrada ante los supuestos de confusión.

(53) La dimensión positiva del derecho sobre la marca se ciñe estrictamente al signo en la forma exacta en que figura registrado y para los productos o servicios que figuran en el registro (art. 30 LM). La dimensión negativa, en cambio, tiene un ámbito más amplio, tradicionalmente vinculado con el propio del riesgo de confusión (incluido el riesgo de asociación) sin abandonar empero la esfera del principio de especialidad (art. 31 LM). En este último extremo, la legislación en vigor se ha desviado notablemente respecto de la que en su día se proyectó (*cfr.* art. 32 del Proyecto de Ley de Marcas), precisamente en la medida en que en lugar de mencionar el riesgo de confusión sin

matizaciones como único criterio de ilicitud de la utilización no consentida de una marca, confía esta función a la semejanza entre los signos y la similitud entre los productos y servicios que pueda inducir a errores, concepto que integra y resume los de confusión y riesgo de asociación manejados en materia de prohibiciones de registro (C. FERNÁNDEZ NOVOA, *Derecho de marcas*, pág. 163-165).

(54) Conviene empezar advirtiendo que el riesgo de asociación introducido en nuestro ordenamiento por la Ley de Marcas carece de precedentes en nuestro Derecho positivo, en la doctrina y en la jurisprudencia. Del mismo modo que el riesgo de confusión, el riesgo de asociación constituye un concepto jurídico indeterminado, cuyo contenido habrá de integrarse con las pautas elaboradas jurisprudencialmente. Con todo, pueden señalarse una serie de consideraciones que permiten una aproximación a esta figura. En primer término, el riesgo de asociación es una figura diversa del riesgo de confusión. Así se deduce del tenor del artículo 12.1. a) de la Ley de Marcas que, en este punto, se aparta de la redacción del artículo 4.1. b) de la Directiva de Marcas. En la norma comunitaria el riesgo de confusión aparece como criterio único para delimitar la causa de denegación o nulidad relativa a conflictos con derechos anteriores, mientras que el riesgo de asociación es factor que, al lado de otros, determina la existencia de un riesgo de confusión (*cf.* Cdo. X del Preámbulo de la Directiva de Marcas). Así las cosas, y con el objetivo de hacer compatible la redacción de la legislación española de marcas con las exigencias de armonización comunitaria, será preciso, en primer término, asumir que la noción de riesgo de confusión no puede ser coincidente y, a partir de ahí y en segundo término, atribuir al riesgo de confusión del artículo 12.1. a) de la Ley de Marcas un alcance más limitado que al del artículo 4.1. b) de la Directiva de Marcas, de un lado, y, de otro, reconducir al riesgo de asociación del artículo 12.1. a) de la Ley de Marcas aquel espectro de supuestos comprendidos en el ámbito del artículo 4.1. b) de la Directiva de Marcas que no son supuestos de confusión según la legislación española de marcas en vigor. Desde esta perspectiva, el riesgo de confusión de la Directiva puede ser calificado como género, mientras que las figuras de riesgo de confusión y asociación de la Ley de Marcas serán las especies de aquél.

(55) Sentado lo anterior, la confusión en sentido estricto inmediata y mediata y la confusión en sentido amplio [v. **(10)** a **(13)**] son supuestos englobados en el riesgo de confusión del artículo 12.1. a) de la Ley de Marcas [no obstante, STS (Sala 3.^a) de 5-III-1993 «Jabuguitos/La Jabugueña», reconduce al «riesgo de asociación» el supuesto de los signos en serie, supuesto doctrinalmente encuadrado en el riesgo de confusión en sentido estricto mediato]. Y ello, porque si mediante esta figura se protege la función indicadora de la procedencia empresarial, parece conveniente acomodar en ella cualquier relación entre signos que enturbie la representación del origen empresarial. Por su parte, el alcance del riesgo de asociación del artículo 12.1. a) de la Ley de Marcas viene dado en esencia por la peculiar influencia que el grado de notoriedad de la marca prioritaria ejerce en el juicio de confundibilidad con el signo contrapuesto. Según la opinión dominante, la notoriedad del signo influye decisivamente en el contenido del derecho sobre la marca, fortaleciendo y ensanchando correlativa y progresivamente el derecho (subjetivo) sobre la correspondiente marca y, al tiempo, ampliando el alcance material del riesgo de confusión respecto de dicha marca (C. FERNÁNDEZ NOVOA, *RDM*, núm. 112, 1969, pág. 190-208, con abundantes referencias). Así, y aun cuando los signos notorios, a la vista de la exacta representación que de los mismos tienen los consumidores, son más difícilmente confundibles que los carentes de notoriedad, resulta indiscutible que el consumidor a la vista de la semejanza entre ambos establece una conexión mental. Con ello, no se produciría, tal vez, una confusión, ni respecto al propio signo, ni respecto al origen empresarial de los productos dotados de marca. La semejanza, en cambio, podrá generar en el público de los consumidores una adquisición experimental o un intento de simular la tenencia de un bien reputado; ésta sería la finalidad del competidor: el aprovechamiento parasitario de la vinculación con el signo

notorio (M. AREÁN, en *Laprotección de la marca por los Tribunales de Justicia* , pág. 267). Así, la figura del riesgo de asociación abunda en la protección de aquellos supuestos que, sin suponer un riesgo de confusión en su acepción literal, sí pueden suscitar en la mente del consumidor una vinculación con un signo prioritario, que por razones obvias sólo podrá producirse donde el signo anterior posea un suficiente reconocimiento en el tráfico (en consonancia con este planteamiento, la STJCE 11-XI-1997, asunto C-251195 «Sabel BV c. Puma AG» extiende el alcance del riesgo de confusión en beneficio exclusivo de las marcas dotadas de mayor carácter distintivo y, entre ellas, de las que gozan de una especial notoriedad). En este sentido, la introducción del riesgo de asociación para combatir conductas parasitarias en las que no cabe apreciar riesgo de confusión literal está plenamente justificada como reacción a la línea jurisprudencial desarrollada bajo el Estatuto sobre Propiedad Industrial, según la cual la notoriedad de la marca prioritaria aminora el riesgo de confusión con la marca más moderna [*ad ex.* SSTS (Sala 4.^a) 24-IX-1968 «Aspirina, Migrapirina/Alergapirina», (Sala 3.^a) 31-X-1974 «Banestine/Banesto», (Sala 3.^a) 22-I-1976 «Rubron/Rabro-Don», (Sala 3.^a) 27-XI-1978 «Dolan/Krolan», (Sala 3.^a) 24-I-1979 «La Lechera/La Lechinesa», (Sala 3.^a) 13-VII-1984 «Bimbo/Kingo», (Sala 3.^a) 14-I-1987 «Merc/Mercury», (Sala 3.^a) 5-VII-1991 «Compañía Telefónica de Cataluña, S. A./Compañía Telefónica Nacional de España, S. A.», (Sala 3.^a) 29-IX-1993 «Labarra/Ybarra»]. El cambio de orientación (propugnado en la doctrina por C. FERNÁNDEZ NOVOA, *RDM* , núm. 112, 1969, pág. 169 ss., y por M. AREÁN, en *La protección de la marca por los Tribunales de Justicia* , pág. 263 ss., e ID., *CJPI* , núm. 10, 1992, pág. 7 ss.) ha sido recientemente asumido por el Tribunal Supremo [SSTS (Sala 3.^a) 14-IX-1993 «Novex/Nobex/Novax», 29-IX-1993 «Fedor/Ferodo»].

(56) Ahora bien, y no obstante el robustecimiento de la protección de las marcas con una importante implantación y grado de reconocimiento en el tráfico que comporta lo anteriormente dicho, la delimitación del ámbito de la asociación, como la del ámbito de la confusión, está constreñida por el principio de especialidad. Dicho en otros términos, el alcance de la exclusiva reconocido a una marca está limitado por la similitud entre los productos o servicios para los que está registrada la marca anterior y los productos o servicios para los que se solicita o utiliza la marca posterior (en el mismo sentido, M. AREÁN, en *La protección de la marca por los Tribunales de Justicia* , pág. 272, J. MASSAGUER, *Aranzadi Civil* , núm. 23,1994, pág. 17, Y M. MONTEAGUDO, *La protección de la marca renombrada* , pág. 232).

(57) En nuestra doctrina se ha querido salvar esta limitación a partir de una interpretación sistemática de lo dispuesto en materia de prohibiciones de registro y en materia de uso parcial de la marca registrada (art. 4.4 LM); se ha argumentado en este sentido, que la superación de la regla de la especialidad en los supuestos de riesgo de asociación establecida en este último ámbito se proyectaría en una lógica interpretación sistemática a los artículos 12.1 y 31 de la Ley de Marcas en los supuestos de riesgo de asociación (*cfr.* C. FERNÁNDEZ NOVOA, «Algunas claves del nuevo Derecho de marcas», *La Ley* , 1989 pág. 1083 y 1084; ID., *Derecho de marcas* , pág. 115, J. M. OTERO, «La nueva Ley de marcas», *La Ley Legislación* , II, pág. 130 ss., pág. 135, mientras que P.PORTELLANO, *La imitación en el Derecho de la competencia desleal* , pág. 338-339 y 343-345, asume esta interpretación sistemática en lo relativo a la prohibición relativa de acceso al registro, pero no en la delimitación del *ius prohibendi* para el que propugna la vigencia del principio de especialidad). A nuestro juicio, sin embargo, existen serios reparos a esta tesis. En primer termino, la interpretación sistemática no es factible porque la referencia al riesgo de asociación se desenvuelve en planos diversos y tiene, por tanto, connotaciones dis-tintas: en materia de registro o de *ius prohibendi* el conflicto que se soluciona con el riesgo de asociación se produce entre una marca registrada prioritaria (no afectada por falta de uso) y otra solicitada o simplemente utilizada en el tráfico por un tercero, mientras que en materia

de uso parcial el riesgo de asociación (que acreditaría el cumplimiento de la obligación de uso) opera siempre dentro del marco de la titularidad registral que beneficia al usuario (parcial). En suma, trasladar la superación limitada de la regla de la especialidad establecida en el artículo 4.4 de la Ley de Marcas al ámbito de protección de un signo inscrito no afectado por falta de uso, no operaría ya en el ámbito de la posición registral del usuario, sino que se proyectaría más allá de los productos o servicios idénticos o similares cubiertos por el registro. Esta posibilidad viene expresamente vedada por el tenor del artículo 12.1 de la Ley de Marcas. Un segundo motivo que impide integrar el riesgo de asociación contenido en el artículo 12.1 de la Ley de Marcas con su homónimo del artículo 4.4 de la Ley de Marcas es la incompatibilidad de lo dispuesto en este último con lo prevenido por el artículo 11.4 de la Directiva de Marcas en relación con el uso parcial. En efecto, la norma comunitaria únicamente permite entender satisfecho el deber de uso de la marca respecto de los productos o servicios para los que la marca en cuestión haya sido efectivamente usada (la incoherencia entre el art. 4.4 LM Y el art. 11.4 DM ha sido comúnmente destacada por la doctrina: A. BERCOVITZ, «Observaciones preliminares a la Ley de marcas de 1988», en *Derecho mercantil de la Comunidad Económica Europea, Estudios en homenaje a José Girón Tena*, Civitas-Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, Madrid, 1991, pág. 166 ss., pág. 182, M. BOTANA, «Panorámica de la Ley 32/1988 española de marcas», XIII *ADI* 1989-90, pág. 14 ss., pág. 39, A. CASADO, «Das neue Markenrecht Spaniens und der Europäischen Gemeinschaften Eine rechtsvergleichende Untersuchung», *GRUR. Int.*, 1992, pág. 107 ss., pág. 118, J. MASSAGUER, *Aranzadi Civil*, núm. 23, 1994, pág. 17, y M. MONTEAGUDO, *La protección de la marca renombrada*, ob. cit., pág. 232; y también en la jurisprudencia: SAP *Navarra* 5-VII-1996 «United Distillers, plc c. Bodegas Irache, S. L.»).

(58) Así las cosas, el sistema de marcas regido por el principio de especialidad vuelve la espalda (en apariencia) a las marcas renombradas en los casos en que se opongan a marcas solicitadas o registradas para productos diferentes de los que aquéllas cubren, sea en el trámite de oposición a su concesión como en el de nulidad. Otro tanto puede afirmarse del contenido del derecho sobre la marca, que únicamente permite el ejercicio de las acciones en defensa de la marca si el riesgo de inducción a errores (*rectius*, confusión y asociación) provocado por la utilización por un tercero de un signo idéntico o semejante se produce dentro de los contornos del principio de especialidad (art. 31 LM).

(59) Sin embargo, el legislador español no desconoce la problemática asociada a los signos renombrados. Buena prueba de ello es la inclusión de una prohibición tendente a impedir que accedan al registro aquellos signos o medios que supongan un aprovechamiento indebido de la reputación de otros signos o medios registrados [art. 13. c) LM]. Esta protección se limita a las marcas renombradas registradas y, por extensión, a las que han sido solicitadas [art. 12.1. a) LM]. Con apoyo en esta norma se habrá de denegar el registro de la marca solicitada y el titular de la marca renombrada queda facultado para oponerse a su concesión (art. 26 LM). Ulteriormente, en cuanto persona que ostenta interés legítimo, el titular dispone de acción para solicitar la declaración de nulidad en el plazo de cinco años desde la fecha de publicación de la concesión en el *Boletín Oficial de la Propiedad Industrial* o en cualquier momento si fue solicitada de mala fe (arts. 48 y 56 LM). Pese a este reconocimiento del especial tratamiento requerido por las marcas renombradas, la Ley de Marcas, de entre las varias necesidades de protección detectadas, sólo da cabida a una de ellas: el aprovechamiento de la reputación de un signo o medio registrado. Debe reconocerse, sin embargo, que los supuestos de confusión efectiva más allá de la regla de la especialidad son también susceptibles de consideración; en este sentido, y siempre desde la óptica de acceso al registro, debe recordarse que si bien pueden existir supuestos en que medie aprovechamiento de la reputación ajena sin que medie

confusión efectiva, no habrá casos en los que exista riesgo de confusión efectiva sin aprovechamiento de la reputación ajena.

(60) Por el contrario, y como queda apuntado, en la delimitación del *ius prohibendi*, el legislador español ha limitado las facultades del titular de la marca, de conformidad con la regla de la especialidad, a los supuestos en que la utilización del signo por terceros se realice para distinguir productos o servicios o utilización a título de marca (art. 31 LM). Semejantes restricciones impiden una protección conveniente del renombre del signo tanto por lo que hace a su capacidad traslativa de reputación a productos o servicios distintos, como en lo atinente a su atractivo ornamental. La Ley de Marcas se decidió, en este punto, por una norma de corte clásico, en la que en esencia sólo tiene cabida la función indicadora del origen empresarial. Esta opción no resulta, a nuestro juicio, necesariamente rechazable: de un lado, se acomoda a las peculiaridades que deben presidir un sistema registral y, de otro, no desampara los signos renombrados: de ello se ocupa la Ley de Competencia Desleal. No puede dejar de sorprender, sin embargo, la adopción de una solución verdaderamente heterodoxa, que compagina una protección del renombre de la marca entre las prohibiciones relativas de registro con una desatención de la misma realidad en la determinación del alcance del *ius prohibendi* que obliga, como queda dicho, a acudir a la normativa de represión de la competencia desleal para llenar las lagunas dejadas por el sistema de marcas.

(61) En efecto, y en lo que aquí interesa, la configuración legal del acto de confusión, que no queda circunscrito a supuestos de identidad o similitud entre prestaciones y que obliga a tener en cuenta también circunstancias concomitantes para afirmar o negar su existencia, permite combatir supuestos en que la utilización de la marca renombrada por el tercero puede inducir a los consumidores a creer que la fuente de procedencia es unitaria, como también casos de utilización de la marca renombrada en la configuración formal del producto ofrecido al público (*merchandising*) cuando pueda suponerse la existencia de una autorización por parte del titular de la marca. No puede desconocerse que, de común, estos supuestos de confusión sucederán, en el primer caso, cuando medie cierta proximidad entre los productos o servicios, o bien, en el segundo caso, cuando sea habitual la explotación de la marca mediante licencias de *merchandising*. Por lo demás, y presupuesta la implantación sobresaliente del signo renombrado, la confrontación entre los signos que determina el riesgo de confusión habrá de suponer su práctica identidad [v. **(17)**]. Así las cosas, la configuración del acto de confusión como acto de competencia desleal no acaba de ofrecer una tutela adecuada para la variada fenomenología de explotación de signos distintivos renombrados. El aprovechamiento de la potencia atractiva o simbólica de un signo por un tercero para un uso a título de marca o para un uso meramente publicitario u ornamental, sin que medie confusión, no puede ser impedido mediante la figura del riesgo de confusión. De ahí, la necesidad de explorar otras vías de protección [v. **Art. 12 (27) a (35)**].

d La protección jurídica del nombre comercial no inscrito

(62) El nombre comercial es el signo distintivo que identifica a una persona física o jurídica en el ejercicio de su actividad empresarial y distingue su actividad de las actividades idénticas o similares (art. 76 LM). A su lado se sitúa el nombre civil de la persona física y la denominación de las sociedades y de otras entidades (art. 395 RRM). Nombre comercial y nombre civil o denominación social no han de ser idénticos, suprimido como ha quedado el principio de veracidad propio de la regulación anterior (v. art. 196 EPI) que en la práctica llevó a aplicar criterios muy generosos en el examen de similitud con signos anteriormente registrados, en realidad los mismos que se aplicaban para admitir la inscripción de una denominación social [SSTS (Sala 3.^a) 9-V-1990 «Príncipe de Viana, S. A.», 14-IX-1990 «Trafalgar Center/Trafalgar», v. M. MONTEAGUDO y P. SOLER, *RGD*, 1991, pág. 6506-6523, e *ibi numerosas referencias*,

o más recientemente M.^a A. DÍAZ, *RdS*, núm. 4, 1995, pág. 99 SS., de nuevo con otras referencias]. De este modo, el nombre comercial queda reducido a mero signo distintivo.

(63) En el sistema de marcas, la protección jurídica del nombre comercial no está gobernada aparentemente por el principio de registro (art. 78.1 LM). Lo cierto, sin embargo, es que a las solicitudes de marcas o marcas registradas posteriores sólo puede oponerse el nombre comercial anteriormente solicitado o registrado [art. 12.1. b) LM], lo mismo que a las solicitudes de nombres comerciales o a los nombres comerciales registrados con posterioridad [art. 12.1. b) LM por remisión del art. 81 1 LM]; ello no obstante, la jurisprudencia ha reconocido al titular del nombre comercial no inscrito también la posibilidad de oponerse a la concesión de una solicitud de nombre comercial o marca que sea incompatible [v. STS (Sala 3.^a) 18-XII-1990 «Calvin Klein Company c. Calvin Klein», SAP *Las Palmas de Gran Canaria* 24-VI-1994 «solicitud de marca»]. De otro lado, el derecho de exclusión atribuido al titular del nombre comercial se hace depender del registro y, con ello, la posibilidad de recurrir a las acciones por violación previstas para las marcas (art. 78.1 LM).

(64) Esta contradicción entre un principio general y unas normas particulares queda salvada por el mandato unionista de protección del nombre comercial no registrado pero usado en España (art. 8 CUP y art. 10.3 LM). Ahora bien, los compromisos unionistas obligan a otorgar protección al nombre comercial meramente usado, sin necesidad de registro, pero no exigen ni un sistema ni un contenido determinados para dicha protección jurídica. Así, el legislador nacional puede organizar esa protección mediante normas especiales en el sistema de marcas, mediante el Derecho contra la competencia desleal o de otro modo. El sistema positivo de marcas únicamente confiere al titular del nombre comercial usado pero no inscrito una acción de nulidad frente a la marca, nombre comercial o rótulo registrados con posterioridad (art. 77 LM); esta protección comprende los casos en que la identidad o similitud pueda inducir a confusión en el mercado, pero no aquellos en que sólo se produzca un riesgo de asociación [argo ex art. 12.1. b) LM]. No le confiere, sin embargo, la facultad de prohibir la utilización de un signo o medio, registrado o no, idéntico o similar a su nombre comercial ni acciones de remoción, resarcimiento de daños y perjuicios o enriquecimiento injusto. Para ello es preciso acudir a la acción de competencia desleal (v. STS 11-VII-1997 «El Remiendo Alavés», SAP *Barcelona* 8-XI-1994 «F. Barcelona c. F. Barcelona, S. A.»). El uso en el tráfico de una marca, nombre comercial o rótulo idéntico o similar a un nombre comercial anterior usado pero no registrado es un acto de competencia desleal si produce confusión, que incluiría el riesgo de asociación, en los mismos términos y con las mismas prevenciones acerca del ámbito material y territorial que se han expuesto en relación con las marcas no inscritas [v. **(44)** y **(45)**].

e La protección jurídica del rótulo de establecimiento no inscrito

(65) El rótulo es el signo distintivo que sirve para identificar un establecimiento y para distinguirlo de otros destinados a actividades idénticas o similares (art. 82 LM). Al rótulo son de aplicación las normas en materia de marcas, en cuanto no sea incompatible con lo establecido en materia de rótulos (art. 86 LM). En especial, son de aplicación los principios de registro [v. STS (Sala 3.^a) 13-XII-1993 «Casa Chus»] y especialidad; no obstante, el rótulo solicitado o inscrito sólo se puede oponer al registro de otros signos idénticos, y no al de signos similares [art. 12.1. c) LM, ya STS (Sala 3.^a) 26-XII-1988 «Discovip's/VIP'S»]. La utilización no autorizada de rótulos con un suficiente grado de implantación en el mercado que caiga fuera de los lindes de la protección jurídica del sistema de marcas puede ser prohibida como acto de competencia desleal en términos similares a los examinados para marcas y nombres comerciales [v. **(44)** y **(45)**, **(64)**].

f La protección jurídica del título de una obra

(66) El título de una obra, cuando sea original, es objeto de derecho de autor como parte de ella (art. 10.2 LPI). Su protección jurídica, sin embargo, no queda limitada a los casos de explotación conjunta con el resto de la obra: el título de la obra puede ser por sí una obra literaria independiente [art. 10.1. a) LPI; conforme, R. BERCOVITZ, en R. BERCOVITZ (coordinador), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., Tecnos, Madrid, 1997, art. 10.2 LPI, pág. 194]. Ha de advertirse, sin embargo, que parece imponerse la interpretación de que la originalidad requerida es una novedad objetiva de relevancia mínima (v. R. BERCOVITZ, ob. últ. cit., art. 10.1 LPI, pág. 163); aunque con ciertas vacilaciones es interpretación igualmente acogida por la jurisprudencia (*cf.* SSTS 20-II-1992 «El románico de Zamora», 26-X-1992 «joyas», 30-I-1996 «folleto de mampara»; v. J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, «La doctrina reciente del Tribunal Supremo en materia de propiedad intelectual», *RGD*, núm. 648, 1998, pág. 11189 ss., pág. 11191-11197), lo que dificulta que los títulos sean objeto de derecho de autor. No remedia la incertidumbre ninguna norma específicamente dirigida a sancionar el uso del título de una obra ajena que pueda originar un riesgo de confusión, ni en Derecho de autor ni en Derecho de competencia desleal. De ahí que la función individualizadora del título pueda protegerse eficazmente mediante la acción de competencia desleal ante los actos de confusión (arts. 6 LCD), así como, en los casos en que el título haya alcanzado una difusión en el mercado tal que posibilite su explotación en otros sectores económicos, contra los actos de destrucción de este valor competitivo que en sí encierra (art. 5 LCD).

(67) En el Derecho contra la competencia desleal, pues, encuentra acomodo, la tutela de los títulos de obras literarias, de periódicos y revistas no inscritos como marcas, así como de películas, espacios televisivos o radiofónicos, vídeo-juegos... Condición para que en este contexto pueda producirse confusión, al igual que sucede con otros medios de identificación de prestaciones, es la efectiva fuerza individualizadora del título. No debe exigirse, de otro lado, una implantación sobresaliente en relación con la exigida de forma general; ello no obstante, para que pueda producirse confusión con los títulos compuestos por denominaciones esencialmente genéricas o descriptivas será preciso que hayan adquirido distintividad merced a su implantación y notoriedad. No puede olvidarse, en cualquier caso, que en el mercado de publicaciones periódicas son frecuentes las denominaciones con elementos genéricos y geográficos, a los que el público atribuye distintividad sin necesidad de una considerable implantación; de otro lado, las peculiaridades de este mercado provocan que ligeras diferencias excluyan el riesgo de confusión con otros títulos similares.

g La protección de la denominación social

i Aproximación al régimen jurídico de las denominaciones sociales

(68) La denominación social es el nombre de las sociedades y, por extensión, de las personas jurídicas. Su regulación se contiene en la normativa propia de cada una de las sociedades o entidades y, en la medida en que les resulte de aplicación, en las normas de carácter general contenidas en el Reglamento del Registro Mercantil. La denominación social es expresión del derecho subjetivo que se reconoce a toda persona jurídica a la propia identidad personal. Su función primordial es, por tanto, individualizar a la sociedad como entidad personificada, para identificarla y distinguirla, pero sobre todo para unificar en el plano de las relaciones jurídicas la actuación de la pluralidad de personas que subyace a la sociedad y, como consecuencia de ello, para imputar unitariamente al grupo las relaciones jurídicas establecidas al hilo de su actividad (v. STS 21-X-1994 «Hernández Pérez Hermanos, S. A./José Hernández Pérez e Hijos, S. A.»; v. C. PAZ-ARES, «La reforma del registro mercantil», en *Estudios en homenaje a Juan Berchams Vallet de Goytisolo*, vol. 1, Consejo General del Notariado, Madrid, 1989, pág. 469 ss., pág. 493-496, M. MONTEAGUDO y J. R. SALELLES, *RGD*, 1995, pág.

5476 SS., y P.PORTELLANO, *La imitación en el Derecho de la competencia desleal*, pág. 379).

(69) La composición de la denominación social está regida por el principio de libre elección, aunque sometido a ciertas restricciones, unas relativas a la estructura de la denominación social (arts. 398, 399 Y 403 RRM), otras a su contenido semántico (arts. 404, 405 y 406 RRM) y otras, en fin, a la disponibilidad jurídica de la denominación escogida (art. 407 RRM). Bajo este último aspecto, una denominación social se halla disponible y, por ello, puede ser escogida como nombre de una particular sociedad si no es idéntica a otra que ya figure inscrita en la Sección de Denominaciones del Registro Mercantil Central, o bien a otra no inscrita perteneciente notoriamente a otra entidad, sea o no de nacionalidad española.

(70) El concepto de identidad manejado a estos efectos es un concepto estrictamente jurídico, dotado de un significado propio distinto del reservado a este término en el lenguaje habitual. En efecto, el concepto de identidad entre denominaciones sociales ha recibido una interpretación expansiva, primero por la Dirección General de los Registros y del Notariado (*cf.* Instrucción de la DGRN de 16 de septiembre de 1987) y ahora por el ordenamiento, que ya con el Reglamento del Registro Mercantil de 1989 positivizó en buena medida la anterior doctrina registral. En este sentido se dispone que una denominación es idéntica a otra (anterior) si coinciden total y absolutamente, si utiliza las mismas palabras en diferente orden, género o número, si utiliza las mismas palabras con la adición o supresión de términos o expresiones genéricas o accesorias, o de artículos, adverbios, conjunciones, acentos, guiones, signos de puntuación u otras prácticas similares, o bien si utiliza palabras distintas que tengan la misma expresión fonética; para determinar la identidad de dos denominaciones, según las reglas anteriores, habrá de prescindirse de las indicaciones relativas a la forma social o de aquellas cuya utilización venga exigida por la ley (art. 408 RRM, aclarado, que no ampliado, por O. M. de 30 de diciembre de 1991 de normas relativas al funcionamiento del Registro Mercantil Central, comentada por J. BAUZA, *La identidad en Derecho*, pág. 113 ss.). Esta extensión del concepto «identidad» es un límite máximo; no resulta por ello admisible una interpretación expansiva de los criterios establecidos reglamentariamente para definir la identidad entre denominaciones sociales y, en especial, no resulta admisible importar criterios procedentes del Derecho de los signos distintivos, como son similitud y riesgo de confusión, para resolver los conflictos entre denominaciones en cuanto tales. A este propósito, no puede dejar de advertirse que la identidad, como criterio para determinar la posible o imposible convivencia entre denominaciones sociales, está indisolublemente vinculado a la función de la institución. La denominación social desenvuelve, en principio, su función identificadora en el tráfico jurídico, y no en el tráfico económico, esto es, en el desarrollo de las actividades constitutivas de su objeto social en el mercado, frente a los competidores y frente a la clientela. De ahí que la denominación social sea en nuestro ordenamiento una institución jurídico-societaria, y no un signo distintivo. Y de ahí que pueda cumplir satisfactoriamente su función con un mínimo de diferenciación respecto de las denominaciones sociales anteriores, con independencia de la reacción del tráfico ante la confrontación con las denominaciones enfrentadas, esto es, ante el riesgo de confusión.

(71) Aunque el tenor de la norma no ayuda, no debe concluirse otra cosa a partir de la prohibición de las denominaciones que incluyan términos o expresiones que induzcan a error o confusión en el tráfico mercantil sobre la propia identidad de la sociedad o entidad, y sobre la clase o naturaleza de éstas (art. 406 RRM). Es ésta una norma que, como ya se refirió, no atiende a la disponibilidad de la denominación elegida, exigiendo que supere el examen de identidad respecto a las denominaciones de otras sociedades preexistentes. Antes bien, el precepto trata de evitar denominaciones que induzcan a

error acerca de la naturaleza de la entidad o, expresado en otros términos, reprueba, caso de haberse optado por una denominación objetiva, la incongruencia de la denominación con la naturaleza de la entidad y, en todo caso, con las características subjetivas de la propia sociedad, como podría ser el origen de la compañía en un anterior negocio personal o la continuación de una actividad anteriormente desarrollada por otra persona u otra compañía.

(72) No existe, finalmente, un régimen de protección jurídica de la denominación social en sentido estricto. La inclusión de la denominación social en la correspondiente sección del Registro Mercantil Central o la vigencia de la reserva temporal de la denominación ha de impedir la expedición de certificaciones negativas y, así, la constitución de sociedades con denominaciones idénticas (no obstante, v. STS 21-VII-1994 «Promoción de Negocios Inmobiliarios CASMAR, S. A. c. Promociones de Negocios Inmobiliarios CASMAR, S. A.»). No existe, sin embargo, llamamiento a los interesados con carácter previo a la expedición de la certificación negativa y, así, posibilidad de que los titulares de denominaciones inscritas o reservadas (ni por supuesto los titulares de marcas, nombres comerciales, rótulos u otros signos distintivos) se opongan a ello. Éstos por lo tanto únicamente podrán actuar *a posteriori*, mediante el ejercicio de una acción en la que soliciten la declaración de la infracción de las normas que prohíben la adopción de denominaciones idénticas a otras anteriores y la condena a modificar la denominación escogida. Tampoco se les reconoce un derecho a impedir a otros la utilización de la denominación.

ii Conflictos en torno a la utilización de denominaciones sociales.

(73) Así las cosas, el régimen de la denominación social deja el terreno abonado para dos tipos de conflicto diversos. De un lado, la descoordinación entre el Registro Mercantil Central y la Oficina Española de Patentes y Marcas propicia el conflicto entre la denominación social anterior y la solicitud o registro de un signo distintivo (marca o nombre comercial, de común) posterior, y viceversa (v. M. AREÁN, «La protección de la marca registrada frente a una denominación social confundible», XIII *ADI* 1987-88, pág. 197 ss., ID., «Marca registrada *versus* denominación social», *CJPI*, núm. 6, 1990, pág. 27 ss., J. J. MARTÍ DE VESES, en *Homenaje a H. Baylos*, pág. 436 ss., M. MONTEAGUDO y P. SOLER, *RGD*, 1991, pág. 6503 ss., A. MARINA, «Denominación y domicilio social», en A. ALONSO UREBA y otros, *Derecho de sociedades*, T. 1, *La fundación*, Civitas, Madrid 1991, pág. 231-234, o P. PORTELLANO, *La imitación en el Derecho de la competencia desleal*, pág. 380 ss.). De otro lado, la inexistente atribución de un *ius prohibendi* al titular de una denominación social en relación con su uso por terceros en el tráfico propicia el conflicto entre la denominación social (anterior) y la utilización no autorizada de la misma a título de marca o de nombre comercial, o incluso como propia denominación social.

(74) El primero de estos conflictos no es correlato inmediato de la similitud entre una denominación social y los signos distintivos registrados. Antes bien, la colisión sólo se produce por el uso que se realiza de la denominación social, en particular porque la denominación social no se utiliza para lograr (lícitamente) la individualización precisa como sujeto de derechos y obligaciones respecto de otras personas jurídicas, sino para indicar la procedencia empresarial de las prestaciones del titular frente a las ofrecidas por los competidores, para identificarle como agente económico en el ejercicio de su actividad respecto a otros que realizan una actividad análoga, o para identificar su establecimiento en el mercado. La utilización de la denominación social en este ámbito permite al titular de una marca, nombre comercial o rótulo el ejercicio de los derechos de exclusión que nuestro ordenamiento jurídico le concede; en suma, los conflictos de esta índole habrán de resolverse acudiendo a la regulación prevista en el sistema de marcas. En particular, la doctrina jurisprudencial ha mantenido mayoritariamente la

necesidad modificar las denominaciones sociales de aquellas sociedades que indujeran a confusión con signos distintivos [*cf.* SSTS 27-XII-1954 «OM/Laboratorios O.M., S. A.», 7-VII-1980 «Kemen, Kemen Industrial, S. A./Talleres Kemen S. L.», 16-VII-1985 «Domestos/Domestos S. A.», 24-I-1986 «Rapid Máquinas y Vehículos, S. A. c. Rapid Maschinen und Fahrzeuge AG», 26-VI-1995 «Aerovías Nacionales de Colombia (Avianca) c. Avianca S. L.», 4-VII-1995 «Talleres Arevalillo S. A. c. Arevalillo Hermanos S. A.», y entre las sentencias de apelación: SSAP *Barcelona* 10-X-1994 «Productos E.I., S. A. c. E.I., S. A.», *Barcelona* 18-IX-1995 «Triptic», *Madrid* 28-IV-95 «Eurolines/Eurolines Travel», *Madrid* 6-XI-95 «Silex», *Madrid* 11-II-1997 «N.I.H., B.V. c. N.I., S. A.», *Vizcaya* 21-XII-1998 «Pompas Fúnebres Virgen Blanca/Servicios Funerarios Virgen Blanca, S. L.»]; en alguna ocasión, no obstante, el Tribunal Supremo también se ha separado de esta línea, afirmando cabalmente que las facultades que el ordenamiento jurídico concede al titular de un signo distintivo pretenden coadyuvar al mantenimiento de la necesaria transparencia del mercado y, así, evitar el riesgo de confusión de los consumidores, para lo cual no es preciso ordenar el cambio de denominación social, sino que basta con impedir el uso de la misma a título de signo distintivo (*v.* STS 21-X-1994 «Hernández Pérez Hermanos S. A. c. José Hernández Pérez e Hijos S. A.», comentada favorablemente por M. MONTEAGUDO y J. R. SALELLES, *RGD*, 1995, pág. 5476 ss., y M. BOTANA, *La Ley*, 1996, II, pág. 1607 ss.; en la misma línea SAP *Barcelona* 22-X-1996 «Banana Republic Inc. c. Banana República S. A.»).

(75) En el caso de que los signos distintivos anteriores sean signos renombrados, todavía parece posible avanzar un paso más y, en casos excepcionales, anticipar su tutela; en particular, a los momentos de concesión de la reserva de denominación social por parte del Registro Mercantil Central, de autorización de la escritura de constitución por el Notario y de inscripción de la misma en el Registro Mercantil correspondiente. En este sentido, no debe entenderse disponible la denominación que sea idéntica o similar a signos distintivos que, por su extraordinaria implantación y renombre, merecen una protección jurídica que exceda los lindes del principio de especialidad (en esta línea parece apuntar la RDGRN 24-II-1999 «Gas Natural, Sociedad Limitada»). Al tiempo de determinar la disponibilidad jurídica de la denominación social elegida no parece dudoso que ni el Notario ni el Registrador están en condiciones de evitar situaciones de conflicto entre signos distintivos prioritarios y denominaciones sociales, porque éstas no surgen de la mera titularidad registral sino de la concreta utilización que de la denominación haga su beneficiario en el tráfico. Ahora bien, la mera identidad o similitud entre la denominación elegida y una marca de alto renombre, por más que el objeto social difiera de las prestaciones a las que se aplica ésta, entraña un riesgo de dilución o aguamiento de la especial fuerza distintiva y posición única de que disfrutaban aquellas marcas contra el que reacciona nuestro ordenamiento [*v.* **Art. 12 (33) a (35)**] y que, consiguientemente, puede y debe ser considerado en el momento de autorizar la escritura y proceder a su inscripción. Advuértase, además, lo liviano del esfuerzo requerido, toda vez que las marcas de alto renombre son por definición conocidas por (prácticamente) todos los consumidores. De este modo, bien miradas las cosas, no se introduce realmente ningún *novum* en el alcance del control de legalidad que efectúan Registradores Mercantiles y Notarios, pues de que ésta debiera abandonar el ámbito estrictamente registral ya se había encargado el artículo 407.2 del Reglamento del Registro Mercantil; a decir verdad, se trata de una exigencia lógica del control de legalidad, que debe extenderse al conjunto del ordenamiento del que forman parte la legislación de marcas y contra la competencia desleal.

(76) En el caso de que la denominación social sea anterior a un signo distintivo idéntico o similar utilizado o incluso registrado posteriormente, el titular de la denominación social podrá imponerse en la medida en que pueda invocar la protección reservada a las marcas notorias [*v.* **(31) a (34)**], a las marcas meramente usadas (aunque sólo frente a

un usuario posterior, y no frente al titular de un signo distintivo inscrito) [v. (44) y (45)] o a los nombres comerciales usados pero no registrados [v. (62) a (64)]. Específicamente en relación con el acceso al registro, en efecto, no parece que la denominación social pueda entenderse comprendida en el nombre de las personas que, en su caso y según el artículo 13. a) de la Ley de Marcas, constituye una prohibición relativa de registro. En lo demás, el riesgo de confusión presupone, como condición de hecho previa e ineludible, la implantación de la denominación social en el tráfico y el reconocimiento de la misma como indicativo de procedencia empresarial o de un sujeto en el ejercicio de su actividad en el mercado por parte de los consumidores. No parece, sin embargo, que la denominación social pueda causar este estado en el supuesto de que sea utilizada única y exclusivamente como tal denominación social (esto es, como medio de identificación en el tráfico jurídico); para ello, por el contrario, es imprescindible que haya sido utilizada propiamente como signo distintivo en el mercado (para identificar la actividad industrial, comercial o de prestación o mediación de servicios de la compañía en cuestión o las prestaciones que ofrece). En consecuencia, la implantación y reconocimiento de la denominación social que generan la posibilidad de confusión sólo se alcanzan en cuanto utilizada como nombre comercial o como marca, y su protección contra la competencia desleal ha de ser, por tanto, la propia de marcas y nombres comerciales no inscritos.

h La protección jurídica de la presentación de los productos

(77) La represión de la confusión también permite organizar la protección de elementos configurativos de los productos o del establecimiento que por su originalidad o peculiaridad evocan en el consumidor una determinada procedencia empresarial o profesional, aunque originariamente pudieron haber sido concebidos y empleados sin vocación distintiva y, por tanto, al margen de toda protección mediante registros de marca. No es preciso que estos elementos posean especiales características intrínsecas; habrá que atenerse a su impacto entre el público como elemento distintivo derivado de su implantación en el tráfico. Así la apropiación de la decoración y disposición de los escaparates y arquitectura interior de un establecimiento, del diseño de los embalajes o de las etiquetas, o de la forma de los envases de un tercero podrá generar confusión desleal (v. SSAP *Valencia* 8-XI-1993 «Wyn Olis Ca.», *Valencia* 10-VI-1995 «Ricard», *Valencia* 21-X-1997 «estuches para sábanas adaptables»). También en este ámbito son de aplicación pautas análogas a las previstas en el sistema de marcas. No basta, pues, la implantación en el tráfico, sino que, con el fin de salvaguardar debidamente la necesaria coherencia sistemática, debe exigirse que el elemento distintivo sea en sí mismo considerado merecedor de protección, esto es, que sea un signo o medio susceptible de ser objeto de marca [J. A. GÓMEZ SEGADÉ, «Concepto y protección de la presentación comercial (Trade Dress): ¿Debe seguirse el ejemplo USA en el caso Taco Cabaña?», *CJPI*, núm. 14, 1995, pág. 11 ss., pág. 31, B. PELLISÉ, «Comentarios básicos a la nueva Ley de marcas», *RJC*, 1985, pág. 615 ss., pág. 628, o F. CERDÁ, «Diseño industrial. Protección jurídica en España y perspectivas en la Comunidad Europea», *RGD*, núm. 595, 1994, pág. 3673] y que, salvo que haya ganado distintividad como consecuencia de su utilización en el tráfico, su estructura posea fuerza distintiva en abstracto o, desde una perspectiva negativa, que no sea genérico, común o descriptivo, en cuyo caso su utilización resulta objetivamente ineludible para que los demás operadores económicos puedan desarrollar normalmente su actividad, en sentido análogo al que se expresa en las prohibiciones absolutas para el registro de un signo como marca.

i Elementos caracterizados o susceptibles de ser objeto de merchandising

(78) También puede integrar el acto de confusión la reproducción de cualquier clase de elementos caracterizados o distintivos que, por su estima entre el público y por la

difusión promovida por los medios de comunicación de masas, son susceptibles de ser objeto de *merchandising* o licencias colaterales. Estos elementos pueden consistir, entre otros, en los nombres o representación de personajes de series televisivas, películas cinematográficas, historietas gráficas, en los nombres de personas afamadas o en las denominaciones o símbolos de eventos o asociaciones o sociedades deportivas, de universidades o de acontecimientos o instituciones culturales o de otra índole...

(79) No existe en el ordenamiento español un particular sistema de protección jurídica para estos elementos, con excepción de los símbolos olímpicos. En efecto, legalmente se reserva al Comité Olímpico Español la utilización y explotación de los aros olímpicos y de las expresiones «Juegos Olímpicos», «Olimpiadas», «Comité Olímpico» y de cualquier otro que por su similitud se preste a confusión, así como la facultad de autorizar a terceros su utilización, en términos tan generosos que prescinden del fin comercial o no comercial de dicha utilización (*cf.* art. 49 de la Ley del Deporte). Es necesario acudir, por lo tanto, a los mecanismo de protección jurídica de que pueda ser objeto con carácter general el elemento distintivo considerado en cada caso. Detectada la insuficiencia de la protección conferida por su normativa particular, nada ha de impedir el recurso a la Ley de Competencia Desleal.

(80) Sirvan como ejemplo los siguientes supuestos. La protección dispensada a estos elementos por el derecho de propiedad intelectual es, desde una perspectiva funcional, insuficiente para alcanzar todas las utilidades de naturaleza comercial posibles. Aun cuando el derecho de autor podría emplearse para impedir la reproducción de personajes de cómics o de los títulos de las obras en las condiciones examinadas, la protección que dispensa no alcanza ni al nombre del personaje de ficción, ni al título de una película cinematográfica o de una serie de televisión extremadamente conocida en el tráfico que carezca de los requisitos exigidos para su protección como obra independiente. Más efectiva puede resultar la protección jurídico-civil del derecho a la propia imagen, que indirectamente reserva a las personas cualquier uso publicitario, comercial o de naturaleza análoga de su imagen y de su nombre (art. 7.6 LOHPI); los supuestos de *Character Merchandising*, no obstante, exceden, por razones obvias, el ámbito de esta tutela. Por su parte, el sistema de marcas, presidido por la regla de la especialidad y por la limitación del *ius prohibendi* a los actos de uso a título de marca, no ofrece una protección adecuada aun cuando el elemento en cuestión haya sido registrado como marca.

(81) Las normas contra la competencia desleal procuran en estos casos, sin embargo, protección frente a la explotación por terceros de las virtudes publicitarias y de la fuerza atractiva de estos elementos, más allá del ámbito cubierto por los derechos especiales o por el Derecho común. La protección se construye a partir del reconocimiento del valor comercial del particular elemento y de la reserva de su explotación y disposición a su legítimo titular. El fundamento de la protección de estos elementos conduce a encuadrar su utilización indebida entre los supuestos de explotación de la reputación ajena (art. 12 LCD). Ahora bien, las circunstancias que definen y determinan el contenido del riesgo de confusión y, en especial, la admisión del riesgo de confusión en sentido amplio como hipótesis de confusión desleal creada por la infundada convicción de la existencia de vínculos jurídicos entre el sujeto al que cabe atribuir la reputación del elemento y el tercero que lo utiliza sin su autorización, permiten afirmar la posibilidad de aplicar de forma cumulativa el artículo 6 de la Ley de Competencia Desleal en la mayoría de los casos.

j Confusión publicitaria

(82) En último término, y dejando a un lado la polémica relación entre la Ley General de Publicidad y la Ley de Competencia Desleal, la confusión publicitaria se halla tipificada entre los ilícitos concurrenciales [arg. ex art. 6 LCD, art. 6 b) LGP]. Sin embargo, desde la perspectiva del derecho contra la competencia desleal y sin perjuicio de que puedan constituir una obra susceptible de ser objeto de derecho de autor (art. 23 1 LGP), la reproducción de acciones publicitarias ajenas es inobjetable, salvo que por las circunstancias del caso pueda comportar o formar parte de una imitación predatoria [v. **Art. 11 (39) a (42)**] o pueda inducir a confusión. Bajo esta última perspectiva, en efecto, el empleo de elementos procedentes de campañas publicitarias ajenas puede generar un riesgo de confusión desleal en el tráfico cuando el público vincule equivocadamente la acción publicitaria del imitador con el anunciante de la originaria. La deslealtad de la conducta requiere la concurrencia de los siguientes requisitos. En primer término, la campaña publicitaria ha de poseer singularidad, lo que en principio excluye la confusión en los supuestos de reproducción de imágenes, sonidos o términos banales o cotidianos, y asimismo un grado suficiente de implantación como para ser recordada por los consumidores. Además, la imitación de la acción publicitaria ajena ha de resultar apta para ocultar al consumidor la distinta procedencia empresarial de los productos o servicios así presentados. Ello presupone, en todo caso, la reproducción de los elementos más característicos y distintivos de la campaña precedente, y no sólo de la genérica idea publicitaria (en esta línea, RRJAAP 14-X-1996 «Capitán Pescanova», [ratificada por RJAAP (Pleno) 2-XII-1996J, 13-II-1997 «Ariel Fuerza» y 17-IX-1997 «Dan Up», y aunque en este último caso referido a la confusión entre un conocido espacio informativo y un publrreportaje), así como la omisión de indicaciones claramente reveladoras del distinto origen empresarial. Por último, tanto la acción publicitaria originaria como la anterior han de ir dirigidas a sectores de consumidores cuando menos parcialmente conexos, puesto que sólo en este caso podrá darse el riesgo de confusión.

Artículo 7. ACTOS DE ENGAÑO

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.

Bibliografía

J. M.^a DE LA CUESTA y L. RODRÍGUEZ RAMOS, «El delito publicitario», *Autocontrol de la Publicidad*, núm. 26, 1998, pág. 18 ss.; C. FERNÁNDEZ NOVOA, *Estudios de Derecho de la Publicidad*, Homenaje da Facultade de Dereito ó Autor Dr. Carlos Fernández Novoa, Catedrático de Dereito Mercantil, nos XXV anos de cátedra, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1989; ID., «Reflexiones preliminares sobre la nueva Ley de Competencia Desleal», XIV *ADI* 1991-92, pág. 15 ss.; J. A. GÓMEZ SEGADÉ, «Los análisis comparativos y la publicidad», en *Problemas actuales del Derecho de la publicidad*, Instituto Nacional de Publicidad, Madrid, 1984, pág. 231 ss.; C. LEMA, *La publicidad de tono excluyente*, Montecorvo, Madrid, 1980; ID., «La publicidad desleal: modalidades y problemas», *RGD*, núms. 562-63, 1991, pág. 6135 ss.; ID., «La publicidad engañosa en el moderno Derecho español», *La Ley*, 1995-2, pág. 870 ss.; ID., «La publicidad engañosa en el moderno Derecho español», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, T. I, Civitas, Madrid, 1995, pág. 867 ss.; ID., «Publicidad engañosa y exageración publicitaria», en *Publicidad y consumo*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1998, pág. 235 ss.; C. MADRENAS, *Sobre la interpretación de las prohibiciones de publicidad engañosa y desleal*, Civitas, Madrid, 1990; F. PALAU, *Descuentos promocionales*, M. Pons, Madrid, 1998; ID., «Los sondeos de opinión como instrumento probatorio del engaño en los procesos por competencia desleal», *RGD*, núm. 618, 1996, pág. 2235 y ss.; A. TATO, «La publicidad engañosa en la jurisprudencia (Breves reflexiones al hilo de la Sentencia del Tribunal Supremo en el caso Citroën)», *RGD*, núm. 608, 1995, pág. 5487 ss.; ID., «Primeras aproximaciones de la jurisprudencia española a la figura de la publicidad engañosa por omisión: el caso Barclays (Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 51 de Madrid de 4 de mayo de 1995)», *RGD*, núms. 625-26, 1996, pág. 11749 ss.; ID., «La publicidad ilícita en la jurisprudencia y en la doctrina del Jurado de la Publicidad», *Autocontrol de la Publicidad*, 1999, núm. 27, pág. 16 ss.; M. VERGEZ, «Competencia desleal por actos de engaño, obsequios primas y otros supuestos análogos», en A. BERCOVITZ (coord.), *La regulación contra la competencia desleal en la Ley de 10 de enero de 1991*, BOE-Cámara de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 1992, pág. 51 SS.

Doctrina-comentario

Sumario:

- [1.Introducción](#)
- [2.Encuadramiento sistemático](#)
- [3.La acción relevante](#)
 - [a.Exteriorización](#)
 - [b.Referencia exclusiva al sujeto cuyas prestaciones se promocionan](#)
 - [c.Contenido susceptible de ser valorado en términos de veracidad](#)
 - [d.Información correcta que puede inducir a error](#)
 - [e.Omisión de información](#)
 - [f.Publicidad encubierta](#)

- g.Publicidad subliminal
- 4.El contenido del engaño
- 5.Aptitud para influir en la conducta de los destinatarios
 - a.Relevancia del extremo sobre el que recae el error
 - b.Exageración publicitaria y publicidad de tono excluyente
 - c.Suficiencia de la posibilidad de una influencia en la conducta de los destinatarios
- 6.La determinación del engaño
 - a.Determinación del círculo de destinatarios
 - b.Determinación de la impresión y expectativas del destinatario medio
 - c.Confrontación entre la impresión y expectativas del destinatario medio y la realidad
 - d.Medios de prueba
- 7.Grupos de casos
 - a.Ofertas-señuelo
 - b.Actos de engaño relativos al precio
 - c.Ofertas vacías y actos de engaño relativos a las existencias
 - d.Actos de engaño acerca de las características de la actividad, de los productos o servicios o del establecimiento promocionados
 - e.Actos de engaño sobre la procedencia de las prestaciones
- 8.Excursus: la protección jurídica de las indicaciones geográficas
 - a.La protección jurídica de las denominaciones de origen
 - b.La protección jurídica de las denominaciones genéricas y específicas de los productos alimentarios
 - c.La protección jurídica de las denominaciones de calidad
 - d.La protección jurídica de las indicaciones de procedencia
 - e.La protección de las indicaciones geográficas y de las denominaciones de origen de los productos agrícolas y alimenticios en la comunidad europea
 - f.Las marcas colectivas y de garantía

1 INTRODUCCIÓN

(1) El acto de engaño es uno de los actos de competencia desleal tradicionalmente tipificados en el ordenamiento español. En efecto, de forma insuficiente ya en la época se consideró competencia ilícita el anunciarse, de modo general y contrario a la realidad de los hechos, como depositario de un producto nacional o extranjero [art. 132. f) LPInd]. A esta prohibición parcial, siguió una primera prohibición de los actos de engaño establecida sólo en relación con la publicidad: de un lado, el ejercicio de la actividad publicitaria se sometió al principio de veracidad (art. 6 EP) así como, de otro lado, se prohibió que la publicidad deformara los hechos o indujera a error y, en particular, se exigió que las alegaciones sobre la naturaleza, composición, origen, cualidades sustanciales o propiedades de las prestaciones fueran siempre exactas y susceptibles de prueba en cualquier momento (art. 8 EP) [estas normas recibieron una considerable atención por parte de la doctrina, v. C. FERNÁNDEZ NOVOA, «La interpretación jurídica de las expresiones publicitarias. Introducción al estudio de los problemas generales de la publicidad», *RDM*, núm. 107, 1968, pág. 13 ss., y «La sujeción de las expresiones publicitarias al principio de veracidad. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Tercera), de 2 de febrero de 1974», 2 *ADI* 1975, pág. 369 ss., ambos reproducidos en C. FERNÁNDEZ NOVOA, *Estudios de Derecho de la Publicidad*, pág. 57 ss., Y pág. 163 ss.]. La primera prohibición de los actos de engaño en la legislación contra la competencia desleal los definió como empleo de indicaciones o aseveraciones que pueda 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 [art. 88. c) LM].

(2) La tipificación particular del acto de engaño se mantiene en la legislación contra la competencia desleal actualmente en vigor (art. 7 LCD). A ella se suma una específica tipificación de la publicidad engañosa como supuesto de publicidad ilícita —y no de publicidad desleal—(art. 4 I LGP), completada por una extensa relación de los elementos sobre los que debe centrarse principalmente la determinación del engaño (art. 5 LGP) Y una particular definición de la publicidad subliminal (art. 7 LGP).

(3) Las diferencias entre el tratamiento del engaño en la Ley de Competencia Desleal y en la Ley General de Publicidad, siempre sin perjuicio del obligatorio acomodo del juicio de fondo a los criterios y exigencias de la primera, se sitúan tanto en un plano formal (semántico y esquemático) como en un plano sustantivo. En el primer sentido, contrasta lo conciso de la formulación general de la publicidad engañosa y lo amplio del catálogo de extremos para los actos de engaño, el tratamiento destacado de la omisión en la publicidad engañosa con la mera referencia a la misma en los actos de engaño y, sobre todo, la tímida introducción de un principio de veracidad en los actos de engaño con el silenciamiento de este extremo para la publicidad engañosa, y la referencia parcial a las pautas de determinación del engaño para la publicidad engañosa, la mención expresa de la aptitud de la publicidad para afectar al comportamiento económico de los destinatarios o la atención específica a la publicidad subliminal con la omisión de todos estos particulares para los actos de engaño; desde este punto de vista, quizás estos contrastes revelan la mayor calidad técnica que, en conjunto, posee la tipificación de la publicidad engañosa sobre la de los actos de engaño, pero sería injusto no destacar también las virtudes que estos mismos contrastes revelan a favor de esta última. En el segundo sentido, llama la atención la conservadora tacha de ilicitud que se reserva a la publicidad engañosa, a través de la exigencia de que perjudique o sea capaz de perjudicar a un competidor, aparentemente también en el caso de que no pueda afectar al comportamiento económico de los destinatarios; como se ha de ver, este extremo no puede reputarse actualmente relevante para fundar la deslealtad de los actos de engaño ni tampoco, naturalmente, la ilicitud de la publicidad engañosa.

(4) El cuadro de la represión de los actos de engaño queda completado por un sinnúmero de normas sobre comercio interior y defensa de los consumidores. Así, y con carácter general, se establece que la publicidad falsa o engañosa constituye fraude en materia de consumo (art. 8.3 LCU y art. 3.1.3 R. D. 1945/1983, de 22 de junio, por el que se regulan las infracciones y sanciones en materia de defensa del consumidor y de la producción agroalimentaria); de hecho, no han faltado ocasiones en que los actos de engaño se han resuelto mediante la aplicación de estas normas (STS 8-XI-1996 «Complejo Residencial Don Alfonso», SAP Álava 24-VI-1996 «National Hair Center»).

(5) A estas disposiciones se suman otras de carácter particular que, en protección de los intereses de los consumidores, modulan considerablemente la forma y contenido de las ofertas, de la publicidad e incluso de la presentación de los productos y servicios. En particular, estas normas reiteran la prohibición del engaño o bien sientan específicos deberes de información al consumidor, destinados a evitar el engaño, que afectan a toda clase de comunicación publicitaria que tenga por objeto ciertos productos o servicios, como las viviendas (*cf.* art. 3.1 R. D. 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas), sólo a ciertos aspectos de las ofertas, en particular a los precios [v. **(60)**] o intereses (*cf.* arts. 3.3 y 10 a 14 O. M. de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito, art. 3 O. M. de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, o Normas 9.^a y 10.^a CBE 8/1990, de 7 de septiembre, a entidades de crédito, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela), a la condición de fabricante o mayorista en las ventas directas (*cf.* art. 35 LOCM), o bien, en fin, al etiquetado y presentación

de los productos (*cf.* Norma General de Etiquetado, Presentación y Publicidad de los Productos Alimenticios, aprobada por R. D. 212/1992, de 6 de marzo). En algún caso, incluso, se prohíbe la producción y comercialización de productos cuya apariencia puede ser engañosa, como ocurre con los productos no alimenticios con aspecto de serlo (*cf.* art. 1 R. D. 820/1990, de 22 de junio, por el que se prohíbe la fabricación y comercialización de los productos de apariencia engañosa que pongan en peligro la salud o seguridad de los consumidores), o el empleo de determinados medios publicitarios, como sucede con los billetes de banco, las monedas y sus reproducciones (*cf.* CBE 1/1995, de 28 de febrero, sobre utilización publicitaria de billetes o monedas o de sus reproducciones). La contravención de estas disposiciones puede ser sancionada no sólo conforme a su normativa propia, sino también como infracción en materia de protección al consumidor (*cf.* art. 34 LCU, art. 3.3.4 R. D. 1945/1983, art. 11 R. D. 515/1989, art. 3 R. D. 820/1990), o como infracción grave en materia de comercio interior [art. 64. *m*) LOCM].

(6) Finalmente, no puede pasarse por alto la tipificación penal del delito publicitario (art. 282 CP) y del delito de estafa [arts. 248 a 251 CP: STS (Sala 2.^a) 19-VI-1991 «participaciones nominativas a 25.000 ptas.»].

(7) En la legislación autonómica sobre comercio interior y defensa de los intereses de consumidores y usuarios no faltan prohibiciones de la publicidad engañosa, enmarcadas constitucionalmente en la actuación autonómica relativa a la promoción y defensa de los intereses de los consumidores, y en particular en cumplimiento de la debida tutela del derecho del consumidor a la información (art. 51 CE). Así, establecen una prohibición general de publicidad engañosa el artículo 4 del Decreto Legislativo 5/1986, del Gobierno Vasco, de 9 de septiembre, sobre regulación de la publicidad engañosa, legitima al Gobierno Vasco para iniciar procedimientos para la cesación o prohibición de una publicidad engañosa, y el art. 3. *g*) de la Ley 1/1990, de la Generalidad de Cataluña, de 8 enero, de Disciplina de Mercado y Defensa de los Consumidores y de los Usuarios.

2 ENCUADRAMIENTO SISTEMÁTICO

(8) El acto de engaño es el paradigma de la deslealtad frente al consumidor, esto es, del ilícito de deslealtad concurrencial nacido de la agresión a la libertad material de decisión de los consumidores. Con todo, el acto de engaño es desleal no sólo cuando las personas inducidas a error son los consumidores finales, sino también cuando lo sean operadores profesionales.

(9) De conformidad con ello, entre los elementos necesarios para afirmar que una determinada práctica constituye un acto de engaño desleal no se cuenta el perjuicio que pudiera ocasionar al competidor, en particular la posibilidad de que la práctica enjuiciada determine una pérdida de clientela. De tal modo, habrá un acto de engaño desleal si los consumidores son inducidos a error sobre algún extremo determinante de sus preferencias o decisiones en el mercado, aunque de ello no se siga ningún perjuicio para los competidores (porque *ad ex.* todos emplean los mismos métodos, alegaciones, indicaciones o manifestaciones engañosas). Por lo tanto, debe entenderse vacía de contenido la referencia que todavía se encuentra en materia de publicidad ilícita incluso desvinculada, al menos sobre el papel, de un perjuicio real o potencial para los competidores (art. 4 I LGP). En este contexto, los intereses de los competidores quedan materialmente tutelados indirectamente, mediante el aseguramiento de que las preferencias y decisiones de los consumidores se forman y adoptan a partir de una representación correcta de la realidad, y sólo procesalmente de forma directa, en la medida en que se les reconoce legitimación activa para el ejercicio de la acción de competencia desleal también para combatir un acto de engaño en la medida en que obviamente afecta o amenaza de forma directa sus intereses económicos [v. **Art. 19**

(4)]. La consideración del perjuicio ocasionado al competidor únicamente será de interés, en su caso, para acoger una pretensión de indemnización de daños y perjuicios.

(10) Más evidente es, en fin, la relación entre la represión del engaño y la tutela de los intereses generales. La construcción legal del acto de engaño desleal asume plenamente el rol esencial del consumidor en el mercado, que con su conducta, con sus preferencias y decisiones determina el éxito de los competidores y el funcionamiento eficiente del mercado. Desde esta perspectiva, la represión de los actos de engaño se revela pieza esencial para la salvaguardia de la transparencia en el mercado y, por lo tanto, pilar básico para el logro de uno de los objetivos a que declaradamente obedece la represión de la competencia desleal: el mantenimiento de mercados altamente transparentes (*cfr.* Exposición de Motivos III.2 párrafo último LCD).

(11) De ahí que sea acertado el vínculo establecido por la Ley de Competencia Desleal entre los actos de engaño, de un lado, y, de otro, la corrección y exactitud de las indicaciones difundidas. Ahora bien, esta relación no es suficiente para expresar todas las exigencias que la defensa y aseguramiento de la transparencia en el mercado impone en relación con la información suministrada al mercado y que, a decir verdad, el tipo dedicado a los actos de engaño incorpora. En efecto, el elemento que determina el engaño no es la inexactitud o la falsedad, sino el error, y como se verá éste es resultado que igualmente puede ser causado por indicaciones exactas y correctas, extremo que ciertamente encuentra un reflejo directo en la forma en que se ha integrado el engaño por omisión, mediante una exigencia de mínima exhaustividad informativa, determinable según las circunstancias de cada caso. En consecuencia, la tipificación del acto de engaño como acto de competencia desleal no exige que la información difundida sea correcta —o si se prefiere: no expresa un principio de exactitud objetiva—, sino que dicha información sea veraz, que sea correctamente entendida por sus destinatarios —o si se prefiere: expresa un principio de veracidad o exactitud subjetiva—, que impone la correspondencia de la impresión inducida en los destinatarios con la realidad de las cosas, que deberá ser apreciada en atención a las condiciones de todo orden que concurren en el caso, y sin perjuicio en particular de la más compleja estructura del acto de engaño como acto de competencia desleal (que integra, además de la discrepancia entre información y realidad, el error que provoca en los destinatarios y la aptitud para influir en la formación de las preferencias y toma de decisiones de los destinatarios).

3 LA ACCIÓN RELEVANTE

(12) El artículo 7 de la Ley de Competencia Desleal, tras una relación no exhaustiva del modo en que se produce el engaño y antes de otra relación también abierta del objeto sobre el que puede versar el engaño, establece una pequeña cláusula general (*v.* C. FERNÁNDEZ NOVOA, XIV *ADI* 1991-92, pág. 17). De conformidad con lo allí dispuesto, acto de engaño es cualquier 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 un extremo que puede influir en la formación de sus preferencias o en la toma de sus decisiones en el mercado. La referencia a la utilización o difusión de indicaciones incorrectas o falsas y a la omisión de las verdaderas, por tanto, no encierra el núcleo de la acción relevante y, por ello mismo, no constriñe el supuesto de hecho considerado; únicamente indica algunos de los elementos o circunstancias que, en principio y sin carácter exclusivo, pueden ser determinantes del engaño. Sentado lo anterior y antes de valorar su veracidad o su potencialidad para inducir a error, la práctica en sí misma considerada (las indicaciones, alegaciones o manifestaciones que constituyan su objeto) ha de reunir tres condiciones: exteriorización, referencia sólo y únicamente a la persona cuyas prestaciones se promocionan o a su actividad, prestaciones o establecimiento, así como, por último, aptitud para soportar un juicio de veracidad.

a Exteriorización

(13) La primera condición es ciertamente un trasunto de la exigencia de carácter general de realización en el mercado. En este sentido, la práctica enjuiciada, por su naturaleza y circunstancias, ha de exceder o ha de estar destinada a exceder del ámbito interno del sujeto que la realiza así como del ámbito estricto de las relaciones de naturaleza precontractual y contractual (v. SAP *Valencia* 19-VI-1996 «centralita de teléfonos»), con lo que resultará adecuada para trascender al mercado y, de este modo, podrá ser valorada por sus destinatarios en la formación de sus preferencias y adopción de sus decisiones en el mercado. Comprende por lo tanto toda comunicación establecida con la clientela o con los proveedores. En cambio, es irrelevante la forma en que la práctica se exterioriza. En consecuencia, puede constituir una acción engañosa cualquier práctica que trascienda al mercado, con independencia de la forma en que se haga, sea de forma escrita, oral (o si se prefiere, perceptibles mediante la lectura o mediante la audición, incluida la comunicación entre las fuerzas de promoción o de venta y los clientes), gráfica, mediante toda clase de representaciones gráficas, visuales o audiovisuales (cfr. RJAAP 29-X-1998 «Whitehall [confirmada por RJAAP (Pleno) 15-XII-1998]) o de otro modo, incluidas la designación de los agentes económicos, de sus actividades, prestaciones —no en vano en Derecho de marcas se dispone una prohibición absoluta de registro para los signos que pueden inducir a error sobre la naturaleza, la calidad, las características o la procedencia geográfica de los productos o servicios [art. 11.1. f) LM] y constituye este efecto causa de caducidad de las marcas registradas [art. 53. c) LM]—o establecimientos, o la presentación de las prestaciones.

(14) En lo que hace a su objeto o contenido material la práctica puede consistir no sólo en las indicaciones expresamente referidas en el texto legal, sino también en alegaciones y manifestaciones. En este mismo orden de cosas, es indistinto que las indicaciones utilizadas o difundidas sean propias o ajenas, lo que permite enjuiciar como acto de engaño el empleo publicitario de estudios de mercado o de estudios comparativos de productos o servicios hechos por terceras personas (en general, sobre los problemas jurídicos del empleo de estudios comparativos en la publicidad, v. J. A. GÓMEZ SEGADÉ, en *Problemas actuales del Derecho de la publicidad*, pág. 231 ss.), o la publicidad testimonial que vaya más allá de la expresión de una opinión personal acerca del producto o servicio en cuestión.

b Referencia exclusiva al sujeto cuyas prestaciones se promocionan

(15) Las indicaciones, alegaciones o manifestaciones deberán referirse al sujeto cuya posición en el mercado se trata de asegurar o cuyas prestaciones se trata de promocionar. Esta segunda condición marca los lindes con otros actos de competencia desleal, merecedores ellos mismos de una particular tipificación: si la acción considerada se refiriere sólo a la persona de un tercero o a su actividad, prestaciones o establecimiento distintos de la persona, actividad, prestaciones o establecimiento favorecidos habrá de ser enjuiciada, en su caso, como acto de denigración (art. 9 LCD), mientras que si se refiere conjuntamente a las actividades, prestaciones o establecimiento de un determinado sujeto y a los de un tercero habrá de ser como acto de comparación si ello se hace con el fin de destacar la superioridad de lo ofrecido por el sujeto favorecido frente a lo ajeno (art. 10 LCD), o como acto de explotación de la reputación ajena si se hace con el fin de equipararlo a lo ajeno o de servirse de otro modo de lo ajeno para asegurar o promocionar su difusión en el mercado (art. 12 LCD). En principio, además, las indicaciones, alegaciones o manifestaciones deben afectar aisladamente a las características, propiedades... de la persona, actividad, prestaciones o establecimiento a los que atañen, y no a la identificación de dicha persona, de su actividad, prestaciones o establecimiento por causa de su conexión o vinculación con un tercero, pues éste es el ámbito propio de la confusión (art. 6 LCD).

c Contenido susceptible de ser valorado en términos de veracidad

(16) Finalmente, se exige que la acción, por su contenido, pueda valorarse en términos de veracidad, esto es, que la acción considerada transmita a los destinatarios una cierta idea de la realidad de las cosas. De tal forma, las alegaciones, indicaciones o manifestaciones difundidas necesariamente han de poseer un núcleo fáctico. Sólo en tales circunstancias es posible fijar, en efecto, la existencia o no de la divergencia entre lo comunicado y la realidad que constituye error y sobre la que se asienta el engaño, esto es, sobre la que se construye en este caso el juicio de deslealtad. Pero la exigencia de que concurra un núcleo fáctico en la práctica no debe valorarse en términos objetivos, sino subjetivos. En este sentido, habrá o no un núcleo fáctico según los destinatarios reconozcan o no circunstancias de hecho en el contenido de la práctica, pues sólo en tal caso puede surgir la diferencia entre lo que la práctica hace creer a los destinatarios y la realidad de las cosas.

(17) Como consecuencia de la exigencia de contenido fáctico, no puede enjuiciarse como acto de engaño la comunicación al público de juicios de valor puros: opiniones y elogios que no expresan una valoración formulada a partir de circunstancias de hecho conocidas o reconocibles por el destinatario, sino una valoración enteramente subjetiva. Esta clase de manifestaciones, por otro lado, no dejan de quedar protegidas por la garantía constitucional de la libertad de expresión (art. 20.1 CE).

(18) Y por esta misma razón, tampoco puede ser enjuiciada como acto de engaño la publicidad directamente encaminada a provocar sentimientos irracionales —sin perjuicio de que aquélla pueda reprimirse como supuesto de publicidad desagradable [v. **Art. 5 (32)**]—, ni la publicidad meramente sugestiva, carente de todo contenido informativo pero que resulta adecuada para condicionar las reacciones de los consumidores mediante el fomento de estereotipos ligados al uso o consumo de un producto o servicio —sin perjuicio de que en todo caso esté sometida a fuertes restricciones en relación con algunos productos, como sucede por ejemplo con la publicidad de las bebidas alcohólicas (*cfr.* art. 11 de la Ley 25/1994, de 12 de julio, de incorporación al ordenamiento jurídico español de 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), de los automóviles (*cfr.* art. 52 R. D.-L. 359/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos de Motor y Seguridad Vial) o de los preparados para lactantes y preparados de continuación [*cfr.* art. 7.2. d) R. D. 1408/1992, de 20 de noviembre, por el que se aprueba la Reglamentación técnico-sanitaria específica de los preparados para lactantes y preparados de continuación].

d Información correcta que puede inducir a error

(19) Por el contrario, y como ya se ha señalado, para calificar a una acción como acto de engaño no es determinante *per se* la incorrección o inexactitud de las alegaciones, indicaciones o manifestaciones en que pueda consistir. El centro de gravedad del acto de engaño no se encuentra en una aséptica falta de correspondencia con la realidad, sino en el error y, por lo tanto, en la impresión acerca de la realidad inculcada en los destinatarios por la comunicación enjuiciada. De ahí que, a estos efectos, no importe única y exclusivamente si el contenido de las indicaciones, alegaciones o manifestaciones coincide con la realidad, sino sólo si la representación de la realidad que provocan en los destinatarios coincide con la realidad. Y de ahí también que la acción relevante deba dar cabida tanto a la utilización de indicaciones inexactas o falsas, como a la omisión de las verdaderas así como, aunque no resulte sencillo deslindar este

supuesto de la omisión, al empleo de indicaciones que son exactas si, dado el contexto y no obstante su corrección y exactitud objetiva, pueden entenderse incorrectamente.

(20) Como consecuencia de este planteamiento, deberán enjuiciarse como supuesto de actos de engaño las afirmaciones que, siendo veraces, conduzcan a extraer conclusiones, particularmente respecto de los sujetos, productos, actividades o establecimientos a que no se refieren de forma expresa que, por el contrario, no se corresponden con la realidad (v. SAP *Sevilla* 12-V-1992 «empresas legalmente constituidas e inscritas»); las expresiones o frases ambiguas [SAP *Madrid* 28-III-1998 «asistencia técnica especializada», cfr. RJAAP 26-V-1996 «La Vanguardia (11)», 9-VII-1998 «El Periódico de Cataluña» —confirmada por RJAAP (Pleno) 22-IX-1998 «El Periódico de Cataluña y La Vanguardia»—, 31-VII-1998 «SP Editores, S. A.», 13-XI-1998 «Aula Activa, S. A.»]; las indicaciones, alegaciones y manifestaciones dotadas de una pluralidad de significados cuando no resulte evidente que el comúnmente entendido por los destinatarios se corresponde con la realidad, como ocurre con alguna frecuencia en relación con las indicaciones sobre precios rebajados que no revelan el motivo de la reducción (ofertas-señuelo u ofertas de atracción) o el término de comparación escogido (precios propios normalmente practicados o sólo durante un corto período de tiempo, precios recomendados...) [v. F. PALAU, *Descuentos promocionales* , pág. 202-210, y SAP *Baleares* 11-II-1998 «gafas R.-B. con descuento»]; las indicaciones relativas a la naturaleza, características o calidad de los productos (natural/artificial, títulos...), en especial si las descripciones o calificaciones empleadas para indicar estos extremos se apartan de las legalmente dispuestas al efecto (cfr. RJAAP 24-VII-1998 «Danone, S. A. (II)» [confirmada por RJAAP (Pleno) 22-IX-1998 «ASOZUMOS y Danone, S. A.»]; las indicaciones referidas a la situación existente en un momento determinado, cuando no se actualicen debidamente [cfr. RJAAP 19-III-1997 «La Vanguardia (1)»]; las indicaciones que tratan de disfrazar una publicidad de tono excluyente pero que no obstante son entendidas como excluyentes, cuando no se ocupa la posición de privilegio o superioridad reivindicada [v. **(41)**]; las indicaciones basadas en el testimonio de terceros, cuando por las circunstancias del caso puedan los destinatarios presumir cualificaciones, capacidades o experiencias en el tercero que avala la actividad, prestación o establecimiento que no son reales (cfr. RJAAP 4-X-1996 «Kellogg's España, S. A.» [confirmada por RJAAP (Pleno) 6-XI-1996]); las indicaciones que destacan de forma muy llamativa obviedades, en especial la presencia en la actividad, prestación o establecimiento de un elemento, propiedad o característica que es común a los de su clase por pertenecer a su propia naturaleza o por venir así impuesto por normas y aquello o esto sea normalmente ignorado por los destinatarios, o bien que destacan especialmente elementos o aspectos en esencia irrelevantes para que la actividad, prestación o establecimiento promocionados cumpla la función que le resulta propia (algo que puede ocurrir especialmente, por ejemplo, en las invocaciones publicitarias a la seguridad y salud de los consumidores, o al respeto al medio ambiente), circunstancias éstas que deben valorarse con particular rigor en el caso de que las indicaciones, alegaciones o manifestaciones enjuiciadas tengan un tono excluyente (v. C. LEMA, *La publicidad de tono excluyente* , pág. 478-482); las indicaciones basadas en resultados de pruebas comparativas, cuando no se informe adecuadamente acerca de los resultados conjuntos de la prueba o cuando la prueba no se haya practicado correctamente o no sea representativa...

e Omisión de información

(21) La acción relevante cubre, como ha tenido ocasión de señalarse, la omisión de indicaciones verdaderas (v. C. FERNÁNDEZ NOVOA, *Estudios de Derecho de la publicidad* , pág. 271-277). Cualquiera que sea la dicción legal, la omisión engañosa no se produce tanto como consecuencia de un silencio puro y simple —esto es y del modo en que con carácter general se señala, la omisión no es desleal *per se* (C. LEMA,

en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, T. I, pág. 875, o A. TATO, *RGD*, 1996, pág. 11753)—, cuanto del contraste entre lo indicado, alegado o manifestado y lo que se silencia al respecto —como también se destaca comúnmente (*per omnia*, C. FERNÁNDEZ NOVOA, *Estudios de Derecho de la Publicidad*, pág. 286) y como asimismo han tenido ocasión de apreciar los tribunales (v. SSAP *Madrid* 28-X-1991 «Azúcar light», *Barcelona* 15-III-1993 «sin los efectos desagradables del cloro» [confirmada por STS 8-V-1997], *Barcelona* 3-IX-1996 «amb la salut no s'hi val jugar», *Madrid* 30-X-1996 «Depósito de Interés Creciente»; v. también STSJ *Madrid* 22-V-1996 «utilización de instalaciones deportivas en Urbanización Hórreo VI»)—. De tal forma, lo relevante en última instancia no es la omisión por sí misma considerada, sino la puesta en circulación de una información incompleta (que se revela sólo parcialmente veraz y, por lo tanto y en su caso, inexacta), y en particular, y siempre en atención al entendimiento que hagan los destinatarios de la comunicación en cuestión, la falta de aclaración respecto del contenido de la comunicación enjuiciada o respecto de la información transmitida en una ocasión diferente cuando lo indicado, alegado o manifestado en dicha ocasión diferente integre de hecho, junto con el contenido de la comunicación enjuiciada, las expectativas de los destinatarios, o incluso la falta de aclaración respecto de aquello que forma parte del conocimiento o de la experiencia de los destinatarios y que, por ello, igualmente determina *a priori* y en todo caso sus expectativas (en otros términos, A. TATO, *RGD*, 1996, pág. 11754-11759).

(22) En consecuencia, y de la misma forma que la deslealtad del engaño no persigue privar a la comunicación con la clientela de su carácter esencialmente persuasivo, la inclusión del error por omisión como conducta relevante en materia de engaño no impone ni refleja un deber de exhaustividad informativa, ni tampoco un deber de información mínima en relación con las actividades, prestaciones o establecimientos promocionados (aunque no puede negarse tampoco que de forma mediata contribuye eficazmente a la puesta en circulación de informaciones más precisas y útiles en el mercado). El anunciante no está obligado, por tanto, a adoptar una posición distante y neutral en relación con el contenido de la comunicación publicitaria; sí lo está, en cambio, a evitar o en su caso a completar las manifestaciones, indicaciones o alegaciones que transmitan una información incompleta con riesgo de inducción a error, en su caso como resultado de informaciones anteriormente transmitidas o de conocimientos o experiencias propios de los destinatarios. Así las cosas no puede extrañar la precaución del legislador, que aparentemente sólo permite calificar de engañosa la omisión si afecta a datos esenciales relativos a las actividades, prestaciones o establecimientos promocionados, a «datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios» (art. 4 II LGP). Con todo, la interpretación de esta norma debe estar guiada por la prudencia. En efecto, la exigencia de que los datos omitidos sean esenciales o fundamentales no implica una objetivación o ni aún menos una predeterminación de los datos cuya omisión puede dar lugar a un engaño. Antes bien, de este modo sólo se hace patente que el engaño por omisión está reservado a los supuestos en que, en atención al particular contenido de las indicaciones, alegaciones o manifestaciones enjuiciadas y de las circunstancias que las rodean, los datos silenciados puedan llevar a los consumidores a formar sus preferencias o a tomar decisiones ignorando una información (la omitida) que, de haber dispuesto de ella, hubiera podido determinar una conducta distinta (*cf.* art. 2.2 *in fine* D. 2584/1973, de 19 de octubre, por el que se regula la publicidad de determinadas inversiones).

(23) En la medida en que el carácter engañoso de la omisión depende absolutamente del contexto, no es razonable determinar con carácter previo y general los datos que a estos efectos deben considerarse esenciales o fundamentales, esto es, los datos cuya falta de mención puede constituir una omisión engañosa. De cualquier forma, también en el supuesto de omisión de datos que, en el caso considerado, tengan la condición de esenciales o fundamentales, el núcleo del reproche de deslealtad reside en la inducción

a error. No existe razón, pues, para establecer ni manejar criterios específicos para la determinación de la deslealtad de la omisión engañosa.

(24) A estos efectos parece conveniente atender especialmente a la naturaleza y características de la actividad, prestaciones o establecimiento promocionados, pero también, y sobre todo, al contenido particular de las alegaciones, indicaciones o manifestaciones realizadas, a las características del círculo de destinatarios y a las circunstancias en que se produce el contacto con los destinatarios. Para la valoración de estos tres últimos extremos sólo pueden darse reglas de experiencia, como las que advierten de la mayor peligrosidad de la publicidad agresiva, de la publicidad que ofrece una prestación aparentemente gratuita (*cf.* RJAAP 26-V-1998 «Radiophone»), de la publicidad relativa a productos en esencia nocivos que destaca sobremanera un aspecto positivo inhábil para evitar o compensar los efectos perjudiciales típicos del producto promocionado y, en general, de la publicidad que contiene menciones relacionadas con la salud (*v.* SSAP *Madrid* 28-X-1991 «Azúcar light», *Barcelona* 15-III-1993 «sin los efectos desagradables del cloro» [confirmada por STS 8-V-1997]) o el medio ambiente, de la publicidad que contiene referencias vagas a los extremos conectados con el que se silencia o que intenta asociar el producto promocionado a otro de diversa naturaleza (*cf.* RJAAP 19-III-1997 «Agra»), de la publicidad de eficacia inmediata, de la publicidad relativa a productos o servicios que carecen de algunas de las propiedades características de la clase de productos o servicios a que pertenecen o que son usualmente ofrecidas... En cambio, para la valoración del primero de los referidos extremos, las exigencias de información derivadas de la naturaleza o características de las actividades, prestaciones o establecimientos considerados, existen algunas claras pautas legales. En efecto, la cantidad de información que el oferente, particularmente el oferente de prestaciones debe suministrar a los consumidores no es enteramente libre. Con carácter general, se obliga a que la oferta, promoción y publicidad se ajusten a la naturaleza, características, condiciones, utilidad y finalidad de las prestaciones (art. 8.1 LCU); es más, la omisión de datos importantes en estos puntos constituye una infracción en materia de defensa de los consumidores (art. 34.9 LCU). De otro lado, son numerosas las prescripciones relativas a la información que debe contener la publicidad de ciertos productos o servicios o de ciertos aspectos de una oferta, e incluso el etiquetado y presentación de los productos.

f Publicidad encubierta

(25) La extensión de la acción relevante a cualquier práctica apta para inducir a error con independencia de su forma permite traer el enjuiciamiento de la publicidad encubierta a la esfera de los actos de engaño. La publicidad encubierta es la publicidad difundida a través de un medio de comunicación social que, a causa de su forma de presentación y del tono de su contenido, sus destinatarios no perciben como tal publicidad (esto es, como una comunicación dirigida a promover la contratación de bienes o servicios), sino como información proporcionada por el medio de comunicación (*v.* C. FERNÁNDEZ NOVOA, «La publicidad encubierta. Comentario a la resolución del Jurado Central de Publicidad de 15 de octubre de 1975», 3 *ADI* 1976, pág. 371 ss., pero manejo la reproducción de este trabajo publicada en C. FERNÁNDEZ NOVOA, *Estudios de Derecho de la publicidad* , pág. 183 ss.).

(26) La publicidad encubierta se caracteriza, en consecuencia, por enmascarar la naturaleza esencialmente parcial y persuasiva de la correspondiente comunicación, y por presentarla al destinatario revestida de la objetividad y credibilidad propia del contexto informativo en que se inserta y con el que se confunde. Por ello, en este caso el engaño y, así, la deslealtad de la práctica, no radica en la divergencia entre la imagen que el destinatario se forja a partir de ciertas indicaciones o manifestaciones y la realidad de las cosas, sino en el mero entendimiento de que el mensaje que se recibe no es

publicidad. Así, la publicidad encubierta constituye un acto de engaño (desleal si versa sobre un extremo relevante para decidir la preferencia del destinatario por un agente, por una prestación o por un establecimiento), que por demás encuentra acomodo en la referencia legal a la publicidad que es engañosa por su forma de presentación hecha en el artículo 4 I de la Ley General de Publicidad (c. LEMA, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, T. I, pág. 873-874); no en vano entre nosotros se explicó autorizadamente su prohibición por el propósito de evitar el error acerca de la manera de presentarse exteriormente las expresiones publicitarias (C. FERNÁNDEZ NOVOA, *Estudios de Derecho de la publicidad*, pág. 197).

(27) Las dificultades de identificación de la publicidad encubierta no son pequeñas. Ciertamente se ha establecido de forma expresa un principio general de separación de la publicidad, que obliga a los medios a deslindar perceptiblemente la información de la publicidad y al anunciante a desvelar inequívocamente el carácter publicitario de sus anuncios (art. 11 LGP) Y que, no obstante su ubicación entre las disposiciones generales sobre contratación publicitaria, constituye una prevención de la publicidad engañosa por su forma de presentación (en esencia coincidente con lo apuntado por C. LEMA, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, T. I, pág. 874-875). No parece imponerse la obligación de destinar un espacio especial a la publicidad, sino sólo la obligación de identificar adecuadamente la publicidad, con empleo de los pertinentes recursos gráficos, auditivos, visuales o audiovisuales (como *ad ex.* la inclusión de los anagramas del anunciante: SAP Sevilla 4-XII-1992 «anuncio en ABC», o de las indicaciones «publirreportaje» o «publiinformación»: *cf.* RJAAP 17-XII-1996 «Merck Farma y Química, S. A.»), o, en términos generales, la obligación de identificarla de la forma en que, atendidas las circunstancias del caso, resulte precisa para revelar sin dudas el carácter publicitario de la comunicación (*cf.* RJAAP 26-VI-1998 «Fujitsu»). Esta obligación se contiene entre las disposiciones generales de la contratación publicitaria, por lo que su inobservancia podría constituir un acto de competencia desleal como supuesto de violación de normas (art. 15 LCD).

(28) El alcance de esta obligación deja, no obstante, algunos huecos significativos, que revelan de un cierto desfase respecto de las técnicas publicitarias actuales y del negocio de algunos medios: en la medida en que la obligación de los medios sólo se refiere a su función informativa, pero no al resto de ámbitos en que actúan y, en particular, a la difusión de programas de entretenimiento, la obligación de separación es insuficiente para prevenir el llamado *product placement*, y, de otro lado, los riesgos de las crecientes conexiones financieras entre los medios y empresas del mismo sector o de otros sectores, que pueden hacerse patentes en el tratamiento informativo que merecen las actividades, prestaciones o establecimientos de las empresas del mismo grupo.

(29) El tratamiento de la publicidad encubierta se ha abordado en términos más amplios en la regulación de la publicidad en televisión. Con efectos limitados a este medio de comunicación, la publicidad encubierta se ha definido, en lo esencial, como presentación de cualquier clase, dentro de los programas, del objeto de la oferta o de elementos a los que se asocia la oferta con una finalidad publicitaria intencionada por parte de la entidad de televisión y de forma que pueda inducirse al público a error acerca de la naturaleza —publicitaria o no— de esta clase de presentación [*cf.* art. 3. d) de la Ley 25/1994, de 12 de julio, de incorporación al ordenamiento jurídico español de 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, modificada por la Ley 22/1999, de 7 de junio]. La amplitud de los términos de la definición extiende su alcance al llamado *product placement*, esto es, a la colocación de los productos en los programas televisados mostrando sus marcas u otros elementos, incluida su forma de presentación, de modo

tal que el público los reconoce y distingue respecto de los demás del mismo género. También en este ámbito existe un mandato legal de separación entre contenidos y publicidad (art. 11 de la Ley 25/1994, de 12 de julio, de incorporación al ordenamiento jurídico español de 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, modificada por la Ley 22/1999, de 7 de junio), que debe entenderse hace las veces de una (inexistente) prohibición de la publicidad encubierta (pues su transgresión comporta la realización de publicidad encubierta).

g Publicidad subliminal

(30) La publicidad subliminal es una de las modalidades de publicidad ilícita objeto de particular tipificación [arts. 3. d) y 7 LGPJ, quizás justificada por la frecuencia con que aparentemente se ha recurrido a ella (*cf.* E. GARCÍA MATILLA, *Subliminal: escrito en nuestro cerebro*, Bitácora, Madrid, 1990, *passim*). En este contexto, la publicidad subliminal se define como publicidad que actúa sobre los destinatarios sin ser conscientemente percibida, lo que se consigue gracias al empleo de especiales técnicas. Como en el caso de la publicidad encubierta, la deslealtad radica en la difusión de la publicidad de una forma tal que el destinatario no se percata de la naturaleza y finalidad de la comunicación a que se expone, efecto si cabe agravado por la circunstancia de que las técnicas empleadas impiden incluso el reconocimiento consciente del mensaje mismo.

4 EL CONTENIDO DEL ENGAÑO

(31) La falsedad o inexactitud de las indicaciones, alegaciones o manifestaciones y el silencio de extremos esenciales relativos a las prestaciones promocionadas no determinan por sí mismas que constituyan actos de engaño desleales. La deslealtad reside, en efecto, en el error a que conducen o pueden conducir. En este contexto, el error se produce cuando la realidad de las cosas se separa de la idea de la realidad o expectativas inducidas por el acto considerado o, expresado de forma más simple, el error es la falsa representación de la realidad que la conducta considerada provoca o puede provocar entre sus destinatarios naturales o efectivos (aunque desde la perspectiva del art. 8.3 LCU, STS 8-XI-1996 «Complejo Residencial Don Alfonso»).

(32) No debe seguirse de ahí, sin embargo, que se haya liberalizado la difusión de información incorrecta y falsa en el mercado cuando ello no lleve a error o, dicho en otros términos, que el engaño pueda incluirse entre las prácticas molestas cuyos límites, según dice la Exposición de Motivos de la Ley de Competencia Desleal, se trazan de forma restrictiva. En mi opinión, en efecto, no existe razón para no respaldar la vigencia de un principio de veracidad en la publicidad y, en general, en la comunicación con la clientela. Desde la perspectiva de las exigencias de la competencia económica, la puesta en circulación de información incorrecta y falsa, en efecto, no es ciertamente conciliable con el mercado altamente transparente cuyo aseguramiento se incluye entre los objetivos de política legislativa que inspiran la legislación contra la competencia desleal (*cf.* apartado III.2, párrafo último de la Ley de Competencia Desleal): la información exacta y correcta acerca de los agentes que operan en el mercado, de sus actividades, prestaciones y establecimientos es condición irrenunciable de todo orden concurrencial basado en el principio de eficiencia de prestaciones. Como tampoco se puede cohonestar, siempre a la luz de los imperativos derivados de la constitución económica, con los derechos reconocidos a los consumidores, entre los que figura el derecho a recibir una información correcta sobre los productos y servicios [art. 2.1. d) LCU]. Finalmente, tampoco es conciliable, ahora desde una perspectiva sistemática, con la normativa que, para ciertas prestaciones o para ciertos elementos

de la oferta o del mensaje publicitario, intensifica el deber de respeto del principio de veracidad, como ocurre en relación con la publicidad de productos y servicios financieros, en el primer sentido, o como ocurre en relación con los precios, en el segundo. Siendo ello así, la colocación del centro de gravedad del ilícito en la inducción a error, y no en la mera incorrección o falsedad, no puede tener otro efecto que evitar los excesos que pudiera tener la construcción del engaño en torno a un estricto principio de corrección y exactitud y, en particular, someter al juicio de deslealtad por engaño a las indicaciones objetivamente correctas y exactas que, ello no obstante, inducen o pueden inducir a error así como a la omisión de datos que provoca o puede provocar error.

(33) El reproche de deslealtad no exige un engaño efectivo; basta que el acto considerado sea susceptible de inducir a error, y en consecuencia no se exige la prueba de que en uno o varios destinatarios del acto enjuiciado se ha inculcado realmente una falsa representación de la realidad, sino tan sólo la prueba de las circunstancias que, en atención a los extremos antes indicados, permitan concluir que dicho acto da lugar o, de alcanzar la difusión precisa, puede dar lugar a aquellos resultados [v. **(42)**].

5 APTITUD PARA INFLUIR EN LA CONDUCTA DE LOS DESTINATARIOS

(34) El error sólo determina la deslealtad de las indicaciones, alegaciones o manifestaciones enjuiciadas que lo provocan en la medida en que es apto para influir en la conducta de sus destinatarios, y en particular para influir en la formación de sus preferencias o en la toma de sus decisiones. Este elemento del ilícito no ha sido objeto de una especial mención en la tipificación de los actos de engaño; su concurrencia, sin embargo, es requisito imprescindible para que el acto enjuiciado posea la finalidad concurrencial exigida con carácter general, esto es, para que sea objetivamente adecuado para asegurar la difusión o promover prestaciones en el mercado. Más acertadamente, en cambio, ha encontrado reflejo en la definición de la publicidad engañosa, en la medida en que se condiciona, al menos en parte, a que pueda «afectar a su (de los consumidores) comportamiento económico» (art. 4 I LGP). La aptitud para influir sobre la conducta de los destinatarios depende, en lo esencial, de dos circunstancias: de una parte, de que el error verse sobre un extremo relevante y, de otra parte, de que los destinatarios valoren en serio las correspondientes indicaciones, alegaciones o manifestaciones. En ninguno de los casos se requiere, por el contrario, que el error determine en efecto la conducta de los destinatarios en el mercado; basta con la posibilidad de que así sea.

a Relevancia del extremo sobre el que recae el error

(35) La falsa representación de la realidad que pueda seguirse de una determinada indicación, alegación o manifestación únicamente es adecuada para influir en la conducta de sus destinatarios, y por lo tanto para determinar la deslealtad por engaño, en la medida en que recaiga sobre un extremo relevante. En este sentido, el error debe versar sobre aquello que los destinatarios en efecto toman en consideración en el trance de formar sus preferencias y adoptar las correspondientes decisiones de mercado, que aporta un especial atractivo al producto o servicio a que se refiere. Entre los extremos adecuados para determinar el engaño, y como se ha apuntado anteriormente con las repetidas referencias a la formación de las preferencias, no sólo figuran los que tienen influencia inmediata en la decisión de mercado arquetípica, esto es, en la decisión de contratar una prestación en lugar de otras alternativas, sino todos aquellos que resuelven la toma de contacto con un particular agente y no con otros y, en este sentido, todos aquellos que pueden influir objetivamente en la inclinación, simpatía o simplemente interés de los consumidores por unas prestaciones u otras, por unos agentes u otros o por unos establecimientos u otros. De tal modo, el error relevante

puede nacer también del mero efecto atractivo sobre un particular agente, sobre su oferta en general (por ejemplo, mediante una aparente promesa de regalo que incita a consultar los folletos de publicidad enviados por correo: *cfr.* RJAAP 23-VII-1996 «Pioneer Electric España, S. A.») o sobre su establecimiento, siempre que las razones que despierten semejante preferencia sean infundadas. En consecuencia, el engaño se perfila como el criterio de control genérico de la licitud de las llamadas ofertas de atracción u ofertas señuelo, sin perjuicio de su específica tipificación en los casos en que el elemento de atracción sea una prima (art. 8.2 LCD) o una venta a pérdida [art. 17.2. a) LCD] [v. (55) a (57)].

(36) Los tribunales no han tenido dudas en integrar la relevancia del extremo sobre el que recae el error entre los requisitos que debe concurrir para apreciar la existencia de un acto de engaño (v. SSAP *Granada* 18-V-1992 «falso concesionario de IBM», *Madrid* 27-V-1994 «COU en Estados Unidos») y, en un sentido contrario, en desestimarla cuando no se ha podido comprobar que el error recayera sobre un extremo relevante (v. SAP *Barcelona* 8-VI-1995 «Grúas Vilafranca c. Grúas y Transportes Vilafranca», AAP *Barcelona* 17-VII-1995 «supresión de códigos de producto»).

(37) Manifestación de la asunción legal de este requisito es, en cualquiera de los casos, la enumeración de los extremos sobre los que puede versar un error que se contienen tanto en la Ley de Competencia Desleal como en la Ley General de Publicidad. Estos extremos, en efecto, son la naturaleza, modo de distribución o fabricación, características, aptitud en el empleo, calidad y cantidad de los productos y, en general, sobre las ventajas realmente ofrecidas (art. 7 LCD), o características de los bienes, actividades o servicios (origen o procedencia geográfica o comercial, naturaleza, composición, destino, finalidad, idoneidad, disponibilidad, novedad; calidad, cantidad, categoría, especificaciones y denominación; modo y fecha de fabricación, suministro o prestación; resultados que pueden esperarse de su utilización; resultados y características esenciales de los ensayos o controles), precio completo o presupuesto o modo de fijación del mismo, condiciones de la adquisición, utilización y entrega de los bienes o de la prestación de los servicios, motivos de la oferta, naturaleza, cualificaciones y derechos del anunciante (identidad, patrimonio y cualificación profesional; derechos de propiedad industrial o intelectual; premios o distinciones) o, en fin, servicios postventa (art. 5 LGP). En ambos casos, no obstante, se trata de una relación enunciativa; el error determinante del engaño, por lo tanto, puede recaer sobre cualquier otro extremo que, en el supuesto considerado, sea adecuado para influir en la decisión del consumidor.

(38) De la relación legal, con todo, se infiere que el error relevante es un error relativo sólo a circunstancias de hecho, esto es, relativo a extremos que se pueden comprobar objetivamente. De ahí se siguen, a su vez, dos consecuencias (apuntadas ya por C. FERNÁNDEZ NOVOA, *Estudios de Derecho de la publicidad* , pág. 168-170). De una parte, el engaño no es predicable de los juicios subjetivos, valoraciones u opiniones; no obstante, y como he tenido ocasión de advertir anteriormente, los juicios subjetivos están de común estrechamente relacionados con hechos, de modo que todos los que, por esta razón, pudieran objetivarse quedan igualmente sometidos al control de veracidad y, por ello, de engaño. De otra parte, la deslealtad por engaño tampoco es predicable de los elogios genéricos y triviales hechos a la prestación promocionada.

b Exageración publicitaria y publicidad de tono excluyente

(39) Y esto nos lleva a un tema conexo, como es la necesidad de que los destinatarios valoren seriamente el contenido de la comunicación enjuiciada como presupuesto de todo punto ineludible para que pueda producirse el engaño. Esto se ha saldado en que la exageración o charlatanería publicitaria haya merecido un enjuiciamiento indulgente

(v. C. LEMA, *La publicidad de tono excluyente* , pág. 108-117, y antes, C. FERNÁNDEZ NOVOA, *Estudios de Derecho de la publicidad* , pág. 168-169) y, a la inversa, en que la publicidad de tono excluyente se haya considerado engañosa cuando no se ha ajustado a la realidad de las cosas (grupo de casos introducido en nuestra literatura por C. FERNÁNDEZ NOVOA, ob. últ. cit., pág. 74, y estudiado monográficamente por C. LEMA, *La publicidad de tono excluyente* , pág. 418 al final). La separación entre la exageración publicitaria y la publicidad de tono excluyente no es en absoluto tarea sencilla: el linde entre una y otra está marcado por el crédito que el destinatario concede al mensaje y, en consecuencia, sólo puede trazarse caso por caso, en atención a las particulares circunstancias que concurren en el supuesto considerado.

(40) La exageración publicitaria consiste en la difusión de alegaciones o manifestaciones, que no indicaciones, tendentes a ensalzar la actividad, prestación o establecimiento promocionados en términos y de forma tal que los destinatarios las reconocen carentes de una base objetiva y, por ello, no las valoran en serio. Así las cosas, la exageración publicitaria no puede provocar ninguna creencia acerca de la realidad y, en consecuencia, no es apta para determinar la conducta de los destinatarios en el mercado, de donde se sigue que no constituye un acto de engaño [v. SSAP *Madrid* 8-III-1993 «Pepsi es lo de hoy» (confirmada por STS 24-II-1997), *Barcelona* 25-IV-1996 «Joyas Únicas del Amor»]. Ello no obstante, conviene cuanto menos extremar la prudencia en el caso de que las alegaciones o manifestaciones enjuiciadas sean precisas, hayan sido realizadas por empresas que gozan de cierto grado de reconocimiento por parte de los destinatarios o recaigan sobre los extremos o aspectos que resultan clave en la formación de las preferencias y en la toma de las decisiones de consumo (v. C. FERNÁNDEZ NOVOA, *Estudios de Derecho de la publicidad* , pág. 174-178, C. LEMA, *La publicidad de tono excluyente* , pág. 469-470).

(41) En cambio, la publicidad de tono excluyente atribuye al sujeto que la realiza o a las actividades, prestaciones o establecimientos promocionados una posición única o privilegiada en el mercado, mediante mensajes que contienen datos concretos y comprobables, que los destinatarios reconocen y valoran propiamente como información y en términos de veracidad. Esta clase de publicidad es, por lo tanto, adecuada para inculcar una cierta representación de la realidad, susceptible de influir en la conducta de los destinatarios en cuanto verse sobre extremos relevantes y, por ello, para constituir un acto de engaño en cuanto se produzca una divergencia entre lo atribuido y la realidad (v. SSAP 16-III-1994 *Alicante* «la única que cumple todas las normas de seguridad», *Badajoz* 24-I-1997 «únicos legalmente autorizados», *Barcelona* 14-IX-1998 «único curso autorizado»). En estos casos es exigible que aquella posición única o privilegiada se sustente en una prueba exhaustiva y, en particular, que las alegaciones o manifestaciones excluyentes se funden en una correcta presentación de la propia posición (RRJAAP 9-VII-1998 «El Periódico de Cataluña» [confirmada por RJAAP (Pleno) 22-IX-1998 «El Periódico de Cataluña y La Vanguardia»], 29-X-1998 «Whitehall» [confirmada por RJAAP (Pleno) 15-XII-1998]); que hayan tomado en consideración a todos los operadores, actividades, prestaciones o establecimientos respecto de los cuales se afirma la supremacía (cfr. RRJAAP 3-II-1997 «Procter & Gamble España, S. A.», 29-X-1998 «Whitehall» [confirmada por RJAAP (Pleno) 15-XII-1998]), así como que exista una relación objetiva e inmediata entre la posición de primacía debidamente probada y el contenido de la afirmación, manifestación o alegación publicitaria [RRJAAP 4-X-1996 «Kellogg's España, S. A. (I)» —confirmada por RJAAP (Pleno)—, 29-X-1998 «Whitehall» —confirmada por RJAAP (Pleno) 15-XII-1998—].

c Suficiencia de la posibilidad de una influencia en la conducta de los destinatarios

(42) Finalmente, sólo se exige que la falsa representación de la realidad sea susceptible de condicionar la conducta de los destinatarios (SAP *Sevilla* 12-V-1992 «empresas legalmente constituidas e inscritas»). Por el contrario, no integra el juicio de engaño, esto es, no es elemento cuya presencia sea determinante de un engaño desleal la efectiva producción de un resultado, y no lo es, en particular, la contratación de las prestaciones promocionadas; de ahí que, unido a lo dicho respecto de la integración de la atracción hacia un determinado agente, hacia su actividad, prestaciones o establecimiento en el efecto desleal derivado del engaño, el hecho de que un ulterior estudio no ya de la publicidad, sino de información adicional posteriormente proporcionada o del contrato evite el error (y la contratación) no sea suficiente para negar el carácter engañoso de un determinado acto (en esta línea, M. VERGEZ, en A. BERCOVITZ, *La Regulación contra la Competencia Desleal*, pág. 55, o A. TATO, *RGD*, 1995, pág. 5495 y 5496; no obstante, SSAP *Madrid* 7-X-1991 «ni un duro hasta abril del noventa» [confirmada por STS 3-II-1995], *Madrid* 18-III-1999 «hipoteca "cuota fija"», o SJPI *Madrid* 15-II-1991 «van por la vida más tranquilos, seguridad al cien por cien»). Asimismo, las consecuencias perjudiciales que puedan seguirse del error para los competidores del sujeto activo no son por sí determinantes del reproche de deslealtad por engaño. Naturalmente, la culpa o dolo del sujeto agente carece de relevancia para que la práctica enjuiciada pueda ser declarada engañosa.

6 LA DETERMINACIÓN DEL ENGAÑO

(43) La prueba del engaño, entendida como prueba de la inducción a error sobre una circunstancia relevante para la formación de una preferencia o la adopción de una decisión de mercado y, por lo tanto, distinta de la prueba relativa a la exactitud de las alegaciones, indicaciones o manifestaciones valoradas, es presupuesto ineludible para la condena del acto de engaño. En este sentido, aunque sea condición previa necesaria, no es suficiente probar la incorrección o falsedad de la información comunicada de este modo o, en su caso, la omisión de datos esenciales, sino que es preciso demostrar además que provocan o pueden provocar en sus destinatarios una falsa representación de la realidad, esto es, que provocan en ellos una impresión y expectativas que no se corresponde con la realidad de las cosas. A esto se suma, como es obvio, la necesidad de probar que el error recae sobre un extremo relevante y que la comunicación enjuiciada es valorada seriamente por los destinatarios. Por consecuencia, la determinación del engaño no puede realizarse de un modo apriorístico y objetivo: aquí las cosas no son lo que son, sino lo que los destinatarios de la acción enjuiciada piensan que son y esperan que sean. Ello obliga naturalmente a proceder caso por caso. No obstante, no puede negarse la existencia de ciertas pautas de carácter general y formal en relación con el modo de determinación del engaño, que se desenvuelven en tres pasos o momentos: determinación del círculo de destinatarios y, dentro del mismo, del destinatario medio de la alegación, indicación o manifestación considerada, determinación del entendimiento que el destinatario medio hace de ella y, finalmente, confrontación entre dicho entendimiento y la realidad.

a Determinación del círculo de destinatarios

(44) Como ha quedado establecido, la clave de la deslealtad del acto de engaño posee naturaleza estrictamente subjetiva: un acto es engañoso si inculca en el destinatario o, de tener la difusión precisa, puede inculcar en el destinatario una creencia incorrecta que le lleve a preferir o escoger a un determinado agente, su actividad, prestaciones o establecimiento. Ello obliga a acomodar el juicio de deslealtad a las características particulares de los destinatarios de la acción enjuiciada, esto es, de las personas a las que se dirige (destinatarios naturales) y a las que alcanza (destinatarios efectivos), lo que, a su vez, exige en primer lugar fijar con precisión el llamado círculo de destinatarios, que será más o menos amplio en función de las características de la actividad,

prestación o establecimiento promocionados, del segmento de la demanda para el que se conciba la oferta, del medio de comunicación empleado para su difusión... Su determinación sirve a un doble fin.

(45) Desde un punto de vista general, el reconocimiento del círculo de destinatarios permite ajustar correctamente el nivel de rigor del enjuiciamiento, que como es obvio está en función de sus características y, en especial, de su formación y de su respuesta típica a la publicidad e información relativa a las actividades, prestaciones y establecimientos promocionados (v. SAP *Madrid* 28-X-1991 «Azúcar light»; v. también, aunque pronunciada en relación con los arts. 6 y 11 LCD, STS 17-VII-1997 «etiquetas autoadhesivas», y SAP *Madrid* 13-XII-1994 «catálogos de muebles de cocina»; cfr. asimismo RRJAAP 9-XII-1996 «Airtel Móviles, S. A.», 15-X-1998 «Airtel Móvil, S. A.»).

(46) De otro lado, la determinación del círculo de destinatarios es precisa para identificar ulteriormente al destinatario medio. En efecto, el entendimiento revelador del engaño no es el de un destinatario en particular ni el de un porcentaje más o menos elevado de las personas que componen círculo de destinatarios, sino el del destinatario medio (v. C. FERNÁNDEZ NOVOA, *Estudios de Derecho de la publicidad*, pág. 83); de otro modo, se corre seriamente el riesgo de restringir el caudal de información que suministren los oferentes al mercado, en claro perjuicio de uno de los objetivos de política legislativa asumidos por la Ley de Competencia Desleal: el aseguramiento de mercados altamente transparentes. El destinatario medio es un estándar o parámetro abstracto de valoración, en cuya particularización no parece lícito emplear criterios de diligencia traídos desde el ámbito jurídico-contractual —el destinatario tipo no es el buen padre de familia (acertadamente, M. VERGEZ, en A. BERCOVITZ, *La Regulación contra la Competencia Desleal*, pág. 56)—, sino sólo criterios de racionalidad media y máximas de experiencia. En este sentido, es obligado considerar al destinatario medio como persona normalmente informada y experimentada, razonablemente atenta y perspicaz, consciente del carácter persuasivo de la comunicación publicitaria y promocional... (v. STJCE 16-VII-1998, asunto C-210/96 «Gut Springenheide GmbH c. Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt»).

b Determinación de la impresión y expectativas del destinatario medio

(47) El siguiente paso consiste en establecer el entendimiento, esto es, la impresión y expectativas del destinatario medio. Para ello es preciso, en primer término, estar a las indicaciones, manifestaciones o alegaciones enjuiciadas, consideradas, en principio, en su conjunto (v. SAP *Valencia* 24-II-1999 «gestión de residuos tóxicos») incluidos tanto los aspectos semánticos de las mismas como su presentación formal (tamaño de letra, grafía, disposición espacial, recurso a opiniones ajenas revestidas de aparente objetividad o respaldadas por un cierto prestigio, independencia, fama o simpatía...) y la presencia de circunstancias externas a dichas indicaciones, manifestaciones o alegaciones que de hecho indican la necesidad de obtener información adicional y cómo hacerlo (v. SAP *Madrid* 18-III-1999 «hipoteca “cuota fija” ») o completan la información que proporcionan, como el contenido de mensajes anteriores, la forma de presentación de los productos, la propia experiencia de los consumidores... [cfr. RRJAAP 13-II-1997 «Grupo Leche Pascual, S. A.», (Pleno) 22-IX-1998 «ASOZUMOS y Danone, S. A.», 29-X-1998 «Whitehall» —confirmada por RJAAP (Pleno) 15-XII-1998—]. Se debe igualmente atender, en segundo término, al significado comúnmente atribuido por el destinatario medio a los términos empleados en las indicaciones, alegaciones o manifestaciones consideradas (C. FERNÁNDEZ NOVOA, *Estudios de Derecho de la Publicidad*, pág. 73 ss.), y no a las definiciones legales o técnicas (cfr. RJAAP 11-IX-1997 «Danone, S. A.» [confirmada por RJAAP (Pleno) 22-X-1997 «Danone, S. A.»]) o al significado resultante de detenidos análisis filológicos y gramaticales [cfr. RJAAP 26-

V-1996 «La Vanguardia (II)»]. Y en fin, es necesario seleccionar el grado de atención que el destinatario medio presta al acto enjuiciado, y bajo este aspecto, como regla general, parece acertado suponer que realiza una valoración rápida y de conjunto [SAP *Madrid* 7-X-1991 «ni un duro hasta abril del noventa» (confirmada por STS 3-II-1995), y en esta línea también SAP *Cádiz* 20-II-1996 «imán terapéutico», o AAP *Barcelona* 17-VII-1995 «supresión de códigos de producto»; *cfr.* igualmente RRJAAP 18-XI-1997 «Iberia Líneas Aéreas de España, S. A», 26-I-1998 «Home English», 3-III-1998 «Airtel», 24-II-1998 «Nissan», RJAAP (Pleno) 13-XI-1998 «Procter & Gamble España, S. A»].

(48) No puede descartarse, sin embargo, la necesidad de realizar en ciertas ocasiones un examen detenido y minucioso de la comunicación enjuiciada. La minuciosidad y el detenimiento, en efecto, parecen aconsejables para los mensajes de estructura compleja relativos a prestaciones de un importante valor. En ningún caso debieran servir para legitimar las comunicaciones que ejercen un efecto atractivo, en particular hacia los establecimientos del anunciante, sobre bases inciertas, con frecuencia logrado poniendo el énfasis sólo en ciertas partes del mensaje.

(49) De otro lado, igualmente puede resultar justificada la realización de un examen referido exclusivamente a un aspecto particular cuando se trata de enjuiciar las alegaciones, indicaciones y manifestaciones que integran elementos que, sea por su contenido o presentación formal, captan la atención del público destinatario de forma especialmente poderosa y principal. Así debe ser si la «parte captatoria de la atención» o «parte llamativa» (c. FERNÁNDEZ NOVOA, *Estudios de Derecho de la publicidad*, pág. 85), por las circunstancias del caso y con independencia de las características de la actividad, prestación o establecimiento promocionados, es el único elemento de la comunicación al que en la práctica prestan atención y retienen sus destinatarios y es adecuado para provocar la reacción buscada, como incitarles a contratar inmediatamente pero también atraerlos al establecimiento del oferente o de otro modo motivarles a entrar en contacto con él. En tales casos, y abundando en lo anterior, debiera considerarse con extraordinaria prudencia la presencia de adiciones o aclaraciones no integradas en el mensaje o información principal que maticen o alteren de forma significativa las expectativas razonablemente generadas por la parte captatoria de la atención, y en principio y como regla general rechazar que sean suficientes para deshacer el engaño que pueda provocar dicha parte captatoria de la atención [en este sentido, SSAP *Madrid* 28-X-1991 «Azúcar light», así como RRJAAP 30-X-1997 «Ford», 3-III-1998 «Airtel», 24-II-1998 «Nissan», 13-XI-1998 «Petronor», 15-II-1999 «Opening English», aunque SAP *Madrid* 7-X-1991 «ni un duro hasta abril del noventa» —confirmada por STS 3-II-1995—, a mi modo de ver es ambigua, en cambio, SAP *Madrid* 30-X-1996 «Depósito de Interés Creciente», comentada por A. TATO, *RGD*, 1996, pág. 11749 ss.], salvo que, en atención a las particulares circunstancias del caso, los destinatarios en efecto perciban las matizaciones o aclaraciones en letra pequeña.

(50) Además de la atención que presta el destinatario medio, el análisis todavía ha de completarse con la consideración de las circunstancias concomitantes (c. FERNÁNDEZ NOVOA, *Estudios de Derecho de la publicidad*, pág. 87). Entre ellas deben contarse no sólo elementos o factores internos a la comunicación considerada, como podría ser la música y los efectos sonoros o las inflexiones en el tono de voz, sino también los externos, como podrían ser especialmente las características de la prestación y, en particular, su precio, las condiciones del oferente, la campaña publicitaria en que se encuadra y, sobre todo, la manera en que el consumidor entra en contacto con la publicidad y la forma de presentación de las indicaciones valoradas.

c Confrontación entre la impresión y expectativas del destinatario medio y la realidad

(51) En última instancia, debe determinarse la correspondencia del entendimiento que en el destinatario provoca el acto enjuiciado y la realidad. En este paso se desenvuelve el juicio de veracidad en juicio de engaño, para lo que procede establecer una confrontación entre la representación de la realidad que la acción enjuiciada provoca o puede provocar en los destinatarios (juicio de veracidad) con la realidad de las cosas (juicio de engaño). Existe engaño si hay divergencia entre ésta y aquella, versa sobre extremos relevantes y es valorada seriamente por los destinatarios. En este paso el juzgador, y el demandante, cuenta con la importante ayuda que presta la posibilidad de invertir, de oficio o a instancia de parte, la carga de la prueba, e imponer al demandado la prueba de la exactitud y veracidad de sus afirmaciones (v. **Art. 26**).

d Medios de prueba

(52) Todo el proceso anterior está destinado al establecimiento de una representación de la realidad efectiva o potencialmente inculcada en el destinatario medio. Se trata, por lo tanto, de un proceso de esclarecimiento subjetivo que, según revelan los precedentes que existen en materia de competencia desleal o publicidad ilícita y los que existen en otros sectores (confusión en materia de marcas), los juzgadores tienden a realizar mediante la valoración del conjunto de la prueba practicada sobre todo a la luz de sus propios conocimientos y máximas de experiencia (así lo han hecho SSAP *Madrid* 7-X-1991 «ni un duro hasta abril del noventa» [confirmada por STS 3-II-1995], *Madrid* 28-X-1991 «Azúcar light», *Zamora* 29-VII-1991 «Caja de Ahorros Provincial de Zamora c. Asociación Textil de Empresarios de Zamora y otros»). Y en ello no debe haber inconveniente si el perfil sociológico del juez se corresponde con el del destinatario medio o si, a partir de la prueba aportada, está en condiciones de adoptarlo, evitando el riesgo sea de sustituir el criterio del consumidor por el propio o de asumir, las más de las veces desde una óptica indebidamente paternalista, pautas de conducta ajenas o incluso abiertamente rechazadas por los consumidores. Debe advertirse, en este sentido, que la representación de la realidad que se trata de establecer en un juicio de competencia desleal no deja de ser un dato ajeno tanto a las partes (el demandante no es el destinatario medio, que como queda dicho es un estándar o parámetro de valoración) como al juzgador, y por ello (a pesar de su naturaleza propiamente subjetiva, o si se prefiere personal) un dato objetivable. De ahí que debiera resultar en principio de unos medios de prueba tendentes a la demostración del círculo de destinatarios y, dentro de él, a la identificación del destinatario medio, al conocimiento de la idea de la realidad o expectativas que el acto enjuiciado le transmite y de su relevancia para determinar sus preferencias en el mercado. Así las cosas, son sin duda los sondeos demoscópicos los medios de prueba probablemente más apropiados para establecer la impresión que la manifestación, indicación o alegación enjuiciada causa en los destinatarios, en el bien entendido de que el resultado del sondeo demoscópico no determina *per se* su carácter engañoso y de que en todo caso es precisa una valoración conjunta de dichos resultados con los demás medios de prueba practicados: el sondeo demoscópico y sus resultados, en efecto, no sustituyen la necesidad de establecer la impresión del destinatario medio como fiel que indica el carácter engañoso de una determinada conducta (v. STJCE 16-VII-1998, asunto C-210/96 «Gut Springenheide GmbH c. Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt»), y en particular no la sustituyen por la mera comprobación de la presencia de un determinado porcentaje de consumidores inducidos a error. La aportación de los sondeos demoscópicos al juicio como medio de prueba, sea como documental privada adjunta a la demanda o a la contestación a la demanda sea —en su caso adicionalmente— en fase de prueba como testifical o pericial, no encuentra ningún obstáculo insuperable en nuestro ordenamiento procesal (F. PALAU, *RGD*, 1996, pág. 2235 ss.), ni en el procedimiento de autocontrol de la

publicidad [*cf.* RJAAP (Pleno) 13-XI-1998 «Procter & Gamble España, S. A.»], sin que, como es obvio, tengan reconocido ningún valor probatorio especial.

7 GRUPOS DE CASOS

(53) En la práctica, ni la prohibición de los actos de engaño ni la prohibición de la publicidad engañosa parecen haber tenido la aplicación frecuente que su importancia y la realidad de los negocios parecían depararle. Probablemente ello pueda deberse, no en última instancia, a la pasividad demostrada por las asociaciones de consumidores en la presentación sea de acciones de competencia desleal sea de publicidad ilícita contra actos de engaño; pasividad que sorprende a la vista de la diligencia con que, por el contrario, han actuado ante los órganos de defensa de la competencia. Detrás de esta aparente contradicción quizás se encuentre el hecho de que mientras los primeros pronunciamientos judiciales, por demás en dos casos bastante llamativos, fueron del todo contrarios a sus pretensiones, en cambio el Servicio de Defensa de la Competencia se ha mostrado dispuesto de buena gana a incoar los expedientes, aunque con frecuencia han acabado siendo archivados. Más recientemente, además, se ha producido una desviación de la atención de las asociaciones de consumidores hacia el sistema de autocontrol, donde han encontrado unos órganos receptivos, un procedimiento sumamente económico y unos efectos nada desdeñables.

(54) La relativa escasez de pronunciamientos judiciales y la concentración de las denuncias ante la Asociación de Autocontrol de la Publicidad ciertamente dificulta la tarea de construir unos grupos de casos de actos de engaño. A falta de jurisprudencia, esta tarea sólo puede hacerse en atención a dos criterios: la experiencia de la práctica de los negocios y la acción del legislador, en especial en atención al elenco legal de los extremos sobre los que puede recaer un error relevante para fundar un engaño desleal y a las exigencias establecidas en relación con la publicidad o presentación de ciertos productos y servicios o de ciertos elementos de las ofertas. Con empleo aislado o conjunto de estos criterios, quizás los grupos de casos de actos de engaño que merezcan hoy por hoy un tratamiento más diferenciado y algo detallado sean las ofertas-señuelo u ofertas de atracción y los supuestos de engaño sobre precio, sobre existencias de los productos objeto de la oferta, sobre duración de la oferta y sobre características de los productos o servicios objeto de la oferta. A ellos puede sumarse el engaño acerca de la procedencia de los productos, aspecto bajo el que se incluye tradicionalmente el estudio de las denominaciones geográficas de los productos.

a Ofertas-señuelo

(55) El legislador ha dispensado una especial atención a las llamadas ofertas-señuelo u ofertas de atracción no como acto de engaño genérico, sino como caso de oferta con prima desleal (art. 8.2 LCD) o de venta a pérdida desleal [art. 17.2. a) LCD]. Esta especialización del tratamiento legislativo, sin embargo, no implica en forma alguna la liberalización de todos aquellos otros supuestos en que la oferta-señuelo se valga de mecanismos distintos de la prima o de la venta a pérdida.

(56) La oferta-señuelo es aquella oferta que, por la conveniencia de las condiciones en que se ofrecen determinados productos o servicios, induce a visitar el establecimiento del oferente y, por las circunstancias que la rodean, ocasiona además la contratación de otros productos o servicios en los que, al contrario de lo que sucede con las prestaciones promocionadas directamente y de forma inadvertida para el consumidor, el nivel de los precios es notablemente más elevado. En este caso, se produce una disparidad entre los productos o servicios efectivamente promocionados y los aparentemente promocionados y, además, una diferencia en el nivel de sus precios de la que no llega a ser consciente el consumidor (*v.* F. PALAU, *Descuentos*

promocionales , pág. 243-253). A este grupo pertenecen también aquellas ofertas que, por los términos en que están realizadas, llevan al consumidor a prestar una atención a un determinado elemento publicitario que, de otro modo, no se habría prestado, como aquellas que aparentemente prometen un obsequio por la mera toma de contacto que posteriormente se revela condicionado a la participación en un sorteo (*cfr.* RJAAP 23-VII-1996 «Pioner Electric España, S. A.»). Aunque coincide en el objetivo último, las ofertas-señuelo son distintas de las ofertas vacías, que a diferencia de aquéllas se refieren a productos de los que no se disponen existencias en absoluto o en la medida necesaria para cubrir la demanda razonablemente esperable [v. (61)].

(57) En las ofertas señuelo, la ventaja que actúa como mecanismo de atracción, por su propia naturaleza, lleva a los consumidores a visitar el establecimiento del oferente, con lo que les brinda ocasión de dirigir su atención hacia otros productos allí ofrecidos; ello es inobjetable, salvo que dicha ventaja pueda reputarse desleal por sí como supuesto de venta a pérdida o de venta con prima. Para que la desviación de la atención desde la prestación ofrecida en condiciones ventajosas hacia otras haga que esta práctica sea desleal deben concurrir dos condiciones adicionales. En primer término, la ventaja debe estar destinada y ser eficaz para atraer el interés del consumidor no tanto sobre la prestación aparentemente promocionada, cuanto sobre el conjunto de prestaciones ofrecidas en el establecimiento; así sucede si los productos o servicios aparentemente promocionados reportan ingresos manifiestamente insuficientes para cubrir los costes de la campaña promocional. Esta desproporción revela que el fin de la promoción no es la contratación de la prestación promocionada en apariencia, sino la de otros productos y servicios del establecimiento. En segundo término, la oferta debe provocar en el destinatario la impresión de que el nivel de los precios de los productos aparentemente promocionados es el mismo que el del conjunto de los productos o servicios que pueden contratarse en el establecimiento, como puede suceder si no se indica que el precio de la oferta es un precio reducido o que la reducción es excepcional y no afecta a la totalidad de los productos o servicios ofrecidos en el establecimiento, o bien si se produce una sucesión ininterrumpida de reducciones de precios excepcionales. Finalmente, deben ser diversos los márgenes comerciales de los productos aparentemente promocionados y los practicados en los productos o servicios realmente promocionados, que, de forma inadvertida para el consumidor, son notoriamente superiores a los primeros.

b Actos de engaño relativos al precio

(58) En este grupo de casos ocupan un lugar destacado los supuestos relativos a la presentación de los precios como descuentos, y en particular aquellos en los que los términos en que se destacan las ofertas correspondientes y la forma en que se establece (o no se establece) el precio de referencia es adecuada para generar en los destinatarios unas expectativas que no se corresponden con la realidad (v. F. PALAU, *Descuentos promocionales* , pág. 187 ss.), como sucede en el caso en que se ofrece cierto producto con un descuento del cuarenta por ciento y del cincuenta por ciento siendo el precio resultante similar e incluso mayor que el practicado en otros establecimientos (SAP *Baleares* 11-II-1998 «gafas R.-B. con descuento»).

(59) A este mismo grupo de casos pertenecen aquellos supuestos en los que el engaño no versa tanto sobre el precio mismo como sobre las condiciones de pago del precio o al contenido económico de la oferta realizada; en este sentido y en el ámbito de la autodisciplina publicitaria, se han considerado engañosas, a mi juicio de forma acertada [v. (49)], la publicidad que en su parte llamativa indicaba un precio matizado de forma insuficientemente perceptible en letra pequeña (*cfr.* RRJAAP 30-X-1997 «Ford», 24-II-1998 «Nissan»), la publicidad que aparentemente ofrecía una prestación gratuita durante cierto tiempo (*cfr.* RJAAP 3-III-1998 «Airtel»), así como la publicidad que no

permitía determinar con la necesaria claridad si el precio ofrecido era el precio total o el precio de cada una de las unidades del producto en cuestión (*cf.* RJAAP 31-VII-1998 «SP Editores, S. A.»). Ello no obstante, tampoco faltan pronunciamientos que no estimaron engañosa la publicidad de un automóvil que destacadamente indicaba en relación con el pago del precio «mi un duro hasta abril del noventa» a pesar de que, en todo caso, se exigía el pago inicial de una entrada y, en realidad, únicamente se concedía un período de carencia para el pago de la parte aplazada, ya que de ello advertía en letra minúscula otra parte del anuncio, a la que se remitía aquella expresión mediante una llamada (*v.* SAP *Madrid* 7-X-1991 «ni un duro hasta abril del noventa» [confirmada por STS 3-II-1995]).

(60) Considerablemente más intensa ha sido la acción de la legislación, en particular de la normativa sobre comercio interior y defensa del consumidor, en la ordenación de las menciones relativas a precios recogidas sea en la publicidad, sea en la exposición y presentación de los productos o servicios e, incluso, en la preparación y entrega de presupuestos. El objetivo de esta normativa reside, no en último lugar, en la prevención de disparidades entre los precios que, de una u otra forma, se comunican a los consumidores y los realmente practicados y, por tanto, en la evitación del engaño. Con carácter general se prevé que los productos o servicios sean puestos a disposición de los consumidores de forma tal que incorporen, lleven consigo o transmitan de forma cierta y objetiva una información veraz, eficaz y suficiente sobre el precio completo o presupuesto así como, si fuere el caso, sobre el importe de los incrementos o descuentos y sobre los costes adicionales por servicios accesorios, financiación, aplazamiento o similares [art. 13.1. *d)* LCU]. El incumplimiento de estas exigencias, con independencia de que ocasione un engaño o no, constituye *per se* una infracción en materia de consumo (art. 34.9 LCU). Sólo resulta obligatorio proporcionar esta información en el marco de las relaciones precontractuales, en particular en la presentación de los productos o servicios, pero no en la publicidad. No obstante, se exige que la publicidad relativa a las ventas de bienes muebles a plazos exprese el precio de adquisición al contado y el precio total a plazos (art. 13 LVP). Con carácter sectorial, no faltan normas que imponen la mención de ciertos extremos relativos a las condiciones de pago, como las que prevén la indicación de la forma de efectuar los pagos en la publicidad relativa a la venta de viviendas (*cf.* art. 1 O. M. de 5 de octubre de 1968, sobre propaganda y publicidad de la venta de viviendas que no sean de protección oficial y art. 3 D. 3114/1968, de 12 de diciembre, de aplicación de la Ley 57/1968, de 27 de julio, a las comunidades y cooperativas de viviendas). Existen igualmente reglas particulares sobre la indicación de los precios en la publicidad relativa a ciertas ventas especiales, como ha sucedido con la venta con rebaja; en este ámbito, se exige que la presentación de los productos indique el importe del descuento mediante la exhibición conjunta del precio rebajado y el precio o tarifa habitual [art. 9 II LOAC del País Vasco, art. 27.2. *d)* LOC de la Comunidad Valenciana, art. 41.2 LOAC de Aragón, art. 19.2 LCI de Cataluña] o también mediante la indicación del porcentaje de reducción (art. 15.2 LOCI de Galicia).

c Ofertas vacías y actos de engaño relativos a las existencias

(61) Igualmente se han considerado desleales las ofertas vacías, esto es, las comunicaciones dirigidas al público que ofrecen la venta de un producto o servicio del que el anunciante carece de existencias o de las existencias necesarias para atender a la demanda que previsiblemente ha de generar la oferta (*v.* SAP *Alicante* 26-XII-1996 «Electro 2000»). En estos casos, en efecto, la oferta provoca un error sobre las existencias de los productos o servicios ofrecidos adecuado para mover a sus destinatarios a visitar el establecimiento del oferente o a ponerse en contacto con él.

(62) No puede considerarse engañosa, en cambio, la oferta de un producto por el simple hecho de que no pueda excluirse una eventual rotura de stock: el agotamiento de las existencias no es por sí mismo, en efecto, determinante de engaño ni causa de responsabilidad. Esto sería tanto como impedir la comunicación al público de toda venta promocional, e incluso de la oferta ordinaria de un establecimiento. Tampoco parece que deban ser consideradas engañosas las indicaciones publicitarias que, de una forma u otra, adviertan del riesgo de rotura de stocks, como es la indicación de que la oferta sólo tiene vigencia durante un tiempo determinado (*cf.* RJAAP 4-V-1998 «Burger King»), indicación que por lo demás es exigencia de la normativa de ordenación del comercio minorista (*cf.* art. 19.1 LOCM). Esta misma valoración positiva debe merecer, a mi modo de ver, la indicación de que la oferta sólo se mantiene hasta la terminación de las existencias siempre que la difusión de la oferta no continúe una vez terminadas las existencias (no obstante, *cf.* RRJAAP 20-V-1997 «Mc Donalds», 16-XII-1997 «Banco Bilbao Vizcaya», 23-VI-1998 «Opel España, S. A.», 9-VII-1998 «Caja Madrid», 24-VII-1998 «Repsol», 15-X-1998 «Planeta DeAgostini», 29-X-1998 «Sodam, S. A.»). Si la inclusión de indicaciones que adviertan de la supeditación de la oferta a la disponibilidad de los bienes o servicios promocionales es, de hecho, obligatoria en el caso de publicidad comparativa que haga referencia a una oferta especial (*v.* art. 3bis.2 de la Directiva 97/55/CE), no puede, en consecuencia, ser en absoluto dudoso que tales indicaciones son lícitas con carácter general en cualquier publicidad relativa a una oferta de esta clase. Y ello, precisamente, porque eliminan el riesgo de inducción a error. Al respecto se hace preciso recordar, de otro lado, que entre las exigencias establecidas en la regulación de las ofertas promocionales no figura precisamente que las existencias cubran íntegramente la demanda que se genere, sino sólo que sean suficientes para atender la demanda previsible (*cf.* art. 19 LCI de Cataluña); además, se admite por principio que esta clase de ofertas pueda estar sometida a condición (*cf.* art. 19.1 LOCM). De ahí se sigue con facilidad que la rotura de stocks no determina *per se* la ilicitud de la oferta promocional, sino sólo en aquellos casos en los que el oferente no se aprovisionó de las existencias precisas para cubrir la demanda que había de despertar. La indicación «hasta fin de existencias», en consecuencia, sólo advierte a los consumidores de una eventual escasez que en principio no es ilícita. En esta tesitura, el problema para el consumidor no es desconocer cuándo se han de agotar las existencias, pues no parece especialmente arriesgado suponer que ya cuenta con que esto pueda ocurrir; el problema consiste en que el oferente no se haya aprovisionado de las existencias necesarias para cubrir la demanda esperable y haya utilizado la promoción como señuelo para atraerlo a su establecimiento y desviar su atención de la oferta de los competidores y, en su caso, reconducirla hacia el resto de la oferta del establecimiento. Esto es algo, sin embargo, que no puede establecerse por adelantado (sólo en un análisis muy optimista puede pensarse que la indicación del volumen de las existencias ayudará en algo al consumidor medio, más que probablemente desconocedor en absoluto de la demanda previsible). Más útil parece, por el contrario, que se le advierta de que su expectativa puede quedar frustrada (de lo que si llegara a producirse, con y sin advertencia, no saldrá indemne la imagen del oferente) para que, contando con este riesgo, tome la decisión de visitar el establecimiento del oferente o de entrar en contacto con él; en suma, no parece que la posición de los consumidores pueda mejorar precisamente si la publicidad de las acciones promocionales no incluye esta clase de advertencias, cuando existe la posibilidad de que se agoten las existencias sin que de ello, en el caso de que el aprovisionamiento fuere el adecuado a la vista de la demanda objetivamente esperable, se siga ilícito de ninguna clase. Por lo demás, esta clase de indicaciones es del todo inhábil para salvar la responsabilidad obligacional (por virtud del art. 8.1 LCU o administrativa (por incumplimiento de la normativa sobre ordenación del comercio) así como para evitar la comisión de un acto de engaño en el caso de que las existencias sean insuficientes para atender a la demanda generada por la oferta (F. PALAU, *Descuentos promocionales*, pág. 221-222). En este mismo orden de cosas, no parecen reprobables *per se* aquellas indicaciones que advierten al público

de los consumidores de que una determinada oferta no puede ser adquirida en la totalidad de establecimientos en los que puede contratarse el producto o servicio objeto de la misma: la clara y evidente indicación de esta circunstancia en conjunción con otros medios de publicidad, como particularmente la publicidad estática en el punto de venta, evitan, de un lado, que el consumidor entienda que puede beneficiarse de la oferta en cuestión en cualquier establecimiento y, de otro lado, que deba entrar en contacto con las fuerzas de venta para comprobar resulta efectivamente accesible en el establecimiento (no obstante, *cf.* RJAAP 20-V-1997 «McDonald's», 4-V-1998 «Burger King», 13-XI-1998 «Petronor»); más dudosa parece justamente la omisión de semejante indicación en la publicidad o en su caso en el punto de venta cuando la oferta no se extiende a la totalidad de los establecimientos de la red.

d Actos de engaño acerca de las características de la actividad, de los productos o servicios o del establecimiento promocionados

(63) Más abundantes han sido, en cambio, los pronunciamientos relativos a casos de engaño acerca de las características de la actividad, de los productos o servicios o de los establecimientos ofrecidos. En efecto, los tribunales han considerado en diversas ocasiones que la atribución de condiciones o propiedades inexistentes a los productos promocionados es engañosa; así, las manifestaciones, alegaciones o indicaciones que presentan un edulcorante como azúcar (SAP *Madrid* 28-X-1991 «Azúcar light»), que atribuyen inexactamente la condición de concesionario (SSAP *Granada* 18-V-1992 «falso concesionario de IBM», *Madrid* 28-III-1998 «asistencia técnica especializada» [aunque aplicó el art. 6 LDC, SJPI *Bilbao* 8-I-1992 «falso concesionario de BMW», sin perjuicio en estos casos de que la utilización de la marca ajena pueda constituir un supuesto de violación del derecho de marca correspondiente: *cf.* STJCE 23-II-1999, asunto C-63/97 «Bayerische Motorenwerk AG y BMW Nederland BV c. Ronald Karel Deenik»), que garantizan una inviable convalidación de estudios realizados en el extranjero (SAP *Madrid* 27-V-1994 «COU en Estados Unidos»), que vinculan indebidamente una determinada marca de vino con una denominación de origen (SAP *León* 17-V-1995 «Consejo Regulador de la Denominación de Origen Bierzo c. Palacio de Arganza»), que atribuyen efectos terapéuticos no demostrados a ciertos productos (SAP *Cádiz* 20-II-1996 «imán terapéutico»), que promocionan como bajos en colesterol unos huevos sin que ello se ajuste a la realidad (SJPI *Madrid* 8-VII-1996 «huevos bajos en colesterol»), que ofrecen una remuneración por cuenta corriente sujeta a determinadas matizaciones que pasan desapercibidas a los destinatarios (SAP *Madrid* 30-X-1996 «Depósito de Interés Creciente»), que ofrecen una zona ajardinada luego inexistente en un folleto editado y distribuido para una promoción de viviendas (STS 8-XI-1996 «Complejo Residencial Don Alfonso»), que dan a entender falsamente que el producto anunciado no contiene determinado producto (STS 8-V-1997 «sin los efectos desagradables del cloro»), que atribuyen falsamente una homologación oficial a los cursos ofrecidos (SAP *Barcelona* 14-IX-1998 «único curso autorizado»), que reclaman para el producto promocionado un procedimiento de eliminación de manchas no demostrado (*cf.* RJAAP 24-IV-1997 «SmithKline Beecham Consumer Healthcare, S. A.»), que ofrecen ciertas condiciones especialmente ventajosas sólo para determinados tipos de contratación de los diversos tipos posibles sin que este extremo quede claro para los destinatarios (*cf.* RJAAP 3-III-1998 «Airtel») o presentan como obsequio publicitario una prestación que exige un importante desembolso por parte del consumidor sin advertir de este extremo (*cf.* RJAAP 26-V-1998 «Radiophone»), o que dan a entender una composición del producto que no se corresponde con la realidad [*cf.* RJAAP (Pleno) 13-XI-1998 «Procter & Gamble España, S. A.»].

(64) En este mismo grupo de casos deben incluirse aquellos supuestos de publicidad excluyente en los que la primacía referida a la propia actividad o prestaciones no se

correspondía con la realidad, fallándose que era engañosa la atribución infundada de una posición única en el mercado (SSAP 16-III-1994 *Alicante* «la única que cumple todas las normas de seguridad», *Badajoz* 24-I-1997 «únicos legalmente autorizados»), de una posición de superioridad en el mercado (*cf.* RJAAP 3-II-1997 «Procter & Gamble España, S. A.»), o de una posición de liderazgo en las ventas [*cf.* RRJAAP 19-III-1997 «La Vanguardia (1)», 26-V-1996 «La Vanguardia (II)»].

(65) En este ámbito también ha sido intensa la acción legislativa. En la normativa concerniente a la publicidad de determinados productos y servicios se establece directa o indirectamente la prohibición de atribuirles características o propiedades de las que carezcan, como se ha hecho para los productos alimenticios [art. 4. *b*) de la Norma General de Etiquetado], las bebidas refrescantes (art. 13 R. D. 15/1992, de 17 de enero, por el que se aprueba la reglamentación técnico-sanitaria para la elaboración, circulación y venta de bebidas refrescantes), los cosméticos (art. 15.1 R. D. 349/1988, de 15 de abril, por el que se aprueba la reglamentación técnico-sanitaria de cosméticos) o los servicios de enseñanza (art. 15 R. D. 401/1979, de 13 de febrero, por el que se regulan las denominaciones y la publicidad de los centros docentes no estatales). Bajo este aspecto, destaca la especial prohibición de emplear expresiones y elementos que relacionen el consumo con la prevención o curación de enfermedades en el etiquetado y presentación de los alimentos [art. 4. *b*) de la Norma General de Etiquetado] y en la publicidad de las bebidas refrescantes [art. 13. *f*) de la Reglamentación técnico-sanitaria de bebidas refrescantes], así como de emplear expresiones o elementos que proporcionen seguridad de curación en la publicidad de las especialidades farmacéuticas (art. 9 LMed.). En esta misma línea se pueden incluir, a mi juicio, los esfuerzos normativos habidos para institucionalizar las llamadas «etiquetas verdes», hasta la fecha no obstante sólo conocidas en nuestro país a través de la legislación comunitaria [Reglamento del Consejo núm. 880/92, de 23 de marzo de 1992, relativo a un sistema comunitario de concesión de etiqueta ecológica; *cf.* S. FERNÁNDEZ RAMOS, «El sistema comunitario de etiquetado ecológico», *EC*, núm. 27, 1993, pág. 13 ss., *passim*]; no en último lugar, y al lado de preocupaciones de fomento de la protección del medio ambiente, entre los propósitos que alumbran su establecimiento figura también el asegurar una información veraz a los consumidores precisamente sobre un extremo en el que de común carecen los elementos y conocimientos necesarios para valorar correctamente las afirmaciones de los oferentes y en el que, por la creciente sensibilidad, es del todo necesario prevenir el fraude y evitar la desconfianza que esto pueda generar en los consumidores.

(66) Por su parte, la publicidad de los productos financieros, en cualquier caso, es objeto de una detenida y extensa regulación, especialmente destinada a favorecer la transparencia de las ofertas (en general, *v.* J. A. GÓMEZ SEGADE, «Problemas jurídicos de las invocaciones publicitarias al ahorro», *RDBB*, núm. 18, 1985, pág. 247 ss., *passim*), como se desprende de la norma legal que directamente habilita la regulación reglamentaria de esta materia [*cf.* art. 42.2. *d*) de la 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito]. Así, la publicidad relativa a las operaciones, servicios o productos financieros realizada por las entidades de crédito no sólo está sometida a un régimen de previa aprobación administrativa por el Banco de España (arts. 10 y 11 O. M. de 12 de diciembre de 1989, art. 9 CBE 8/1990), sino que, en lo que hace a su contenido, habrá de expresar los tipos de interés aplicables en las referidas operaciones, servicios o productos de conformidad con lo previsto legalmente, esto es, habrá de expresarlos en términos de coste efectivo equivalente de una operación con intereses anuales postpagables (TAE) mediante un ejemplo representativo, cualquiera que sea su tipo nominal y forma de liquidación (art. 11.1 en relación con art. 3.3 O. M. 12 de diciembre de 1989, y art. 9.2 II CBE 8/1990), de un lado, y de otro, habrá de omitir todo elemento que presente al público la referencia a la autorización de la publicidad por el Banco de España como una recomendación de la

misma (art. 11.4 O. M. 12 de diciembre de 1989, art. 9.3 III CBE 8/1990). En este mismo orden de cosas, para la publicidad de inversiones que contenga una apelación al ahorro del público y que dé cuenta respecto del pasado o mencione, ofrezca o garantice para el futuro una determinada rentabilidad, plusvalía o liquidez se exige la autorización administrativa previa (arts. 3 y 4 D. 2584/1973) y, en especial, cuando recoja estimaciones o previsiones de futuro que se base en prudentes expectativas de la evolución de los mercados y del desarrollo normal probable de los negocios, deslindando con claridad los datos y proposiciones ciertas de las que se apoyan en meras expectativas (art. 1.3 D. 2584/1973). La anterior regulación, de carácter general, debe entenderse completada en lo que corresponda por lo dispuesto acerca del folleto informativo y acerca de la publicidad correspondiente a las ofertas públicas de adquisición, a las emisiones y a las ofertas públicas de venta de valores en los artículos 15 y 18 del Real Decreto 1197/1991, de 26 de julio, sobre régimen de las ofertas públicas de adquisición de valores, y artículos 15 a 18 y 22.1 del Real Decreto 291/1992, de 27 de marzo, sobre emisiones y ofertas públicas de valores [v. A. J. TAPIA, en F. SÁNCHEZ CALERO (dir.), *Régimen jurídico de las ofertas públicas de adquisición (OPAS). Comentario sistemático del Real Decreto 1197/1991*, T. II, Centro de Documentación Bancaria y Bursátil, Madrid, 1993, art. 15, pág. 393 ss., art. 18, pág. 443 ss.].

e Actos de engaño sobre la procedencia de las prestaciones

(67) Diversas son las disposiciones encaminadas si no a prevenir el error sobre la procedencia de las prestaciones, sí al menos a asegurar al consumidor la información mínima necesaria, cuyo propósito puede ser tanto el de asegurar una adecuada formación de sus preferencias como el de identificar al sujeto responsable en caso de defectos. En este sentido, se establece la obligación de incorporar a los productos que se ofrecen a los consumidores una información veraz, eficaz y suficiente sobre su origen [art. 13.1. a) LCU]; en alguna Comunidad Autónoma se especifica: procedencia geográfica (art. 23 II ECU de Galicia). Por lo general, no se trata de indicaciones de procedencia en un sentido propio, sino de identificación del origen empresarial de las prestaciones. Semejante obligación de indicar el origen de los productos no afecta al contenido de la publicidad, sino, en lo que aquí interesa, al contenido de la información precontractual. En el etiquetado o presentación de los productos alimenticios debe indicarse, en todo caso, su origen empresarial: el nombre, razón social o denominación del fabricante o envasador o de un vendedor dentro de la Unión Europea y, siempre, un domicilio (art. 13 NGEP); en cambio, en el etiquetado o presentación de los productos alimenticios originarios de los Estados miembros de la Unión Europea se debe consignar su procedencia geográfica sólo en los casos en que su omisión pudiera inducir a error sobre estos extremos, mientras que el etiquetado o presentación de los procedentes de Estados no comunitarios deben indicar necesariamente el lugar procedencia (art. 15 NGEP). Normas similares gobiernan el contenido del etiquetado y presentación, entre otros, de los productos textiles (art. 6 R. D. 396/1990), guantes (art. 3 O. M. de 15 de febrero de 1990), productos de marroquinería y artículos de viaje... (O. M. de 15 de febrero de 1990).

(68) El incumplimiento de estas normas constituye una infracción en materia de protección al consumidor (art. 33.6 LCU y art. 3.3.4 R. D. 1945/1983, de 22 de mayo, por el que se regulan las Infracciones y Sanciones en materia de Defensa del consumidor y de la Producción Agroalimentaria), sancionada, según su calificación (arts. 6 a 8 R. D. 1945/1983) y naturaleza, con multa administrativa, decomiso de la mercancía, cierre temporal de la empresa y caducidad de las autorizaciones administrativas (art. 10 R. D. 1945/1983). Así las cosas, el empleo de indicaciones sobre procedencia en el etiquetado y en la presentación de los productos contrario a las exigencias legales se revela también como acto de competencia desleal por violación de normas (art. 15 LCD).

8 EXCURSUS: LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LAS INDICACIONES GEOGRÁFICAS

Bibliografía: M. AREÁN, «Extensión de las denominaciones de origen a las piedras ornamentales», 11 *ADI* 1985-86, pág. 575 ss.; «La definición y protección jurídica de las indicaciones geográficas», XIV *ADI* 1991-92, pág. 67 ss.; A. CASADO, «La protección de las indicaciones geográficas después del Acuerdo sobre los ADPIC», en J. L. IGLESIAS (dir.), *Los derechos de propiedad industrial en la Organización Mundial del Comercio*, T. I, IDEI, Madrid, 1997, pág. 183 ss.; C. FERNÁNDEZ NOVOA, *Derecho de marcas*, Montecorvo, Madrid, 1990; E. GÓMEZ-REINO, «Denominación de origen», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995, pág. 2109 ss.; R. LARGO, *Las marcas de garantía*, Civitas, Madrid, 1993; C. LEMA, «Denominación de origen», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995, pág. 2111 ss.; M. LOBATO, «La protección de las denominaciones de origen. Estudio del reglamento (CEE) 2081/92», en *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, T. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pág. 1975 ss.; M. LÓPEZ BENÍTEZ, *Las denominaciones de origen*, Cedex, Barcelona, 1996; M. M. MAROÑO, «El Reglamento CEE núm. 2081/1992 del Consejo, de 14 de julio, relativo a la protección de las indicaciones geográficas y de las denominaciones de origen de los productos agrícolas y alimenticios», 14 *ADI* 1991-1992, pág. 793 ss.; Id., «Las indicaciones de procedencia y el principio comunitario de libre circulación de mercancías (Comentario a la STJCE de 10-XI-1992, asunto C-3/91, Exportur S. A. c. LOR S. A. y Confiserie du Tech)», 15 *ADI* 1993, pág. 205 ss.; J. MASSAGUER, *Los derechos de propiedad industrial e intelectual ante el Derecho comunitario*, IDEI, Madrid, 1995; A. L. MONJE, «Las marcas colectivas», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, T. I, Civitas, Madrid, 1995, pág. 887 ss.

(69) Las indicaciones geográficas de los productos son signos, denominativos o de otra clase, que establecen una relación entre un producto, en su caso un producto industrial, y el lugar de su origen, sea el lugar (región o localidad) en el que se han recolectado o extraído o bien el lugar en el que, de cualquier modo, se han producido, cuando su calidad, reputación u otra característica se deba a dicho origen geográfico [*cfr.* art. 2.1 del Arreglo de Lisboa, art. 22.1 ADPIC, art. 2.2 Reglamento (CEE) núm. 2081/92; en nuestra doctrina, v. M. AREÁN, XIV *ADI* 1991-92, pág. 68]. En esta categoría encuentran cabida diversas modalidades, cuya protección jurídica varía en su forma de organización e intensidad. Entre ellas figuran, en primer lugar, las denominaciones de origen y las denominaciones específicas de los productos alimenticios (y entre éstas, en particular, sólo aquellas que tienen por objeto una denominación geográfica), tuteladas mediante un complejo entramado administrativo, que desemboca en el establecimiento de una prohibición de utilización para los terceros antes que en la atribución de un derecho subjetivo de exclusión. En esta categoría pueden igualmente integrarse las marcas de calidad y las marcas de garantía que tengan por objeto una denominación geográfica. La categoría «indicaciones geográficas» daría cabida, finalmente, a las indicaciones de procedencia implantadas en el tráfico pero carentes de todo soporte administrativo, cuya protección jurídica se funda precisamente en la posibilidad de acudir a la acción de competencia desleal para impedir los usos que puedan dar lugar a engaño.

(70) Las indicaciones geográficas son una modalidad de propiedad industrial (art. 2 CPU, art. 1.2 en relación con art. 22 ADPIC). Su protección jurídica, sin embargo, no se funda en la atribución de un derecho subjetivo de exclusión (aunque en ciertos casos se reserve su utilización sólo a ciertos sujetos y sin perjuicio de la protección de las marcas de calidad y de garantía), sino en la represión del error y demás actos de competencia desleal [*cfr.* art. 22.2 y 22.4 ADPIC, art. 13 Reglamento (CEE) núm. 2081/92], entre los que en particular debe ser destacada la explotación de la reputación ajena, que se

derivan o pueden derivar de una utilización ilegítima de las indicaciones geográficas o de una indebida referencia e incluso de una indebida alusión a las mismas.

a La protección jurídica de las denominaciones de origen

(71) Las denominaciones de origen consisten en el nombre de una región, comarca, lugar o localidad que designa un producto que es original de dicha zona y cuyas cualidades y características diferenciales entre los de su naturaleza se deben principal o exclusivamente al medio geográfico de producción, a la materia prima y a los sistemas de elaboración (ex art. 79 EVVA, art. 2 NDPNV). Aunque nacida y fundamentalmente consolidada en la práctica como medio de diferenciación de los productos alimenticios, «la denominación de origen... (es) figura que no puede definirse por la materia a la que se aplica» (STC 211/1990, de 20 de diciembre, «Ley gallega de Protección de Piedras Ornamentales») y es aplicable por lo tanto a otros géneros de productos (piedras ornamentales).

(72) El reconocimiento y protección específica de las denominaciones de origen se ha concebido en Derecho español al margen del sistema de protección de la propiedad industrial (de hecho, y aunque con argumentos equivocados, niega esta naturaleza jurídica a las denominaciones de origen STC 211/1990, de 20 de diciembre, «Ley gallega de Protección de Piedras Ornamentales»), como una medida de defensa y promoción, en primer término, de los intereses de las localidades o regiones con productos o tipos de productos característicos [STC 211/1990, de 20 de diciembre, «Ley gallega de Protección de Piedras Ornamentales»] y, en segundo término, como medida de protección de los consumidores, en particular y en este sentido como medida destinada a evitar «errores y confusiones en la identificación del producto» (STC 211/1990, de 20 de diciembre, «Ley gallega de Protección de Piedras Ornamentales»); de hecho, la competencia legislativa de las Comunidades Autónomas en materia de denominaciones de origen se ha consagrado en el número dedicado a comercio interior y defensa de los consumidores.

(73) El prototipo de la regulación de las denominaciones de origen se encuentra en la legislación relativa al vino, contenido en el Estatuto de la Viña, el Vino y los Alcoholes. Este sistema fue posteriormente extendido al aceite de oliva, queso y jamón curado (Decreto 3711/1974, de 20 de diciembre, sobre inclusión del aceite, queso y jamón en el régimen de Denominaciones de Origen y Denominaciones Específicas), a las judías secas, lentejas garbanzos y arroz (R. D. 972/1982, de 2 abril), a los espárragos (R. D. 830/1984, de 11 de abril), a los pimientos (R. D. 2671/1985, de 18 de diciembre), a las carnes frescas y embutidos curados (R. D. 1297/1987, de 9 de octubre), a los productos agroalimentarios obtenidos sin el empleo de productos químicos de síntesis (R. D. 759/1988, de 15 de julio), a la miel, frutos secos y turrónes (R. D. 251/1990, de 23 de febrero), frutas de hueso y pepita, fresas, fresones, chufa y horchata (R. D. 1554/1990, de 30 de noviembre), salazones cárnicas (R. D. 729/1993, de 14 de mayo), las berenjenas (R. D. 730/1993, de 14 de mayo). Las denominaciones de origen para productos alimenticios no vínicos tienen en la actualidad una normativa básica común: las Normas a que deben ajustarse las Denominaciones de Origen, Específicas o Genéricas de Productos Agroalimentarios no Vínicos. El sistema de denominaciones de origen ha sido extendido a productos no alimenticios, como son las piedras ornamentales (Ley 9/1985 del Parlamento de Galicia, de Protección de las Piedras Ornamentales; *cfr.* M. AREÁN, 11 *ADI* 1985-86, pág. 575 ss.).

(74) La denominación de origen tiene por objeto necesario un nombre geográfico. Ello excluye *prima facie* la posibilidad de que lo sea otra clase de denominaciones descriptivas (*ad ex.* del método de producción) o las denominaciones de fantasía. Esta regla se ha roto, sin embargo, con la denominación de origen «cava», con la que se

designan los vinos blancos espumosos elaborados según un particular método en ciertas regiones españolas (O. M. de 14 de octubre de 1991). Con esta salvedad, el nombre geográfico escogido puede referirse a una zona geográfica más o menos amplia: región, comarca, lugar o localidad, pero en todo caso debe ser adecuado para comprender las llamadas zona de producción, esto es, la totalidad de la zona donde se obtiene la materia prima para elaborar los productos amparados por la denominación de origen; en el caso de productos vínicos, además, la zona de crianza, esto es, la totalidad de la zona en que radican las bodegas en que se aplican a los vinos de la respectiva zona de producción las técnicas de crianza y envejecimiento que les son características (art. 80.1 EVVA y art. 4 NDPNV).

(75) Los requisitos que se ponen implícitamente para que un nombre (75) geográfico pueda ser objeto de una denominación de origen son que designe el lugar de elaboración del producto y que la especial calidad y particularidades del producto se deban a las condiciones específicas del lugar o a los procedimientos de elaboración allí empleados, esto es, al medio geográfico de producción, con sus factores naturales y humanos (STC 211/1990, de 20 de diciembre, «Ley gallega de Protección de Piedras Ornamentales»). A estos requisitos se añade expresamente un tercero: previamente, los productos de la zona deben haber alcanzado una amplia difusión y conocimiento en el mercado nacional o, al menos, un notable prestigio a escala regional, o bien deben haber desarrollado mercados en el exterior (art. 79 II REVVA). Así las cosas, los nombres geográficos convertidos en nombres de producto pueden ser reconocidos como denominaciones de origen, siempre que no hayan perdido del todo su fuerza individualizadora de la procedencia original en cualquiera de los mercados considerados (nacional, regional o exterior); al respecto, recuérdese que, en su concepción política, el sistema de protección de las denominaciones de origen no opera tanto en favor de los consumidores como de los productores y de la economía de la zona. En esta línea, no se prevé la pérdida de la denominación de origen como consecuencia de su vulgarización o conversión en nombre de producto. Esta particularidad del Derecho español no ha de ser obstáculo a la libre circulación de las mercancías que proceden de otro Estado miembro de la Unión Europea si en el Estado de origen la denominación en cuestión no se ha convertido en el nombre genérico del producto [STJCE 10-XI-1992, Asunto C-3/91 «Exportur SA c. LOR SA y Confiserie du Tech (Turrónes de Jijona y Turrónes de Alicante)», comentada por M. M. MARAÑO, 15 *ADI*, 1993, pág. 205 ss.].

(76) El reconocimiento de las denominaciones de origen comporta la intervención de la Administración. Los trámites son iniciados a instancia de los productores de la zona o de oficio por Ministerio de Agricultura. Acogida la solicitud o promovido el expediente de oficio, la administración crea el Consejo Regulador provisional, encargado de elaborar el proyecto de Reglamento de la Denominación de Origen. Una vez elaborado, se remite el Reglamento al Instituto Nacional de Denominaciones de Origen (INDO), que, a su vez, lo eleva con informe al Ministerio de Agricultura, que lo aprueba, en su caso con correcciones, mediante Orden Ministerial.

(77) Las Comunidades Autónomas pueden haber asumido competencia legislativa en materia de denominaciones de origen, que en el caso de que sea exclusiva lo será en colaboración con el Estado (STC 11/1986, de 28 de enero, «Reglamento de la Denominación de Origen “Empordà-Costa Brava”»). En estas Comunidades Autónomas, el organismo competente sustituye la acción del Ministerio de Agricultura y del Instituto Nacional de Denominaciones de Origen y asume la colaboración con la Administración central. Al Ministerio de Agricultura, dentro del ámbito de la colaboración que califica en este caso la competencia legislativa exclusiva autonómica, corresponde, tras su comunicación por el organismo autonómico competente y previo control de legalidad, la ratificación de los Reglamentos de las Denominaciones de Origen reconocidas por la Administración autonómica, así como su defensa en el resto del

territorio del Estado y en el extranjero. Concluido este proceso, queda constituido el Consejo Regulador de la Denominación de Origen (que se encargará, entre otras funciones, de vigilar y controlar la producción y calidad de los vinos, velar por el prestigio de la denominación, llevar los registros de viñas, bodegas, producción y crianza y los de sus titulares, expedir los certificados de origen, ejercitar las acciones que correspondan en defensa de la denominación de origen...). La denominación de origen reconocida es comunicada a la Oficina Española de Patentes y Marcas y es inscrita en la Sección de denominaciones del Registro Mercantil Central (art. 83.4 EVVA y art. 397 RRM).

(78) El ámbito objetivo de la protección de la denominación de origen se extiende no sólo al nombre geográfico escogido como denominación de origen (como queda dicho: región, comarca, lugar o localidad), sino también a los nombres de las comarcas, términos, localidades y pagos comprendidos en tal zona geográfica (art. 81 EVVA). Además, está prohibido el uso de nombres y marcas que por su similitud con la denominación de origen puedan inducir a confusión sobre la naturaleza u origen del producto, incluso cuando estos nombres figuraran inscritos como signo distintivo [STS (Sala 4.ª) 6-III-1984 «Ribeiro/Vinos Ribadavia (I)», pero STS (Sala 4.ª) 30-IV-1985 «Ribeiro/Vinos Ribadavia (II)», ambas citadas por M. LÓPEZ BENÍTEZ, *Las denominaciones de origen* pág. 33-34]. Asimismo, está prohibido el empleo de los nombres geográficos comprendidos dentro de la denominación tanto sobre los productos, como en la publicidad, incluso cuando vayan precedidos de expresiones como «tipo», «estilo», «embotellado en»... (art. 83 EVVA).

(79) El uso de la denominación de origen está reservado exclusivamente a las personas inscritas en los Registros de cada denominación de origen y sólo para los productos que respondan a las condiciones fijadas en el correspondiente Reglamento (art. 82 EVVA). Para compatibilizar la reserva de uso del nombre geográfico objeto de la denominación de origen y de los nombres de las comarcas, términos, localidades y pagos radicados en la zona designada con la necesaria indicación del lugar de origen de los productos, sólo se permite la utilización de la correspondiente denominación geográfica en forma que no exceda los usos habituales tradicionales en materia de indicación del domicilio del fabricante, distribuidor o importador y siempre en forma que no pueda inducir a error al consumidor (artículo único del R. D. 1396/1993, de 4 de agosto, por el que se modifica el R. D. 1254/1990, de 11 de octubre, por el que se regula la utilización de denominaciones de origen, genéricas y específicas en productos agroalimentarios).

(80) El empleo indebido de una denominación de origen, que comprende tanto la inclusión inmediata y directa del correspondiente nombre geográfico en los medios o formas de presentación o promoción del producto como el empleo en cualquiera de estos contextos de alusiones o referencias indirectas, puede ser calificado, sin duda y en atención a las circunstancias del caso, como acto de engaño (SAP *León* 17-V-1995 «Consejo Regulador de la Denominación de Origen Bierzo c. Palacio de Arganza») o bien de explotación de la reputación ajena (v. **Art. 12**).

(81) Existen además específicos mecanismos de protección jurídica, que son de naturaleza jurídico-administrativa: el empleo indebido de una denominación de origen constituye una doble infracción administrativa. Por una parte, el uso de la denominación de origen por persona no autorizada constituye una infracción del Estatuto de la Viña, del Vino y de los Alcoholes, sancionada con multa, decomiso de la mercancía y suspensión temporal de la actividad (art. 119 EVVA); la tramitación de los expedientes administrativos sancionadores compete al Instituto Nacional de Denominaciones de Origen; su resolución corresponde, según sea la cuantía de la multa, al propio Instituto, al Ministerio de Agricultura o al Consejo de Ministros (art. 103.1 REVVA). Por otra parte, la utilización de la denominación de origen por persona no legitimada, pero también por persona legitimada que incumple el Reglamento correspondiente constituye un fraude

en materia de defensa de la calidad de los productos agroalimentarios (art. 27 NDPNV y art. 4.3.3 RISDCPA), sancionada, según sea su calificación (arts. 6 a 8 RISDCPA), con multa administrativa, decomiso de la mercancía, cierre temporal de la empresa y caducidad de las autorizaciones administrativas (art. 10 RISDCPA). Además, la utilización indebida de una denominación de origen constituye delito (art. 275 CP).

(82) El Consejo Regulador de la denominación de origen está activamente legitimado tanto para la presentación de las correspondientes denuncias administrativas, como para el ejercicio de la acción de competencia desleal [art. 19.2. a) LCD y art. 87.8.ª EVVA].

b La protección jurídica de las denominaciones genéricas y específicas de los productos alimentarios

(83) Al lado de las denominaciones de origen se establece un sistema paralelo para el reconocimiento y protección de las llamadas denominaciones genéricas y específicas de los productos alimentarios, alusivas a su calidad, método o lugar de elaboración o caracteres. Inicialmente previsto para productos derivados del vino y otros alcoholes (art. 96 EVVA), este sistema de protección de denominaciones (únicamente en ciertos casos) geográficas no sólo se ha extendido en general a todos los productos alimentarios (art. 1 RDGE), sino que además cuentan con una norma básica común: las Normas a que deben ajustarse las Denominaciones de Origen, Específicas o Genéricas de Productos Agroalimentarios no Vínicos (art. 1 NDPNV) o

(84) La denominación genérica es la calificación aplicable a unos productos que tienen unos caracteres comunes y especiales debidos a su naturaleza, a los sistemas o procedimientos de producción empleados (art. 2 RDGE); la denominación específica es la calificación aplicable a un producto que tiene cualidades diferenciales entre los de su misma naturaleza debidos a la materia prima, al medio natural o a los métodos de elaboración (art. 3 RDGE). Como dejan traslucir las definiciones legales, las denominaciones genéricas sólo pueden hacer referencia a la naturaleza de los productos, al sistema de producción o al método de elaboración o transformación (art. 22 NDPNV); ello no obstante, se admite igualmente la inclusión de un nombre geográfico en la denominación genérica cuando los métodos de elaboración y transformación que caracterizan al producto se conozcan por un nombre geográfico o hagan referencia a un nombre geográfico (art. 25.2 NDPNV). Por su parte, las denominaciones específicas podrán consistir en un nombre geográfico, en particular en el nombre del lugar de procedencia del producto en cuestión (art. 16.1 I NDPNV). Ello sólo será posible si el producto se comercializa normalmente con tal nombre geográfico, los procesos de elaboración y transformación se realizan en el área geográfica conocida con dicho nombre y las características del producto dependen de la zona (art. 17 NDPNV). Las denominaciones específicas pueden, por lo demás, hacer referencia a la raza o variedad productora de la materia prima y al método de elaboración, transformación o maduración (art. 16.1 II Y III NDPNV). De ahí que la diferencia entre denominación de origen y denominación específica resida, de un lado, en que la denominación de origen siempre tiene por objeto una denominación geográfica mientras que la denominación específica sólo en los casos que se acaban de indicar y, de otro lado, en que la calidad de los productos a que se aplica la denominación de origen depende principal o exclusivamente del medio geográfico mientras que los productos distinguidos con denominaciones específicas sólo poseen cualidades debidas al medio geográfico.

(85) El sistema de tutela de denominaciones genéricas y específicas sigue las pautas del propio de las denominaciones de origen: reconocimiento de la denominación genérica o específica por la autoridad administrativa autonómica y ratificación de la misma por el Ministerio de Agricultura; establecimiento de un reglamento particular para

cada denominación genérica y específica (arts. 20 y 26 NDPNV), creación de unos órganos rectores (art. 4 II RDGE) o Consejo Regulador (art. 97 EVVA) para la promoción, desarrollo y defensa de la correspondiente denominación genérica o específica.

(86) La protección jurídica específica de las denominaciones genéricas y específicas coincide esencialmente con la propia de las denominaciones de origen (art. 10 RDGE Y art. 27 NDPNV), por lo que remito a lo dicho sobre este particular [v. **(79)** a **(81)**]. Igualmente, la utilización indebida de una denominación específica geográfica puede constituir delito (art. 275 CP).

c La protección jurídica de las denominaciones de calidad

(87) También como en el caso de las denominaciones de origen, las Comunidades Autónomas poseen competencia normativa en materia de denominaciones genéricas y específicas, sin perjuicio del principio de colaboración entre las administraciones estatal y autonómica [v. STS (Sala 5.ª) 16-XII-1988 «Botifarra catalana»]. Al amparo de esta competencia legislativa y de la posibilidad excepcional de incluir nombres geográficos en las denominaciones genéricas (art. 25.2 NDPNV), han hecho su aparición las llamadas «denominaciones genéricas de calidad», posteriormente «denominaciones de calidad», basadas en una dudosa conexión entre calidad y localización (M. LÓPEZ BENÍTEZ, *Las denominaciones de origen*, pág. 76-81). Su régimen sigue en lo esencial el modelo de las denominaciones de origen y denominaciones genéricas y específicas: creación de un Consejo, establecimiento de una reglamentación, creación de registros y disposición de prohibiciones de utilización para las personas no autorizadas y/o en relación con productos no acogidos.

d La protección jurídica de las indicaciones de procedencia

(88) Las demás indicaciones geográficas, a las que genéricamente es posible referirse como indicaciones de procedencia (*cf.* art. 2 CUP), y no indicaciones de procedencia protegidas, no son objeto de una regulación particular. Ello no obstante, no deja de ser posible trazar una caracterización jurídica mínima de esta modalidad residual de indicación geográfica. Por un lado, su objeto está constituido por una denominación geográfica o cualquier otro elemento de la presentación de los productos que, en atención a las circunstancias del caso, sea adecuado para establecer una conexión reconocible en el tráfico entre un determinado producto y su lugar de origen y sea, además, apto para distinguir los productos a los que se aplica de otros de la misma especie por sus especiales características. Por otro lado, las indicaciones de procedencia pueden referirse tanto a productos alimenticios como a productos de otra clase, en particular a productos artesanales o industriales; en este sentido, los Convenios bilaterales en la materia llevan su ámbito de aplicación a «los productos naturales e industriales originarios del territorio del otro Estado Contratante» e incluyen entre las denominaciones protegidas que se relacionan en sus anexos los «nombres geográficos de productos industriales», como artículos de piel, artículos textiles, cerámica, muebles, orfebrería, joyería, filigrana, forja y armas.

(89) La indicación de procedencia, como medio de designación del lugar de origen de un producto y elemento al que se asocian determinadas representaciones de calidad y características por parte de los consumidores, es objeto de una protección eminentemente negativa e indirecta. En atención a las circunstancias del caso, su utilización en relación con productos que no tienen la procedencia geográfica que da a entender la denominación con que se presentan y ofrecen puede ser considerada como acto de engaño: la procedencia geográfica es extremo sobre el que puede versar el

engaño [art. 5.1. a) LGP], o bien como acto de aprovechamiento de reputación ajena (art. 12 LCD).

(90) El panorama se completa con el régimen de indicaciones de procedencia en la legislación sobre marcas. Entre los signos engañosos que son objeto de una prohibición absoluta de registro como marca figuran los signos que pueden inducir a error sobre la procedencia geográfica de los productos [art. 11.1. f) LM]. Las líneas maestras de la abundante jurisprudencia que existe sobre el particular pueden resumirse del modo que sigue: para que un signo induzca a error sobre la procedencia geográfica del producto se estima preciso que el signo concentre toda su fuerza expresiva en la denominación geográfica (STS 26-VII-1988 «La suisse»), lo que no sucede si incorpora una indicación deslocalizadora (STS 27-X-1976 «Lady Manhatann, Barcelona»), y que el lugar aludido pueda ser conocido como lugar de fabricación del producto designado [STS (Sala 3.^a) 13-XI-1974 «Bodegas Bará», y a *contrario* STS 13-VII-1990 «Óptica Jaén»]. Por otro lado, pesa una prohibición absoluta de registro como marcas sobre ciertos signos que pueden considerarse (entre otros aspectos) indicaciones de procedencia indirectas, como son los signos que reproduzcan o imiten emblemas, escudos, banderas y otros emblemas de España, sus Comunidades Autónomas, municipios, provincias o entidades locales [art. 11.1. h) e i) LM], salvo que sean componentes accesorios del signo objeto de la marca correspondiente y medie autorización de la autoridad competente.

e La protección de las indicaciones geográficas y de las denominaciones de origen de los productos agrícolas y alimenticios en la comunidad europea

(91) El Reglamento CEE núm. 2081/1992 del Consejo, de 14 de julio, relativo a la protección de las indicaciones geográficas y de las denominaciones de origen de los productos agrícolas y alimenticios establece un sistema de protección con efectos en todos los Estados miembros, en el que ocupan un lugar principal, tal y como es tradicional en este ámbito, las preocupaciones de política agrícola (fomento de la diversificación y calidad de los productos agrícolas y alimenticios, promoción del desarrollo económico de la población rural) y de política de protección de los consumidores (facilitación de la elección de los productos por parte de los consumidores), pero en el que no deja de mencionarse asimismo el objetivo de asegurar una competencia leal.

(92) Denominaciones de origen e indicaciones geográficas sólo podrán protegerse para los productos agrícolas y alimenticios incluidos los Anexos I y II del Reglamento; quedan excluidos de este sistema los productos pertenecientes al sector vitivinícola y las bebidas espirituosas. Las denominaciones de origen se reservan a productos cuya calidad o características se deban fundamental o exclusivamente al medio geográfico con sus factores naturales y humanos, y cuya producción, transformación y elaboración se realicen en dicho ámbito geográfico; excepcionalmente, se asimilan a las denominaciones de origen las designaciones geográficas usadas para productos elaborados con animales vivos, carne o leche procedentes de una zona geográfica extensa o diferente de la zona de transformación, con las garantías al efecto establecidas. Por su parte, las indicaciones geográficas protegidas se reservan a los productos que posean una cualidad, una reputación u otra característica que pueda atribuirse a dicho origen geográfico. Las denominaciones de origen comunitarias protegidas se corresponden con las denominaciones de origen definidas en el Estatuto de la Viña, el Vino y los Alcoholes. Las indicaciones geográficas protegidas se corresponden, de su lado, con las denominaciones específicas de productos alimentarios que contengan una referencia geográfica.

(93) La protección de denominaciones e indicaciones se produce sobre la base de un registro comunitario, practicado a instancia de organizaciones de productores y/o transformadores y, excepcionalmente, de personas físicas o jurídicas. Las solicitudes de registro han de dirigirse al Estado miembro en el cual esté situada la zona geográfica en cuestión. Esta solicitud contendrá el llamado «pliego de condiciones», esto es, una relación detallada de las características del producto y, en su caso, de sus materias primas, así como de los métodos de obtención del producto en cuestión, a las que se unen la delimitación de la zona geográfica y la identificación de aquellos elementos que prueban, de un lado, que el producto es originario de dicha zona y, de otro, que el vínculo con dicha zona determina una específica calidad, características, cualidad o reputación, según se trate de la solicitud de una denominación de origen o de una indicación de procedencia. Una vez que el Estado miembro comprueba que la solicitud cumple los requisitos exigidos y que está justificada, la transmite a la Comisión, que, tras un examen formal de la misma, la publica en el *Diario Oficial de la Comunidad Europea*. Desde la fecha de publicación, todos los interesados disponen de un plazo de seis meses para oponerse al registro. La inscripción se denegará a las denominaciones de origen o indicaciones geográficas que no satisfagan los requisitos exigidos, que perjudiquen a denominaciones homónimas o marcas anteriores, que se hayan convertido en genéricas (esto es, que sean comunes para el particular producto agrícola o alimenticio en cualquier lugar de la Comunidad), o que entren en conflicto con el nombre de una variedad vegetal o raza animal si así puede inducirse a error al consumidor.

(94) Las denominaciones de origen e indicaciones geográficas reconocidas por los Estados miembros con anterioridad a la entrada en vigor del Reglamento debieran ser inscritas en el Registro comunitario, siempre que cumplan los requisitos establecidos en aquél y se haya solicitado su registro por parte del Estado miembro interesado dentro de los seis meses siguientes a la entrada en vigor del Reglamento, es decir, hasta el 14 de enero de 1994. El registro de estas denominaciones de origen e indicaciones geográficas anteriormente reconocidas se había de practicar sin apertura de un período de oposición.

(95) La protección conferida a la denominación de origen o indicación geográfica registrada impide a los terceros su utilización indebida (designación de productos no abarcados por el registro), usurpación, imitación o evocación, la utilización de expresiones como «género», «estilo», «imitación», así como cualquier otra práctica o indicación falsa sobre la procedencia, origen, naturaleza o características esenciales de los productos, realizada en el envase o a través de la publicidad, o que, de alguna forma pueda inducir a error sobre el auténtico origen del producto. Excepcionalmente, si existe tradición en el uso de las expresiones «género», «estilo», «imitación» y no existe peligro de confusión sobre el origen del producto, se autoriza a los Estados miembros a mantener las mismas durante un período de cinco años a partir de la fecha de publicación del Reglamento.

f Las marcas colectivas y de garantía

(96) Las marcas colectivas y las marcas de garantía pueden tener por objeto una denominación geográfica, sin que deba controlarse si incurre o no en la prohibición absoluta de registro atinente a los signos engañosos (art. 66.1 LM). Las marcas colectivas modifican la función de diferenciación de la marca: distinguen productos o servicios de los afiliados a una asociación de productores, fabricantes, comerciantes o prestadores de servicios titular de la marca frente a los productos o servicios de los que no pertenecen a la asociación (art. 58 LM); las marcas de garantía, por su parte, intensifican la función de garantía: distinguen productos o servicios que poseen ciertas características comunes elaborados o prestados por los afiliados a una asociación de

productores, fabricantes, comerciantes o prestadores de servicios titular de la marca (art. 62 LM).

(97) Las marcas colectivas sólo pueden ser solicitadas por asociaciones de productores, fabricantes, comerciantes o prestadores de los productos o servicios a los que se ha de aplicar (art. 58 LM). La solicitud de marca colectiva debe acompañarse de un reglamento de uso de la misma, que especialmente mencionará la asociación solicitante, las personas legitimadas para su utilización, las condiciones de afiliación a la asociación y de uso de la marca, incluidas las causas de prohibición de su uso (art. 59 LM). Igualmente, la solicitud de marca de garantía debe contener un reglamento de uso, que indicará especialmente la calidad, componentes, origen y otras características de los productos o servicios para los que se solicita, así como las medidas para el control de su cumplimiento y las sanciones, que se acompaña de informe favorable emitido por el organismo administrativo que sea competente según la naturaleza de los productos o servicios en cuestión (art. 63 LM). Las marcas colectivas y de garantía concedidas se inscriben en una sección especial del Registro de marcas, y sus reglamentos quedan depositados en la Oficina Española de Patentes y Marcas a disposición del público (art. 67 LM). Concedida la marca, toda modificación de los reglamentos de uso debe ser aprobada por la Oficina Española de Patentes y Marcas, y sólo surte efectos desde su inscripción (arts. 60 y 64 LM).

(98) Para la interposición de las acciones en defensa de la marca colectiva y de garantía está legitimada no sólo su titular, sino también las personas autorizadas para utilizarlas, si lo permite el correspondiente reglamento de uso (art. 68.1 LM). Unos y otros ejercitan la acción por su cuenta e interés. No obstante, el titular registral de la marca colectiva o de garantía ejercita la acción/preensión de indemnización en interés de las personas facultadas para utilizarla (art. 68.2 LM).

(99) Las marcas colectivas no pueden ser transmitidas a terceros (art. 61 LM). Para el uso de la marca colectiva es precisa la autorización de la asociación titular de la misma, únicamente concedida a las personas oficialmente reconocidas por la asociación (art. 61 LM); para el uso de la marca de garantía, se requiere asimismo la autorización de su titular, que sólo se concede a las personas que satisfacen las condiciones al respecto exigidas en el correspondiente reglamento de uso (art. 62.1 LM). Ninguna de estas autorizaciones constituye una licencia de marca.

(100) A las causas de nulidad generales se suman otras específicas para las marcas colectivas y de garantía, nulidad que, no obstante el silencio legal al respecto, tiene carácter absoluto: falta de legitimación del solicitante de la marca colectiva, inhabilidad del signo para satisfacer la función propia de las marcas colectivas o de garantía, falta de presentación de un reglamento de la marca colectiva o de garantía (art. 70 LM, que remite al art. 66.2 LM). Para las marcas colectivas y de garantía, por otro lado, también son causas de caducidad, necesitadas de declaración judicial, la inscripción registral de una modificación del reglamento de la marca colectiva o de garantía que las haga inhábiles para cumplir sus funciones o que sea contraria a la ley, al orden público o a las buenas costumbres, la autorización o consentimiento de un uso de la marca contrario a lo dispuesto en el reglamento, la negativa injustificada a autorizar el ingreso en la asociación titular de una marca colectiva, *rectius*: a reconocer oficialmente y autorizar el uso de la marca colectiva (arg. ex art. 61 LM), o a autorizar el uso de la marca de garantía a una persona que cumpla los requisitos fijados en el respectivo reglamento de uso, salvo que por sentencia se declare el derecho de la persona excluida a ser reconocido por la asociación y/o a usar la marca colectiva o de garantía, y la utilización de la marca de garantía por su titular para los productos o servicios que él o una persona económicamente vinculada con él fabrica o suministra.

Artículo 8.OBSEQUIOS, PRIMAS Y SUPUESTOS ANÁLOGOS

1. La entrega de obsequios con fines publicitarios y prácticas comerciales análogas se reputarán desleales cuando, por las circunstancias en que se realicen, pongan al consumidor en el compromiso de contratar la prestación principal.

2. La oferta de cualquier clase de ventaja o prima para el caso de que se contrate la prestación principal se reputará desleal cuando induzca o pueda inducir al consumidor a error acerca del nivel de precios de otros productos o servicios del mismo establecimiento, o cuando le dificulte gravemente la apreciación del valor efectivo de la oferta o su comparación con ofertas alternativas. Estas últimas circunstancias se presumirán verificadas cuando el coste efectivo de la ventaja exceda del quince por ciento del precio de la prestación principal.

3. La subordinación de la conclusión de un contrato a la aceptación de prestaciones suplementarias que no guarden relación con el objeto de tal contrato se reputará desleal cuando concorra alguna de las circunstancias previstas en el apartado anterior.

Bibliografía

F. ALONSO, J. A. LÓPEZ PELLICER, J. MASSAGUER y A. REVERTE, (coord.), *Régimen jurídico del comercio minorista*, McGraw-Hill, Madrid, 1999; R. BALLARÍN, «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 1997», *CCJC*, núm. 45, 1997, pág. 1133; R. BERCOVITZ, y J. SALAS, *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Civitas, Madrid, 1992; J. M.^a DE LA CUESTA, *Lecciones de Derecho de la publicidad*, Editorial de la Universidad Complutense, Madrid, 1985; M. L. FELIÚ, «Venta con primas o regalos», *Cuadernos Jurídicos*, núm. 2, 1992, pág. 72 ss.; J. I. FONT GALÁN, *Aspectos jurídicos de las operaciones de ventas con primas* (resumen de tesis doctoral), Sevilla, s. f. (pero 1974); C. LEMA, «La publicidad desleal: modalidades y problemas», *RGD*, núms. 562-63, 1991, pág. 6135 ss.; J. MASSAGUER, «Publicidad con regalo y venta con prima», *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995, pág. 5381 ss.; J. L. PIÑAR, y E. BELTRÁN, (dir.), *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica complementaria*, Civitas, Madrid, 1997; C. VELA, *La regulación jurídica de las primas y regalos*, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 1987; M. VERGEZ, «Competencia desleal por actos de engaño, obsequios, primas y otros supuestos análogos», en A. BERCOVITZ, (coord.), *La regulación contra la competencia desleal en la Ley de JO de enero de 1991*, BOE-Cámara de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 1992, pág. 51 SS.

Doctrina-comentario

Sumario:

- [1.Introducción](#)
- [2.Encuadramiento sistemático](#)
- [3.Obsequios o publicidad con regalo](#)
 - [a.Acción relevante](#)
 - [b.Las circunstancias determinantes de la deslealtad](#)
 - [c.Grupos de casos](#)
 - [d.\(sigue\) Transporte gratuito al establecimiento](#)
 - [e.\(sigue\) Prestación gratuita de servicios de revisión y mantenimiento](#)
 - [f.\(sigue\) Entrega de muestras](#)
 - [g.\(sigue\) Regalo a prescriptores](#)

- 4.Venta con prima
- a.Acción relevante
- b.Las circunstancias determinantes de la deslealtad
- c.(sigue) Error sobre el nivel de precios de otros productos o servicios del mismo establecimiento
- d.(sigue) Obstaculización de la justa apreciación del valor de la oferta
- e.Grupos de casos
- f.(sigue) Prima diferida
- g.(sigue) Prima onerosa
- h.(sigue) Prima aleatoria: concursos y sorteos
- i.(sigue) Prima a prescriptores
- j.(sigue) Padrinazgo
- 5.La subordinación de prestaciones
- a.Acción relevante
- b.Las circunstancias determinantes de la deslealtad

1 INTRODUCCIÓN

(1) Obsequios, primas y supuestos análogos son modalidades de publicidad en especie. Se trata de una práctica publicitaria que fomenta la contratación de unas prestaciones mediante la concesión a sus destinatarios de una dádiva, de cosas, derechos o servicios sin una contraprestación. La expresión publicidad en especie procede de la alemana *Werteklame*, y a esta práctica se refiere nuestra doctrina empleando esta misma expresión (A. MENÉNDEZ, *La competencia desleal*, Civitas, Madrid, 1988, pág. 130) u otras como «ventas con regalo» (C. LEMA, *RGD*, 1991, pág. 6149, E. POLO, *La protección del consumidor en el Derecho privado*, Civitas, Madrid, 1980, pág. 103-104, Y antes J. I. FONT GALÁN, *Aspectos jurídicos de las operaciones de ventas con primas*, Universidad de Sevilla, Sevilla, s. f., pág. 1 ss.) o como «forma de publicidad, no de mensajes sino en especie» (F. VICENT, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, 3.ª ed., T. I, J. M.ª Bosch Editor, Barcelona, 1991, pág. 1070).

(2) El enjuiciamiento de obsequios, primas y supuestos análogos como publicidad ilícita es conocido desde que, bajo la legislación anteriormente vigente, se entendiera que el concepto legal de publicidad cubría las técnicas de promoción de ventas, tanto por la doctrina (*cf.* J. M.ª DE LA CUESTA, *Lecciones de Derecho de la publicidad*, pág. 108, C. VELA, *La regulación jurídica de las primas y regalos*, pág. 93-101, Y J. I. FONT GALÁN, *Aspectos jurídicos de las operaciones de ventas con primas*, pág. 4, 6 a 7), como en los escasos fallos judiciales en esta materia [SSTS (Sala 3.ª) 10-XI-1976 «PAYMARD», 24-V-1980 «Sola Publicidad, S. A. c. Delfín Z. C.»]. Esta conexión no por obligada entonces a causa del silencio legal deja de ser ahora correcta.

(3) En la actualidad, y sin perjuicio de la posibilidad de considerar la publicidad en especie como supuesto de publicidad desleal, la única norma que aborda de forma global y con carácter general la publicidad en especie es el art. 8 LCD. El supuesto de hecho de «obsequios, primas y supuestos análogos» se define en términos amplios, que hacen innecesario acudir a la analogía para enjuiciar acciones de similar significado. El regalo publicitario se corresponde con la acción legalmente descrita como «entrega de obsequios con fines publicitarios y prácticas comerciales análogas» (art. 8.1 LCD) y, de su parte, la venta con prima se corresponde, en su modalidad básica, con la acción presentada en el tipo como «oferta de cualquier clase de ventaja o prima» (art. 8.2 LCD) y, en una forma particular, con la acción caracterizada en el tipo como «subordinación de la conclusión de un contrato a la aceptación de prestaciones accesorias» (art. 8.3 LCD). Por otro lado, la publicidad en especie es, en toda su extensión, publicidad en sentido del artículo 2 de la Ley General de Publicidad: es una forma de comunicación encaminada a promover prestaciones, a establecer una relación informativa y

persuasiva entre anunciante y destinatario que se distingue de la publicidad convencional por emplear una dádiva como vehículo principal de comunicación cuyo objetivo principal es provocar la contratación de la prestación promocionada como respuesta inmediata. En consecuencia, obsequios y ventas con prima quedan igualmente sujetas a la prohibición de la publicidad engañosa y de la publicidad desleal establecidas en la Ley General de Publicidad.

(4) Con carácter sectorial se regulan, además, ciertas modalidades de publicidad en especie en la normativa sobre comercio minorista, en particular las que allí se denominan ventas con premio o regalo (art. 19.3 LOCM) o con obsequios (arts. 32 y 33 LOCM), que no son otra cosa que las ventas con prima de la Ley de Competencia Desleal, y ofertas conjuntas (art. 34 LOCM), que no son otra cosa que la subordinación de prestaciones de la Ley de Competencia Desleal. Se trata de un régimen únicamente aplicable en el comercio minorista de artículos (productos) y de desigual contenido. De un lado, se define la venta con obsequios, de una forma amplia que integra buena parte de sus modalidades habituales, se establecen algunas prescripciones relativas al contenido de las obligaciones contraídas por el oferente y a su ejecución y, finalmente, se determinan ciertos aspectos en esencia secundarios de su configuración (reserva de *nomen* y prohibición de vinculación de la comunicación de la obtención de un sorteo a la contratación de prestaciones); no se regula, en cambio, ni la formulación ni la presentación de la correspondiente oferta. En suma, el régimen dispuesto en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista se aproxima a las ventas con obsequios, no obstante su encuadramiento sistemático entre las «actividades de promoción de ventas», como modalidad especial de venta (*cfr.* Exposición de Motivos VI LOCM) y, consecuentemente, se concentra en asegurar el equilibrio en la relación contractual que demanda la tutela del interés de los consumidores, y no en los aspectos concurrenciales. De otro lado, mediante una norma típicamente reguladora de materia concurrencial, las ofertas conjuntas sencillamente se prohíben con carácter general, si bien a continuación se prevén algunas excepciones [*v.* J. MASSAGUER, en F. ALONSO, J. A. LÓPEZ PELLICER, J. MASSAGUER y A. REVERTE (coord.), *Régimen jurídico del comercio minorista* , art. 34, pág. 434-436]. Así las cosas, lo dispuesto en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista para ventas con obsequios/ventas con prima tiene un escaso impacto en el régimen sentado al respecto en la Ley de Competencia Desleal, a la que en realidad no modifica sino complementa, esencialmente en el plano jurídico-contractual. Por el contrario, lo dispuesto para ofertas conjuntas o subordinación de prestaciones en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista cambia completamente el sentido de lo establecido al respecto en la Ley de Competencia Desleal, pues esta última si bien no queda derogada (siempre únicamente en el campo del comercio minorista y en el ámbito territorial de vigencia de la Ley de Ordenación del Mercado Minorista), sólo podrá ser aplicada a las ofertas conjuntas excepcionalmente admitidas.

(5) Asimismo, la publicidad en especie está regulada en diversos pasajes de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Con carácter programático, se prevé la regulación de la promoción de bienes, productos o servicios mediante concursos, sorteos, regalos, vales-premio o similares (art. 9 LCU, comentado por C. VELA, en R. BERCOVITZ y J. SALAS, *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* , art 9, pág. 200-221). Desde luego, el artículo 8 de la Ley de Competencia Desleal y los artículos 32 a 34 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista no parecen ser tal regulación de desarrollo. De directa aplicación a la publicidad en especie es, empero, la intensa predeterminación normativa del contenido del mensaje publicitario establecida en el artículo 8.1 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (*cfr.* J. I. FONT GALÁN, «El tratamiento jurídico de la publicidad en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», en J. I. FONT GALÁN, y F. LÓPEZ MENUDO, *Curso sobre el nuevo Derecho del consumidor* , Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 1990, pág. 55 ss., pág. 91-94), que

expresamente se extiende a las ofertas promocionales: el oferente está obligado a revelar los extremos relativos al regalo, prima o subordinación que puedan influir en la decisión del acto de consumo y, en todo caso, a proporcionar adecuada información sobre la naturaleza, características, condiciones de obtención, utilidad y finalidad de la ventaja ofrecida, del objeto del regalo, prima o subordinación; este mismo precepto, además, sirve de fundamento a la obligación efectiva del oferente a entregar a los que resulten beneficiarios del mismo (STS 12-VI-1997 «sufridores en casa» —aunque cita el artículo 9, y no el artículo 8.1 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, SSAP *Tarragona* 18-VII-1994 «Cuenta Familiar - Seguro de accidentes gratuito», *Asturias* 14-I-1994 «Cuenta o Libreta de Ahorro - Seguro de accidentes gratuito»). Finalmente, la cláusula de condiciones generales que imponga al consumidor la adquisición de productos complementarios o accesorios no solicitados —la subordinación de prestaciones establecida en condiciones generales— es abusiva [art. 10bis.1 y D. A. Primera 23 LCU] y, por tanto, nula de pleno derecho (art. 10bis.2 LCU).

(6) Desde otro ángulo, las normas estatales relativas a la publicidad de determinados productos o servicios contienen prohibiciones o restricciones de la promoción de ventas mediante regalos, prima o subordinación de prestaciones, como las establecidas en relación con la promoción de billetes de lotería: las Administraciones de Lotería tienen prohibido ofrecer al público regalos para fomentar su venta (R. O. de 14 de noviembre de 1928), de preparados para lactantes y de continuación (art. 7.4 R. D. 1408/1992, de 20 de noviembre), o de medicamentos. En este sector, efectivamente, la promoción de ventas mediante regalos y primas está sometida a importantes limitaciones: laboratorios, almacenistas y demás sujetos dedicados a la elaboración, distribución, venta y dispensación de medicamentos tienen prohibida la entrega y ofrecimiento de regalos y primas de cualquier naturaleza y valor intrínseco a los facultativos o a sus parientes, familiares u otras personas de su convivencia, así como a los Organismos o Entidades en las que presten sus servicios (art. 3 D. 3451/1977), salvedad hecha de las muestras gratuitas autorizadas [art 6.1. d) D. 3451/1977] y de los premios, becas, contribuciones y subvenciones a reuniones, viajes de estudio y similares autorizados en las condiciones legalmente fijadas (art. 86 LMed). La conculcación de estas disposiciones, incluidas aquellas que tienen carácter reglamentario, constituye una infracción en materia de consumo (art. 8.6 I LGP en relación con art. 32.1 LCU), sancionada con multas de entre 500.000 y 100.000.000 de ptas. según sean leves, graves o muy graves (arts. 35 y 36 LCU), así como también una infracción en materia de sanidad, sancionada con multas de hasta 100.000.000 de ptas. o la cuantía del quintuplo del valor del producto o servicio si es superior, más cierre temporal del establecimiento, instalaciones o servicios por un plazo máximo de cinco años, según sea la infracción leve, grave o muy grave (arts. 35 y 36 LGS), que en la medida en que tutelan intereses distintos deben considerarse acumulables (art. 33 LCU) y, por supuesto, un acto de competencia desleal por violación de normas [v. **Art. 15 (40) y (41)**]. De forma indirecta existen restricciones al empleo de publicidad en especie para la promoción de tabaco: está prohibido entregar a menores de dieciséis años labores de tabaco, así como productos que le imiten o induzcan al hábito de fumar (art. 5.1 I R. D. 192/1988, de 4 de marzo, sobre limitaciones en la venta y uso del tabaco para la protección de la salud de la población).

(7) Por último, algunas normas autonómicas sobre comercio interior acogen, sin una aproximación sistemática, declaraciones generales que son de aplicación a la publicidad en especie, así como disposiciones específicas sobre regalo publicitario y venta con prima. Del regalo publicitario se ocupa, por ejemplo, el artículo 20 de la Ley de Comercio Interior de Catalunya (comentado por J. EGEA e I. MIRALLES, «La protección del consumidor i del usuari en la contractació civil catalana», *RJC*, 1992, pág. 23 ss., pág. 51-54), que prohíbe condicionar, directa o indirectamente, la entrega efectiva a un consumidor de un premio obtenido en un sorteo o de un obsequio (sin necesidad, a

pesar de la falta de claridad del pasaje legal en este punto, de que se trate del premio de un concurso) a la compra de productos o servicios, así como obliga a obtener las autorizaciones y permisos necesarios para realizar sorteos destinados a premiar a consumidores, participen en ellos voluntaria o involuntariamente; el incumplimiento de esta norma constituye infracción administrativa, sancionada, según merezcan la calificación de leve, grave o muy grave, con multas de cuantía entre 500.000 ptas. y 100.000.000 de ptas., o del décuplo del valor de los productos o servicios objeto de la infracción [arts. 21.1 y 22 LCI de Catalunya]. De la venta con prima trató por primera vez en la legislación autonómica el artículo 34 de la Ley de Ordenación del Comercio de la Comunidad Valenciana, que en particular regula, entre las ventas promocionales, una modalidad de oferta con prima, legalmente catalogada como «venta con descuento» en especie, en particular la que ofrece «títulos o billetes de participación en juegos de azar, sorteos o loterías» o «el pago de primas en contratos de seguros por cuenta del comprador», exigiendo que «los títulos correspondientes indiquen con toda claridad el equivalente en dinero y la facultad que, en todo caso, asistirá al comprador de exigir el pago inmediato de este equivalente en dinero»; su incumplimiento constituye infracción administrativa en materia de comercio que, según las circunstancias, podrá ser considerada desde leve hasta muy grave, sancionada con multas que oscilan entre 250.000 pts. y 100.000.000 de pts. [arts. 48 II.F), 49.2, 50 y 51 II 34 LOC de la C. Valenciana]. A partir de esta disposición entra en la normativa autonómica sobre comercio interior la regulación de las ventas con prima. Primeramente como modalidad de venta de promoción: el artículo 21 de la Ley de Ordenación del Comercio Interior de Galicia, tras definir la venta de promoción como aquella que tiene por fin dar a conocer un nuevo producto o artículo, o conseguir el aumento de la venta de los existentes, mediante el ofrecimiento de condiciones más ventajosas que las habituales o de las que se ofrecerán en el futuro, indica que estas ventajas pueden consistir, entre otras, en regalos y premios, y somete la oferta publicitaria a diversos requisitos, entre ellos: la clara identificación del producto promocionado y de las condiciones de venta; el incumplimiento de estos requisitos es una infracción administrativa grave, sancionada con multas de 250.001 a 1.500.000 pts. [arts. 44.9, 45.2. b) y 46.1 LOCI de Galicia]. Seguidamente, ya como modalidad de venta especial, el artículo 40 de la Ley de Ordenación de la Actividad Comercial en Aragón define las ventas con prima como «aquellas en las que el comerciante utiliza concursos, sorteos, regalos, vales premio o similares vinculados a la oferta, promoción o venta», y respecto de estas ventas prohíbe «durante el período de duración de la oferta... modificar el precio o la calidad del producto principal» y a las que somete a las normas generales de «la legislación vigente sobre defensa de consumidores y usuarios», confiando su control a la Administración autonómica en lo que hace a «la información necesaria sobre la veracidad de la oferta (y) la duración»; su incumplimiento es infracción administrativa grave en materia de actividad comercial sancionada con multa de hasta 1.500.000 pts. [arts. 56. s) , 57. b) .2 y 58.1 LOAC de Aragón]. En esta línea, el art. 3. i) y j) de la Ley de Disciplina del Mercado de Catalunya tipifica como infracción de disciplina de mercado por fraude o engaño «la oferta de premios o regalos, si el precio de los mismos ha repercutido en el coste de la transacción, si se compensa la ventaja ofrecida y disminuye la calidad o la cantidad del objeto principal de la transacción, y, si de cualquier otra forma, no recibe el consumidor o usuario, real y efectivamente, lo que se le ha prometido en la oferta», así como «la falta de garantía de los bienes ofrecidos como premio o regalo, la minoración de la misma respecto de la que es exigible para el mismo tipo de bien que el obsequiado»; su incumplimiento constituye, según los casos, infracción grave o muy grave, sancionada con multas de 500.001 a 100.000.000 de ptas. (arts. 9 y 10 LDM de Catalunya).

(8) Para controlar la ejecución de la publicidad en especie, la acción administrativa autonómica cuenta además con normas sobre venta a domicilio y sobre sorteos y concursos. Bajo el primer aspecto, la publicidad en especie ejecutada con visita de

vendedores a domicilio o centro de trabajo —reuniones de ventas en que la asistencia se compensa con un obsequio, regalo publicitario entregado en mano, envío de mercancías no solicitadas...— necesita en buena parte de Comunidades Autónomas previa inscripción en registro administrativo, autorización administrativa y prestación de fianza (arts. 12 a 16 LEC de Catalunya, desarrollados por Decreto 39/1984, de 31 de enero, del Departament de Comerç i Turisme; arts. 26 a 31 LOA del País Vasco; arts. 21 y 22 LOC de la C. Valenciana, desarrollados por Decreto 50/1988, de 12 de abril, de la Conselleria de Industria, Comerç i Turisme, que regula la venta fuera de establecimiento comercial permanente en su modalidad de venta domiciliaria, aún desarrollado por Orden, 20 de julio de 1988, de la Conselleria de Indústria, Comerç i Turisme, que desarrolla el Decreto de 12 de abril de 1988 de venta fuera de establecimiento comercial permanente en su modalidad de venta domiciliaria; arts. 28 a 30 LOCI de Galicia; arts. 29 y 30 LOAC de Aragón, desarrollados por Decreto 69/1990, de 8 de mayo, del Departamento de Industria, Comercio y Turismo, sobre creación del Registro General de Empresarios de Comercio Establecimientos Mercantiles). Bajo el segundo aspecto, y como ejemplo, puede recordarse que el artículo 20 de la Ley de Comercio Interior de Catalunya, sobre obsequios publicitarios remite a la Ley 15/1984, de 20 de marzo, de la Generalitat de Catalunya, del Juego.

(9) Además, la normativa autonómica sobre sanidad contiene disposiciones tocantes a la publicidad en especie. Así, la Ley 20/1985 de la Generalidad de Catalunya, de 25 de julio, de prevención y asistencia en materia de sustancias que puedan generar dependencia, prohíbe en todo el territorio de Cataluña la oferta y degustación gratuita de bebidas alcohólicas con ocasión de la promoción pública mediante ferias, exposiciones, muestras y actividades similares, toda forma de publicidad de bebidas alcohólicas de más de veintitrés grados centesimales en los medios de comunicación dependientes de la Generalidad y de la Administración local de Cataluña, así como la distribución de muestras gratuitas de tabaco. En esta línea también se sitúan los artículos 2,3.2 y 4 del Decreto 7/1984 de la Comunidad Autónoma de Galicia, de 9 de febrero, por el que se establecen normas sobre el uso y consumo del tabaco y prevención del tabaquismo.

2 ENCUADRAMIENTO SISTEMÁTICO

(10) La delimitación del supuesto de hecho prescinde, en todos los casos, de la persona que efectúa la oferta. Es indistinto que la organización y ejecución del regalo publicitario, venta con prima o subordinación de prestaciones se deba al fabricante, distribuidor mayorista o al distribuidor minorista. El reproche de deslealtad corre con la cadena de distribución. Pero no prescinde de la persona del destinatario de la oferta, que en todo caso será un consumidor o destinatario final, no tanto de la ventaja adicional cuanto de la prestación promocionada y por ello, en realidad, un «consumidor-cliente», y no un «consumidor de hecho» (sobre estas nociones, A. BERCOVITZ, en R. BERCOVITZ y J. SALAS, *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, art 1, pág. 25-38).

(11) La publicidad en especie no es un acto de competencia desleal *in re ipsa* La presentación de las propias prestaciones y la atracción de la atención del cliente hacia ellas es parte nuclear de la competencia económica. No sorprende que el artículo 8 de la Ley de Competencia Desleal, de la mano de una tipificación restrictiva de las circunstancias de deslealtad, reconozca *prima facie* la licitud de esta técnica de promoción de ventas [en línea con los escasos precedentes en la materia: SSTS 31-III-1930, «La Imperial c. El Momento», comentada por C. VELA, *La regulación jurídica de las primas y regalos*, pág. 90 a 92, (Sala 3.ª) 10-XI-1976, «PAYMARD», o RJCP 12-I-1977, «Anuncios Nieto», con nota de C. LEMA, 5 *ADI* 1978, pág. 624]. Ahora bien, la publicidad en especie comporta más que la mera presentación de la propia prestación,

pues tiende a arrancar la decisión del consumidor con factores ajenos a la necesidad y utilidad que se tiene y obtiene de la prestación promocionada, a su precio, calidad y condiciones de adquisición. Tradicionalmente, y en una aproximación en gran medida apegada al enfoque corporativo que ha presidido la legislación contra la competencia desleal, se ha destacado que esta práctica promocional resultaba objetable puesto que tiende a arrebatarse a los competidores la clientela con factores de elección extracompetitivos, satura el mercado de las prestaciones adicionales y, por fin, desplaza la competencia a las prestaciones adicionales, lo que encarece productos y servicios principales. Para fundar la deslealtad de «obsequios, primas y supuestos análogos», sin embargo y en línea con el cambio de modelo producido, la Ley de Competencia Desleal sólo ha considerado la agresión desleal a los intereses de los consumidores. y de todos los intereses de los consumidores que pudiera dañar la publicidad en especie sólo ha considerado relevante para fundar la deslealtad la obstaculización de la formación de una libre voluntad de contratar [v. SAP *Baleares* II-XI-1993 «Asociación (Gremio) de Libreros de Mallorca c. Hipermercado S. A. de D., S. A.»]: la publicidad en especie es desleal si interfiere el proceso racional de toma de decisiones de consumo —identificación de una necesidad, búsqueda de información, valoración de las distintas ofertas y decisión—, provocando adquisiciones no necesitadas, eliminando la búsqueda de información o entorpeciendo su adecuada evaluación, en particular la comparación con ofertas alternativas.

3 OBSEQUIOS O PUBLICIDAD CON REGALO

a Acción relevante

(12) La publicidad con regalo es aquella modalidad de publicidad en especie en que la atribución de la ventaja ofrecida a los consumidores no se condiciona en modo alguno a la contratación de la prestación promocionada, esto es, la entrega de obsequios con fines publicitarios y prácticas comerciales análogas del artículo 8.1 de la Ley de Competencia Desleal. La publicidad con regalo se caracteriza, pues, por la inexistencia de una contraprestación específica por la ventaja atribuida al destinatario; con todo, también es regalo a estos efectos la prestación ofrecida mediante contraprestación que no representa un verdadero equivalente, siempre que el destinatario, consciente del fin publicitario de la acción, entienda que el precio exigido es simbólico. Por el contrario, no es regalo publicitario, ni en general publicidad en especie, la entrega gratuita de publicaciones periódicas especializadas como específica modalidad comercial; aquí la distribución gratuita no es, en efecto, una estrategia promocional, sino propiamente la clave del negocio, puesto que de este modo no se pretende convencer al potencial cliente de la calidad de la publicación y moverle a comprarla habitualmente o a suscribir un abono (*cfr.* RTDC 31-XII-1990, expediente 274/90 «NUINSA c. Edición Nórdica, S. A.»), sino asegurar a la publicación la mayor difusión posible y, así, dotarla del mayor atractivo para los anunciantes, quienes constituyen la fuente de ingresos de la editorial.

b Las circunstancias determinantes de la deslealtad

(13) La publicidad con regalo sucumbe a un reproche de deslealtad específico y no genérico: la aparente gratuidad de la prestación ofrecida no es suficiente para fundar su deslealtad o, lo que es lo mismo, la publicidad con regalo no es acto de competencia desleal por sí, sino únicamente bajo ciertas condiciones. Lo es, en particular, cuando pone al consumidor en el compromiso de contratar la prestación promocionada. Con esta fórmula se resumen las circunstancias en que el obsequio, más allá de atraer la atención del consumidor sobre la prestación promocionada, introduce factores extraños a la competencia por eficiencia en el proceso de formación de las preferencias en el mercado y lesiona su libertad de decisión. El compromiso de contratar la prestación principal en que el regalo publicitario desleal pone al consumidor es un compromiso

psicológico o una coacción moral: el perceptor del regalo, efectivamente sabedor de que no está obligado en Derecho a contratar la prestación principal, se siente forzado a ello por motivos tales como gratitud (v. SAP *Barcelona* 1-IX-1995 «ventas en oficinas bancarias»), compasión, creencia de que la contratación de la prestación promocionada incrementa las posibilidades de conseguir el regalo —como puede ocurrir especialmente en el caso de sorteos y concursos—, evitación de molestias o situaciones enojosas...

(14) La aptitud del regalo publicitario para originar un compromiso de compra es cuestión de hecho. Para determinar en qué ocasiones tiene un regalo semejante aptitud habrán de valorarse conjuntamente diversos datos, esencialmente datos de naturaleza subjetiva; en particular, las condiciones del círculo de destinatarios de la oferta (en especial, discernimiento crítico y resistencia a la influencia de terceros), y circunstancias tales como el motivo: el regalo que presenta al público un nuevo producto no es en principio apto para crear el compromiso de contratar, pero lo es el que esconde una toma de contacto comercial, como los servicios gratuitos de revisión de aparatos o instalaciones necesitadas de mantenimiento; el valor del regalo: un elevado valor exalta el sentimiento de gratitud y el olvido de comparar otras ofertas; la forma de entrega: parece especialmente apto para crear el compromiso de compra el regalo cuya entrega se realiza en el contexto de la promoción o preparación de una venta agresiva, como son las ventas a domicilio, ambulantes o en reunión.

(15) Además y muy principalmente, habrá de valorarse la información que procura el oferente acerca de su acción promocional. En efecto, una información transmitida con anterioridad a la toma de contacto y suficientemente indicativa sobre el carácter publicitario del regalo, su objeto y forma de atribución descarta, *prima facie*, el compromiso; el obsequio no impide entonces que la decisión del consumidor sea racional, puesto que su aceptación implica la exposición voluntaria a la presión de compra (en esta línea, SAP *Zaragoza* 17-II-1996 «regalo por asistencia a charla») y, en su caso, la decisión voluntaria de contratar la prestación promocionada, fruto de la comprensión de la prestación promocionada y regalo como prestación unitaria. En estas condiciones, el control de deslealtad de la publicidad con regalo es un control de veracidad acerca de la información suministrada y, por ello, se traslada al ámbito del engaño.

c Grupos de casos

(16) Con diversa incidencia en la práctica y mayor o menor atención por parte de los tribunales y autoridades administrativas con competencia en esta materia, los grupos de casos de obsequios o regalos publicitarios más significativos son el transporte gratuito hasta el establecimiento, la prestación gratuita de servicios de revisión y mantenimiento, la entrega de muestras, y el regalo a prescriptores.

d (sigue) Transporte gratuito al establecimiento

(17) Como primer grupo de casos, conocido en la experiencia española, puede mencionarse el transporte gratuito al establecimiento (*cfr.* RTDC 26-X-1987, expediente 229/87 «Unión de Comerciantes de la Comarca el Caudal c. Alcampo, S. A.»). Aquí el regalo publicitario consiste, en su forma más simple, en la devolución del importe del viaje hasta el punto de venta efectuado en líneas regulares de transporte público, en la organización del transporte por el propio oferente, en el pago de una cantidad por el combustible empleado en el desplazamiento o en el pago del importe del aparcamiento. Esta clase de obsequios, como regla general, no parece objetable: en estos casos, el consumidor percibe el regalo como compensación por la desventaja de la localización del establecimiento o la dificultad de acceso y, por ello, lo integra en la prestación promocionada. Lo será, sin embargo, si el consumidor queda expuesto a presiones con

las que no podía contar al entrar en contacto con el oferente ni, probablemente, al valorar los términos del ofrecimiento del transporte, como sucede por ejemplo cuando no se garantiza el anonimato del cliente en el viaje de ida y de regreso, se controla la entrada al establecimiento o, posteriormente, la compra efectuada. Nada impide, no obstante, condicionar el transporte gratuito a la contratación y, así, hacer de él una prima.

(18) A este grupo de casos pertenece el «viaje de compras»; el regalo publicitario es un viaje durante el que se celebra una sesión de ventas o se conduce al grupo, antes o después, a un establecimiento donde se le ofrece la posibilidad de hacer compras. Esta técnica expone al consumidor, sin duda, a una considerable presión del organizador, posibilitada por el ascendiente que le proporciona la iniciativa que asume en todo momento, la camaradería que se crea a lo largo del viaje y el empleo de personal de ventas especializado. Para que todo ello no desemboque en un compromiso de compra desleal es preciso que la oferta relativa al «viaje de compras» indique de forma clara y evidente la celebración de sesiones de venta o la visita a establecimientos o almacenes de ventas y los productos o servicios que se ofrecerán. Sólo de este modo puede darse una consciente aceptación del riesgo que conllevan o una integración del regalo en la prestación promocionada.

e (sigue) Prestación gratuita de servicios de revisión y mantenimiento

(19) La prestación gratuita de servicios de revisión y mantenimiento de aparatos o instalaciones -*ad ex*. revisión gratuita de un automóvil manipula el contacto entre oferente y cliente, pudiendo llevarle a situaciones de obvia presión psicológica. Así será, en efecto, cuando el regalo acaba por enfrentar al destinatario con la oportunidad de decidir en el acto si contrata una prestación, sin poder valorar adecuadamente la necesidad que tiene de ella ni las ofertas alternativas: la revisión detecta una avería, que es inmediatamente puesta en su conocimiento con el ofrecimiento de proceder a su arreglo, que tiende a ser irreflexivamente encargado, sea por gratitud o por un falso sentido de la equidad, esto es, por entenderse que no sería justo beneficiar a otros con el servicio gratuitamente prestado.

(20) En este grupo de casos se ordenan los regalos publicitarios que inducen a aceptar un producto a prueba durante cierto tiempo, demostrado como está que en estos supuestos el consumidor está especialmente inclinado a adquirirlo. Su deslealtad, obviamente, depende de las circunstancias que rodean la toma de contacto con el cliente y la oferta de contratación.

f (sigue) Entrega de muestras

(21) Las muestras son regalos publicitarios ofrecidos para dar a conocer una prestación, consistan en el producto o servicio original o en uno acondicionado o presentado de forma especial para este fin. No es preciso que se trate del lanzamiento de una prestación nueva: en la medida en que todavía haya una parte considerable de potenciales consumidores que no forman parte de la clientela, la entrega de productos o la realización de servicios gratuitamente tiene fines promocionales legítimos y razonables. Las muestras no presentan de común, sin embargo, problemas de deslealtad en cuanto modalidad de publicidad en especie: el escaso valor de la muestra y el anonimato con que se entrega excluyen en principio el riesgo de «compra por compromiso». Los problemas con las muestras surgen cuando pasan de tener finalidad publicitaria a tener finalidad predatoria, cuando tienen por objeto impedir que un nuevo competidor pueda entrar o afianzarse en el mercado o lanzar o afianzar un producto o servicio en el mercado, y así que los consumidores puedan beneficiarse a largo plazo de sus cualidades y el agente económico aprovechar plenamente las oportunidades de

negocio que le ofrece su esfuerzo (*cf.* RTDC 7-I-1992, expediente 291/90 «Indas, S. A. c. Arhora Corporación, S. A.»).

g (sigue) Regalo a prescriptores

(22) El regalo a prescriptores es también una modalidad de publicidad con regalo. Son prescriptores las personas que, por su posición en la cadena de distribución, empleo o profesión o por su relación con el consumidor-cliente, están en condiciones de tomar directamente o de condicionar decisivamente las decisiones de mercado de sus propios clientes, principales o representados, o bien de los clientes de sus principales o representados. Las más de las veces, el regalo compensa la colaboración del prescriptor en la acción publicitaria del fabricante o distribuidor — *ad ex.* publicidad en el punto de venta, entrega de regalos publicitarios o de primas a sus clientes— o sirve para la introducción de nuevos productos o servicios en el mercado — *ad ex.* muestras-. Pero difícilmente determina la elección que el intermediario hace de su fuente de aprovisionamiento ni, salvo muestras o suministros gratuitos que puedan ser revendidos, le lleva a inducir a su cliente a contratar la prestación promocionada. Será rara la deslealtad de semejante práctica. No obstante, si llegaran a convertirse en medio de atracción inconsciente de la atención del consumidor bien puede hablarse de deslealtad por generar un compromiso de compra [un caso español reconducible a este grupo: STS (Sala 4.^a) 4-IV-1987 «traslado de local de farmacia», que resolvió sobre la autorización concedida por el Colegio de Farmacéuticos para la apertura de una farmacia en un local que, en parte, ha sido cedido gratuitamente (regalo) por el farmacéutico al Ayuntamiento para la instalación de un consultorio de la seguridad social (prescriptor) en una localidad que sólo cuenta con dos farmacias y en la que la mayoría de los habitantes están acogidos a Seguridad Social, declarando que «la conducta del demandado no responde a los principios de buena fe e implica un ejercicio no habitual de su derecho patrimonial de disposición de sus locales comerciales, ya que... lleva consigo una competencia desleal hacia el recurrente y una casi anulación de la clientela de su farmacia»].

4 VENTA CON PRIMA

a Acción relevante

(23) La venta con prima es toda forma de publicidad en especie en la que la atribución efectiva de la ventaja ofrecida a los destinatarios se condiciona de cualquier modo a la contratación de la prestación promocionada, que se corresponde con el ofrecimiento de toda clase de ventaja o prima para el caso de que se contrate la prestación principal del artículo 8.2 de la Ley de Competencia Desleal y con la venta con obsequios del artículo 32.1 Ley de Ordenación del Comercio Minorista. La acción relevante es la formulación de un ofrecimiento, de una declaración en la que el oferente se compromete a realizar, en firme o condicionadamente, una prestación adicional sólo para el caso de que se contrate la prestación promocionada ya sea en favor del que contrata o de un tercero.

(24) La venta con prima se define, en primer término, por la presencia de dos prestaciones, una principal (prestación promocionada) y otra adicional (prima), que son diversas y gozan de autonomía la una respecto de la otra. Por esta razón no puede considerarse que sea propiamente una venta con prima prácticas tales como el descuento en especie: ofrecimiento de una unidad o cantidad adicional de la prestación promocionada (docenas de trece unidades, viajes gratis para menores en compañía de sus padres); los descuentos por fidelidad consistentes en unidades o servicios idénticos gratuitos ofrecidos por algunos sistemas de puntos... Tampoco puede tratarse como venta con prima el ofrecimiento de vales o puntos en cuenta canjeables por el mismo producto, como demuestra el hecho de que se haya tipificado la venta de promoción

como aquella realizada en condiciones (distintas del precio) más favorables que las habituales con el fin de potenciar la venta de ciertos productos o el desarrollo de uno o varios comercios o establecimientos (art. 27.1 LOCM). No lo es, de otro lado, la venta que comporta la ejecución adicional de servicios que en la práctica no son objeto de contratación independiente: aquellos servicios de venta (asesoramiento en la elección, envío e instalación) y postventa (instrucción en el manejo o uso) que carecen de mercado propio. Finalmente, tampoco tienen la consideración de venta con prima los depósitos en entidades de crédito cuyos intereses se retribuyan en especie, en todo o en parte (así, desde la óptica del art. 7 LDC, RTDC 11-III-1994, expediente 66/93 «Cámara de Comercio de Villagarcía de Arosa C. Banco Bilbao Vizcaya y otros»).

(25) En segundo término, la venta con prima se caracteriza por la vinculación entre prestación promocionada y prestación adicional, de modo que la realización de la segunda depende de cualquier modo de la contratación de la primera. Contratada la prestación promocionada, la atribución de la prima puede ser directa o diferida. En el caso de prima directa, por cada contratación de la prestación principal se confiere de modo automático la prima ofrecida o bien, como sucede en el caso de prima onerosa, mediante el pago de un precio ventajoso (*cf.* art. 32.1 LOCM). Por su parte, en el caso de prima diferida la atribución de la ventaja ofrecida queda condicionada bien a una sucesión de compras: por cada contratación se consigue un vale, cupón o comprobante que sólo faculta para exigir la ejecución de la prima si se reúne un número determinado, bien al resultado de un sorteo o juego en que se consigue participar precisamente a través de la realización de la compra o compras, en cuyo caso se trata de una prima aleatoria (*cf.* art. 32.1 *in fine* y art. 32.2 LOCM); en esta misma categoría pueden incluirse también las colecciones, en cuyo caso la prima conseguida por cada contratación es sólo una pieza de una cosa colectiva (*cf.* art. 33.2 LOCM).

(26) Desde un punto de vista del Derecho de obligaciones, el ofrecimiento de la prima puede ser considerado como una promesa de recompensa ofrecida a quienes cumplan ciertos requisitos, que aquí consisten esencialmente en la contratación única o repetida de la prestación promocionada de este modo, y de la que se deriva una obligación firme a cargo del oferente en cuanto se cumplen los requisitos en cuestión que impide la modificación unilateral de la prima (*vid.*, STS 12-VI-1997 «sufridores en casa», y el comentario a esta sentencia de R. BALLARÍN, CCJC, 1997, pág. 1133 ss., *passim*).

b Las circunstancias determinantes de la deslealtad

(27) La venta con prima no es acto de competencia desleal por sí mismo, sino sólo en determinadas circunstancias. La deslealtad de la venta con prima se funda en la lesión de la libertad de decisión de los consumidores; no obstante su regulación en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, el ilícito deja fuera la tutela directa de los intereses del comercio tradicional. Ahora bien, no toda influencia del ofrecimiento de primas en el proceso de toma de decisiones de mercado es desleal, sino sólo la inducción a error sobre el nivel de precios de otros productos o servicios del establecimiento, así como la obstaculización grave de la valoración de la oferta o de su comparación con otras (art. 8.2 LCD). No se requiere la efectiva producción de estos efectos; basta su posibilidad. Pero la obstaculización grave de la valoración y comparación de la oferta se presumen si el valor de aprovisionamiento de la prestación accesoria excede del quince por ciento del precio de la prestación principal.

c (sigue) Error sobre el nivel de precios de otros productos o servicios del mismo establecimiento

(28) La deslealtad de la venta con prima por inducción al error se refiere sólo al error directamente ocasionado por la oferta de la prima sobre el nivel de precios de otros

productos o servicios del mismo establecimiento. Es un caso especial de acto de engaño, el que se conoce como «oferta de atracción» u «oferta-señuelo»: la venta con prima, presentada como medio para promover la contratación de una prestación, fomenta de modo inmediato, sin embargo, la contratación de otras prestaciones del establecimiento, que son ofrecidas en condiciones inadvertidamente peores que el producto promocionado mediante la prima; de las ofertas de atracción ya se ha tratado [v. **Art. 7 (55) a (57)]** y lo allí dicho se puede trasladar *mutatis mutandis* a la venta con prima que opera como oferta-señuelo. Su tipificación no impide el control de deslealtad de la venta con prima como acto de engaño genérico.

d (sigue) Obstaculización de la justa apreciación del valor de la oferta

(29) La deslealtad por obstaculización de la justa apreciación del valor de la oferta o de su comparación con otras comprende dos fenómenos difícilmente escindibles: la inadecuada percepción del valor de una oferta imposibilita su correcta apreciación comparativa, y viceversa.

(30) Los indicios de la deslealtad por esta causa se hallan en la naturaleza de las prestaciones vinculadas y en el valor de la prima. La fuerza distorsionadora de la prima es tanto mayor cuanto menor sea su conexión objetiva con la prestación principal. El ofrecimiento conjunto de prestaciones efectivamente diversas pero susceptibles, en especial por razones funcionales, de formar una prestación compleja no perjudica la transparencia del mercado: en estos casos, el atractivo de la oferta radica en el precio del conjunto unitario, y no en la prestación adicional. La conexión entre prestación principal y prima difumina la alteridad de prestaciones que es rasgo distintivo del supuesto de hecho, pero aquí se puede seguir hablando de venta con prima porque los productos o servicios adicionales tienen un mercado propio y son en la práctica objeto de contratación independiente; de hecho, la oferta tiende a resaltar que la contratación de la prestación principal (*ad ex.* automóvil) conlleva la atribución de otra adicional sin recargo (*ad ex.* aire acondicionado o equipo de música). La posibilidad de entender integradas las diversas prestaciones en una sola oferta debe apreciarse desde la perspectiva del consumidor, considerados también criterios legales: la oferta integra, aunque no hayan sido objeto de mención publicitaria, las prestaciones propias de cada producto o servicio (art. 8.1 LCU), y sociológico-profesionales: los usos del ramo de la industria, comercio o servicios y las correspondientes expectativas naturales de los consumidores. De otra parte, la fuerza distorsionadora de la venta con prima es mayor cuanto más elevado sea su valor. La influencia del valor de la prima en la apreciación de la oferta ha de ponderarse desde la perspectiva del consumidor: el valor relevante a estos efectos es el que el consumidor atribuye a la prima, que tenderá a ser el precio de mercado de la prima o de los productos o servicios similares, y no el coste que la misma ha tenido realmente para el oferente, que no sólo es ignorado por el consumidor sino que además no refleja en absoluto la utilidad que para él tiene.

(31) La Ley de Competencia Desleal se hace eco de la potencialidad del valor de la prima para nublar la correcta apreciación de la oferta mediante el establecimiento de la presunción de que la prima dificulta gravemente al consumidor la apreciación del valor efectivo de la oferta o su comparación con otras si el coste efectivo de la ventaja en que consiste la prima excede del quince por ciento del precio de la prestación principal. Esta es una presunción *iuris tantum* (v. SSAP *Cantabria* 12-V-1993 «no lo encontrarán más barato en Cantabria», *Murcia* 20-VI-1996 «cheques regalo por la compra de libros de texto»), que obliga a declarar la deslealtad cuando de las pruebas aportadas por la demandada no resulte que la venta con prima no obstaculiza gravemente la correcta valoración de la oferta (v. SSAP *Murcia* 20-VI-1996 «cheques regalo por la compra de libros de texto», *Murcia* 14-X-1996 «Asociación de Libreros de Cartagena y su Comarca c. Continente», y aparentemente también SAP *Valencia* 18-VII-1997 «Gremio de

Libreros de Valencia c. Continente»). El quince por ciento, sin embargo, no es umbral de licitud concurrencial, de modo la prima cuyo valor sea inferior a dicho porcentaje no es *per se* inobjetable. En estos supuestos, con todo, compete al demandante la prueba plena de la dificultad grave en la apreciación del valor efectivo de la oferta o su comparación con otras. La proporción del quince por ciento se calcula confrontando el precio de la prestación principal, que es el de venta al público, y el coste efectivo de la prima. El adjetivo «efectivo» lo objetiva, lo desliga de las condiciones en que el oferente haya adquirido realmente la prima. El coste efectivo de la prima será su precio de adquisición o coste de producción si el oferente la ha obtenido a título oneroso o la ha realizado él mismo, pero será el precio de adquisición o coste de producción que haya debido satisfacer o acometer el tercero que provea al oferente con la prima de forma total o parcialmente gratuita o, incluso, onerosa para el propio proveedor (en esta línea, SAP *Cantabria* 12-V-1993 «no lo encontrarán más barato en Cantabria»). Si la finalidad de la prohibición de determinadas ventas con prima es la tutela de la racionalidad económica de las decisiones adoptadas por los consumidores y, de forma consecuente, los factores que determinan la deslealtad adoptan precisamente la óptica del consumidor, parece obligado que la proporción entre coste efectivo de la prima y precio de la prestación principal se establezca individualmente, y no en conjunto, confrontando el coste de cada prima con el precio de cada prestación principal con cuya contratación se puede obtener, directa o condicionadamente.

(32) De modo especialmente estricto deben examinarse las ofertas con prima dirigidas a la infancia y adolescencia (arts. 39 y 48 CE), adornadas como están de un carácter tan sugestivo como poco informativo y dirigidas como están a un público que no es capaz de percibir su finalidad persuasiva. Impide una adecuada valoración de la oferta por niños y adolescentes la venta con prima en todos los casos en que ésta estimule el deseo y consiguientemente la decisión de compra: los factores ajenos a la prestación promocionada no llaman tanto la atención de sus destinatarios cuanto manipulan su voluntad.

(33) Finalmente, tanto más distorsionador es el ofrecimiento de una prima cuanto menor es la información que el oferente proporciona acerca de su objeto y condiciones de atribución (regla de la que se hace eco, SAP *Valencia* 21-III-1994 «Gremio de Libreros de Valencia c. El Corte Inglés, S. A.»).

e Grupos de casos

(34) Entre los supuestos que merecen ser enjuiciados como ventas con prima figuran los siguientes grupos de casos: la prima diferida, la prima onerosa, la prima aleatoria, la prima a prescriptores y el padrinazgo.

f (sigue) Prima diferida

(35) La prima diferida: cupón-regalo, cupón, vales, sellos y colecciones, a causa del escaso tiempo y atención que emplea el consumidor para decidir la adquisición de los productos o servicios de uso corriente normalmente promocionados de este modo, puede obstaculizar la valoración o comparación de la oferta. En efecto, la prima diferida introduce en el proceso de decisión un factor, la utilidad de la prestación accesoria, que sólo puede conocerse al final de la cadena de compras y que, por ello, demora el momento en que puede valorarse la conveniencia de la oferta en su conjunto. Nada hay que reprochar a la oferta de una prima diferida que desde el principio da a conocer el objeto de la prima y condiciones de obtención. Es desleal, en cambio, si crea infundadas expectativas sobre el valor o importancia de su objeto, sea mediante la ocultación de datos —en especial, la inversión necesaria para obtener la prima—, o bien mediante la aportación de otros que produzcan una falsa representación del objeto de la prima o del

modo de obtención; de hecho, ocultan el modo de obtención de la prima las colecciones cerradas y las colecciones abiertas no transparentes, que en realidad encierran un sorteo (con detalle, C. VELA, *La regulación jurídica de las primas y regalos*, pág. 285-287). A remediar estos riesgos viene en cierto modo la previsión legal de que el oferente de una prima que consista en una colección estará obligado a canjear las piezas por un obsequio distinto, salvo que hubiere indicado en su oferta cómo obtener las piezas de la colección no obtenidas como primas (art. 33.3 LOCM).

g (sigue) Prima onerosa

(36) En la venta con prima onerosa la prestación adicional, cuya contratación no es obligatoria, se efectúa contra el pago de un precio muy atractivo: la ventaja ofrecida por la contratación de la prestación promocionada consiste precisamente en la posibilidad de adquirir otra prestación a un precio especialmente conveniente; en el supuesto de que la prestación adicional carezca de mercado propio (no se pueda adquirir de otro modo), parece que debe preferirse entender que estamos ante una oferta conjunta cuando la prestación adicional tenga un elevado atractivo tal que la ventaja sea la posibilidad de adquirirla y no su precio. Por su naturaleza, la prima onerosa resta transparencia al mercado: complica los términos del ofrecimiento y, por ello, entorpece la valoración de las condiciones de la prestación principal y de su conveniencia en relación con otras. Este efecto se ve potenciado por dos hechos: los productos o servicios promocionados son comúnmente de uso corriente y los productos o servicios adicionales no guardan ninguna relación con ellos, de un lado, y, de otro, la restricción de la posibilidad de adquisición a la previa contratación de la prestación promocionada despierta la impresión de una particular conveniencia.

h (sigue) Prima aleatoria: concursos y sorteos

(37) Encierra una considerable probabilidad de deslealtad la venta con prima aleatoria, aquella en la que la atribución de la ventaja ofrecida se condiciona al resultado de sorteos y concursos. Los concursos y sorteos promocionales, empleados de cualquier modo como medio de fomento de la contratación de prestaciones, no son una técnica promoción de ventas diversa de la venta con prima, sino una clase de esta modalidad de publicidad en especie (*cf.* art. 32.1 *in fine* LOCM). En estos casos, la ventaja adicional o prima no es la participación en el concurso o sorteo, sino el premio; el concurso o sorteo son simples mecanismos de atribución de la prima. A estos efectos, sorteo es el juego cuyo resultado depende en cualquier medida del azar, mientras que concurso es el juego cuyo resultado depende de los conocimientos, méritos o habilidades del participante.

(38) La licitud de los sorteos y concursos como técnica promocional está reconocida en la previsión legal de una todavía pendiente reglamentación específica (art. 9 LCU), sin perjuicio de la exigencia de autorización administrativa para su celebración (*cf.* art. 32.2 LOCM). En efecto, los sorteos promocionales, involucrados en un regalo publicitario o en una venta con prima, son, a los efectos de la legislación sobre loterías, juegos y apuestas, rifas y tómbolas de interés particular. Su celebración está prohibida con carácter general en todo el territorio nacional (art. 3 I Y II de la Instrucción General de Loterías: Decreto de 23 de marzo de 1956), aunque se permite previa autorización discrecional de la Administración del Estado en caso de que su ámbito exceda de una provincia, en todo caso previa conformidad del Ministerio de Economía y Hacienda (art. 5 Real Decreto 444/1977, de 11 de marzo, de complemento del Real Decreto-Ley de 25 de febrero de 1977, regulador de aspectos penales, administrativos y fiscales de los juegos de envite, suerte o azar y de las apuestas), o bien a los organismos competentes de la administración autonómica si la promoción no excede el ámbito de la respectiva Comunidad Autónoma y ésta ha asumido competencia en la materia [v. **(8)**].

(39) No obstante, en la medida en que introduce en el proceso de toma de decisiones de mercado factores tan poco «racionales» como la pasión por los juegos de azar y el interés por el enriquecimiento fácil, la venta con prima aleatoria debe someterse a un estricto control de deslealtad. En este sentido, la prima aleatoria puede reputarse desleal, sin salir del modelo legal de deslealtad por la dificultad en valorar o comparar la oferta, si la participación en el sorteo o concurso posee una fuerza de atracción tal que desvía al público de una objetiva valoración de la oferta, si el deseo de conseguir el premio motiva la decisión del acto de consumo. A modo de prevención, para disminuir el riesgo de deslealtad, se prescribe que la comunicación del resultado del sorteo deberá advertir en todo caso que su entrega no está condicionada a la adquisición de ningún producto o servicio (art. 32.3 LOCM), norma que ciertamente habría sido más necesaria para los obsequios publicitarios que para la venta con prima. Las menciones publicitarias relativas a las condiciones del sorteo o juego y, en términos generales, el modo en que se comunica al público dichas condiciones habrán de contener información bastante para proporcionar una correcta comprensión de la realidad de la oferta, debiendo estimarse insuficiente a estos efectos la remisión a contenidos que no se ponen a disposición del consumidor de modo que pueda acceder a ellos con facilidad antes de contratar la prestación promocionada (*cf.* RJAAP 13-XI-1998 «Petronor»).

i (sigue) Prima a prescriptores

(40) La prima a prescriptores es la ventaja prometida a ciertas personas por cada prestación promocionada contratada por sus clientes o los de sus principales o por alcanzar determinados niveles de contratación. Entre las primas a prescriptores pueden diferenciarse dos tipos, según se dirijan a los titulares de una empresa o a sus empleados. En ambos casos, la acción se somete al control de deslealtad como venta con prima. En el segundo de ellos, la prima, además, queda sometida, en cuanto soborno, al juicio de deslealtad como inducción al incumplimiento de deberes contractuales básicos [**Art. 14 (19)**]. Para afirmar la deslealtad de la prima a prescriptor por obstaculizar gravemente la valoración o comparación de la oferta debe atenderse a los productos o servicios promocionados y al valor de la prima. Desde el primer punto de vista, la prima a prescriptor obstaculiza gravemente la apreciación o comparación de la oferta cuando promociona productos o servicios que, por su complejidad o por la escasa y excesivamente técnica información que sobre ellos existe en el mercado, se adquieren con el asesoramiento o incluso por orden del prescriptor. Desde el segundo punto de vista, la prima a prescriptores es especialmente cuestionable cuando, por su valor, incrementa extraordinaria e imprevisiblemente para el consumidor el empeño del prescriptor por la colocación de la prestación promocionada, con quebranto de la objetividad en el asesoramiento y aprovechamiento de la confianza que el consumidor, atendida la naturaleza de los productos, tiende a depositar en el consejo o decisión del prescriptor.

j (sigue) Padrinazgo

(41) El padrinazgo es modalidad de publicidad en especie en la que la ventaja no se ofrece a quien contrata sino al cliente actual que promueve nuevos clientes, que induce a otros a contratar la prestación promocionada; no es supuesto de publicidad en especie, a pesar de cierta similitud estructural con el padrinazgo, la «bola de nieve», «venta en pirámide» y demás ventas en cadena, puesto que en estos últimos casos se trata propiamente de vendedores y de retribución o margen. El padrinazgo es, pues, una «oferta de cualquier clase de ventaja... para el caso de que se contrate la prestación principal», por las mismas razones que lo es la prima a prescriptor. Así las cosas, el padrinazgo es desleal, si obstaculiza gravemente a los consumidores la apreciación de la oferta, en los supuestos en que la recompensa ofrecida al cliente actual represente un atractivo tal que le lleve a empeñarse vivamente en la búsqueda de nuevos clientes,

ocultando la existencia de la prima y, por ello, dando una información incompleta —en particular por lo que hace a los motivos de la acción del padrino que pasa por ser el consejo de un familiar, amigo o colega de trabajo— a los potenciales interesados contactados.

5 LA SUBORDINACIÓN DE PRESTACIONES

a Acción relevante

(42) La subordinación de prestaciones consiste en un condicionamiento de la contratación de la prestación principal a la contratación de una o varias prestaciones suplementarias. El proponente formula su oferta vinculando dos o más prestaciones de forma unilateral, de modo que el consumidor sólo obtiene la principal si contrata simultánea o posteriormente la suplementaria. La subordinación de prestaciones, por lo tanto, se define por la relación que las prestaciones guardan entre sí. En particular, la subordinación existe en la medida en que los destinatarios de la oferta desprendan de sus términos un vínculo inescindible entre las prestaciones ofrecidas, de forma que para la contratación de una sea imprescindible la contratación de la otra o, lo que es lo mismo, que las prestaciones ofrecidas no puedan adquirirse separadamente. No hay subordinación, por tanto, si el consumidor goza de libertad para contratar sólo una de las prestaciones conjuntamente ofrecidas. De otro lado, la subordinación exige que la prestación subordinada posea una sustantividad propia o autonomía respecto de la principal, esto es, que la prestación suplementaria sea susceptible de comercialización autónoma. De ahí que no exista subordinación cuando la oferta tenga por objeto una sola prestación compleja, cuando entre la prestación principal y la suplementaria exista una relación de carácter accesorio o complementario que permita reconocer una unidad funcional.

(43) Si concurre una subordinación de prestaciones o la configuración de una sola prestación es cuestión de hecho. Los criterios para su apreciación son esencialmente objetivos; en esencia, habrá que estar a la naturaleza de las prestaciones y a los usos del sector industrial, comercial o de servicios. No hay subordinación de prestaciones sino una sola prestación cuando el objeto de la oferta constituye una unidad por motivos funcionales (rueda de recambio en un automóvil), históricos (compra del vehículo usado por el concesionario de automóviles) o incluso conceptuales (un traje no es una oferta subordinada de chaqueta y pantalón). Así se pone un límite material al supuesto de hecho, que impide entrar a cuestionar la licitud concurrencial de ciertas ofertas conjuntas habituales en el tráfico económico que, en modo alguno, dañan la transparencia del mercado: un coche, a pesar de que existe un mercado de piezas de carrocería, asientos, lámparas...; un viaje organizado, a pesar de que existe un mercado de transporte y otro de hostelería...

(44) La subordinación de prestaciones definida y regulada en el artículo 8.3 de la Ley de Competencia Desleal es también, y sólo en parte, una clase de las ofertas conjuntas del artículo 34 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, que se caracterizan como ofertas que tienen por objeto «dos o más clases o unidades de artículos». La oferta conjunta es, en efecto, más amplia que la subordinación de prestaciones: la oferta conjunta, como la subordinación de prestaciones, tiene por objeto dos o más clases de artículos, pero a diferencia de ellas puede asimismo tener por objeto dos o más unidades de un mismo artículo. Desde la perspectiva de la naturaleza de su objeto, sin embargo, las ofertas conjuntas configuran un supuesto más estrecho que el de subordinación de prestaciones, pues a diferencia de lo que sucede con éstas, y como consecuencia de su inserción en una ley dedicada a la regulación de un comercio minorista definido sobre la base de la venta de artículos, no pueden tener por objeto servicios, combinados con artículos y/o con otros servicios.

(45) La oferta conjunta de dos o más unidades de un producto, sin embargo, no arroja ningún problema desde la perspectiva del derecho contra la competencia desleal, salvo que su proposición constituya una infracción de la prohibición general establecida al respecto en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista (art. 15.2 LCD). A mi modo de ver, su regulación en las disposiciones sobre comercio interior son expresión de una política de defensa de los intereses de los consumidores, que soluciona normativamente (el número de unidades objeto de compraventa) lo que el menor poder negociador de los consumidores les impide obtener en el mercado. Al margen quedan, por lo demás, los problemas que este tipo de ofertas conjuntas puedan plantear desde la perspectiva del derecho de defensa de la competencia (*cfr.* art. 34.2 LOCM).

b Las circunstancias determinantes de la deslealtad

(46) La inclusión de la subordinación de prestaciones entre las modalidades de publicidad en especie obedece fundamentalmente al fin de evitar configuraciones fraudulentas de la venta con prima. En consecuencia, la subordinación de ofertas no es desleal *iure ipsa*, sino sólo en la medida en que concurren circunstancias que la revelan adecuada para enturbiar el mercado y, por ello, para lesionar la libertad de los consumidores. Su deslealtad se basa en los mismos criterios que la del ofrecimiento de primas: inducción a error sobre el nivel de precios de los demás productos o servicios del establecimiento del oferente y obstaculización grave de la valoración de la oferta o de su comparación con otras, vigente la presunción relativa de que estas últimas circunstancias concurren si el coste efectivo del objeto de la prestación suplementaria excede del quince por ciento del precio de la prestación principal.

(47) De todas estas circunstancias se ha tratado anteriormente [v. **(27)** a (33)]. Ahora sólo conviene indicar que la subordinación tiene por sí el efecto de obstaculizar la valoración de la oferta y su comparación con otras, efecto que es tanto más intenso cuanto mayor sea la diversidad objetiva, sectorial o de disponibilidad de las prestaciones vinculadas. La diversidad dificulta, en particular, la comparación con otras ofertas: en realidad, dado que estas otras ofertas no se formulan en términos afines, la subordinación suprime las ofertas alternativas.

(48) El riesgo de deslealtad de la subordinación se incrementa con la ocultación, directa o indirecta, de los términos de la oferta, fundamentalmente con la fijación de un precio global para prestación principal y subordinada. El público, que desconoce el precio unitario, carece de elementos de juicio para calcular con acierto el de cada uno de los productos o servicios vinculados y, por ello, para apreciar la conveniencia del precio. Además, el precio global transmite la impresión de que es más ventajoso que la suma de los precios de cada una de las prestaciones si se contrataran separadamente. El juicio de deslealtad ha de asumir, no obstante, que la apreciación de la conveniencia de una oferta compete al consumidor. Al oferente sólo cabe exigir que no introduzca factores que distorsionen dicha valoración, que eviten o dificulten una correcta comprensión de los términos de la oferta. La información compensa, pues, los efectos negativos que por sí tiene la subordinación y hace a la oferta inocua para la transparencia del mercado. No enturbia el mercado la oferta subordinada que indica los precios de las prestaciones vinculadas individual y expresamente o que permite deducirlos, porque indica el de una de las prestaciones o porque éstas son de común ofrecidas separadamente por otras fuentes de aprovisionamiento (clases prácticas + material didáctico; desplazamiento + hotel). El silencio sobre la diferencia entre el precio global y el que se debería satisfacer en caso de adquisición separada no hace a la oferta desleal, pues su cálculo se confía al consumidor en circunstancias en las que no es imposible ni difícil. Pero sólo la indicación de precios correctamente calculados puede tener este efecto.

(49) Del modo que se ha indicado anteriormente, la subordinación de prestaciones es una práctica prohibida en el ámbito del comercio interior (art. 34.1 LOCM). A esta restricción sustantiva a la aplicación de la prohibición todavía es preciso añadir otra de carácter territorial, pues dado que no está amparada por un título competencia exclusivo del Estado sólo puede considerarse vigente en las Comunidades Autónomas que carezcan de legislación específica en materia de comercio interior (*cf.* Disposición Final Unica LOCM); en aquellas otras Comunidades Autónomas que han dictado esta legislación y que, sin embargo, no han regulado las ofertas conjuntas y, en particular, no las han prohibido, como *de facto* sucede en todos los casos, debe considerarse que se trata de una práctica plenamente liberalizada, ya que la prohibición estatal no es de aplicación supletoria en estos casos [v. **Introducción (73)**]. Si toda prohibición debe ser interpretada de forma restrictiva, y tanto más ésta que limita seriamente el principio constitucional de libertad de competencia, existe una ulterior restricción objetiva a su vigencia: en efecto, la prohibición sólo rige, aun dentro del ámbito del comercio minorista, para las ofertas conjuntas de dos o más clases de artículos, pero no para las ofertas conjuntas que tengan por objeto un artículo y un servicio.

(50) A la prohibición tajante y general sigue, no obstante, un catálogo de excepciones, que en principio debe entenderse como catálogo cerrado. Así, excepcionalmente es lícita la oferta conjunta de dos o más clases de artículos cuando exista una relación funcional entre ellos, cuando se ofrezca la posibilidad de adquirir los artículos por separado y a su precio habitual y cuando se trate de grupos de artículos presentados conjuntamente por razones estéticas o para ser destinados a la realización de obsequios. Se echa de menos, no obstante ya diferencia de lo que sucede en relación con la oferta conjunta de dos o más unidades de un mismo producto, que el catálogo de excepciones incluya la oferta conjunta de dos clases de artículos cuando ello sea práctica comercial común, lo que con toda probabilidad ha de obligar a ser generosos a la hora de interpretar qué se entiende por clase de artículo y qué por relación funcional.

(51) La infracción de la prohibición de ofertas conjuntas establecida en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista constituye un supuesto de competencia desleal por violación de normas del artículo 15.2 de la Ley de Competencia Desleal. Desde otra perspectiva, las ofertas conjuntas amparadas en alguno de los supuestos excepcionales están igualmente sujetas a las exigencias dispuestas en la Ley de Competencia Desleal para la subordinación de prestaciones.

Artículo 9. ACTOS DE DENIGRACIÓN

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

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.

Bibliografía

L. BIENDICHO, «La protección del prestigio comercial de la entidad mercantil frente a los actos difamatorios: los límites del derecho de crítica del consumidor», *La Ley*, 1999/4711, pág. 1 ss.; J. M.^a DE LA CUESTA, *Lecciones de Derecho de la publicidad*, Editorial de la Universidad Complutense, Madrid, 1985; C. FERNÁNDEZ NOVOA, *Estudios de Derecho de la Publicidad*, Homenaje de la Facultad de Derecho o Autor Dr. Carlos Fernández Novoa, Catedrático de Derecho Mercantil, nos XXV años de cátedra, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1989; C. LEMA, *La publicidad de tono excluyente*, Montecorvo, Madrid, 1980; ID., «Supuestos de competencia desleal por comparación y denigración», en A. BERCOVITZ, (coord.), *La regulación contra la competencia desleal en la Ley de 10 de enero de 1991*, BOE-Cámara de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 1992, pág. 65 ss.; ID., «La publicidad desleal: modalidades y problemas», *RGD*, núms. 562-63, 1991, pág. 6135 ss.; ID., «La mención de la marca ajena en la publicidad», *La Ley*, 1993-4, pág. 917 ss.; C. MADRENAS, *Sobre la interpretación de las prohibiciones de publicidad engañosa y desleal*, Civitas, Madrid, 1990; J. MASSAGUER, «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 1992», *CCJC*, núm. 29, 1992, pág. 610 ss.; ID., «Denigración», *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995, pág. 2105 ss.; J. L. PEINADO, «Comparación y denigración publicitarias de la "imagen" de empresas indirectamente aludidas», *RDM*, núm. 230, 1998, pág. 1601 ss.; A. PERDICES, «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 1996», *CCJC*, núm. 42, 1996, pág. 909 ss.; A. M. RODRÍGUEZ GUITIÁN, *El derecho al honor de las personas jurídicas*, Montecorvo, Madrid, 1996; P. SALVADOR, (dir.), *El mercado de las ideas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990; A. J. TAPIA, «Publicidad comparativa denigratoria y *exceptio veritatis*. (A propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 3 de septiembre de 1996)», *RGD*, núm. 639, 1997, pág. 14347 ss.; A. TATO, «Publicidad comercial y libertad de expresión en Europa», *La Ley*, 1994-3, pág. 988 ss.; ID., «La publicidad ilícita en la jurisprudencia y en la doctrina del Jurado de la Publicidad», *Autocontrol de la Publicidad*, 1999, núm. 27, pág. 16 ss.; A. ZURIMENDI, «Publicidad comparativa y denigrante», *RGD*, núm. 654, 1999, pág. 2497 ss.

Doctrina-comentario

Sumario:

- [1. Introducción](#)
- [2. Encuadramiento sistemático](#)
- [3. \(sigue\) La relación entre la ley de competencia desleal y otras normas de protección jurídica de la reputación de las personas](#)
 - [a. Delitos de calumnias e injurias](#)
 - [b. Intromisión en el derecho al honor](#)

- 4.La acción relevante
- 5.Las circunstancias determinantes de la deslealtad
 - a.Menoscabo del crédito en el mercado
 - b.Falsedad de las afirmaciones o juicios denigratorios
 - c.Pertinencia
- 6.Grupos de casos
 - a.Manifestaciones de tono estrictamente personal
 - b.Manifestaciones relativas a la situación económica y financiera
 - c.Manifestaciones relativas a la ilicitud de la conducta
 - d.Manifestaciones relativas a la cualificación y capacitación
 - e.Manifestaciones relativas a la continuidad de la actividad

1 INTRODUCCIÓN

(1) La denigración es uno de los actos de competencia desleal que el ordenamiento español ha tipificado tradicionalmente. Desde un principio y con carácter general se consideró competencia ilícita la propagación a sabiendas de falsas aseveraciones contra un rival con objeto de quitarle su clientela y la publicación de anuncios, reclamos o artículos que tiendan a desprestigiar la calidad de los productos de un competidor [art. 132. d) y e) LPInd]. La primera regulación de la actividad publicitaria, por su parte, retomó esta prohibición, considerándose ilícita la publicidad que tiende a producir el descrédito de los competidores o de sus productos (art. 10 II EP). Así se hizo también con posterioridad en la regulación contra la competencia desleal contenida en la legislación de marcas, donde se consideró desleal la difusión de aseveraciones falsas en el ejercicio del comercio que fueran capaces de desacreditar el establecimiento, los productos o la actividad de un competidor [art. 88. b) LM].

(2) Actualmente, la denigración es objeto de tipificación expresa entre los actos de competencia desleal (art. 9 LCD) y entre los actos de publicidad ilícita, como forma de publicidad desleal [art. 6. a) LGP]. Es llamativo el contraste entre la legislación general y la publicitaria que se hace evidente desde antiguo: mientras que aquella, ya en 1902, sólo sancionaba la denigración ocasionada por aseveraciones falsas, ésta, en su característica línea corporativista, ha sancionado la aseveración que produce el descrédito aunque sea veraz [no obstante, RJCP 12-I-1977 «Anuncios Nieto»: la ilicitud de la publicidad enjuiciada se basa en que contiene «aseveraciones por que (*sic*) no probadas devienen en mera difamación de la profesión», críticamente anotada a causa de la implícita admisión de la *exceptio veritatis* por C. LEMA, 5 ADI 1978, pág. 625-626]; esta misma posición parece mantenerse inmutable en el sistema de autodisciplina español (*cf.* , por ejemplo, RJAAP 2-XII-1996 «Airtel Móvil, S. A.»).

2 ENCUADRAMIENTO SISTEMÁTICO

(3) La tipificación de los actos de denigración comprende todos los actos lesivos de la reputación de las personas que sean realizados en el mercado y posean finalidad concurrencial. Nos movemos de lleno en la dimensión del Derecho de la competencia desleal como orden general de los comportamientos con trascendencia en el mercado. En este contexto, la protección de la reputación se explica por cuanto tiene de necesario para asegurar la funcionalidad de la competencia económica: para asegurar que el éxito de los agentes económicos profesionales se basa en la eficiencia de sus prestaciones y que las elecciones de los consumidores son racionalmente adoptadas. Sistemáticamente, pues, la denigración es un acto de deslealtad frente al competidor, en particular es un acto de obstaculización: dificulta el ejercicio de la actividad profesional al tercero privándole de las ventajas competitivas de que dispone (reputación), pero sobre todo es un acto de deslealtad frente a los consumidores: como medio adecuado para determinar o modular sus preferencias y así para influir en sus

decisiones de contratar las prestaciones ofrecidas en el mercado, la denigración elimina o dificulta la autonomía y racionalidad de las decisiones de mercado adoptadas por los consumidores (conforme, A. PERDICES, *CCJC*, 1996, pág. 914-915; ya A. MENÉNDEZ, *La competencia desleal*, Civitas, Madrid, 1988, pág. 128-129), y distorsiona de este modo, en última instancia, el juego de la competencia económica. La reputación protegida contra la denigración no es, por tanto, equivalente a fama, al reconocimiento generalizado de la superior calidad de la actividad, prestaciones o establecimiento de un sujeto en el mercado (no obstante, SAP *Valencia* 24-II-1999 «gestión de residuos tóxicos»).

(4) Ahora bien, la protección frente a la denigración a través del Derecho contra la competencia desleal no sólo debe integrar las exigencias puestas por la operatividad del sistema económico, sino también las que imponen dos derechos constitucionalmente tutelados: el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos y el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz [art. 20.1. a) y d) CE]. La primacía de estos derechos es obligada (v. STC 139/1995, de 26 de septiembre, «presunta corrupción», SSTS 26-II-1992 «escándalo en Siero», 18-IX-1996 «fotografía de falso terrorista»). De ahí se sigue, en especial, la necesidad de evitar la restricción de la información y la libre expresión de las ideas en la resolución de las colisiones entre estos derechos y otros intereses jurídicamente tutelados, como pueden ser precisamente aquellos cuya protección asume la legislación contra la competencia desleal. En este sentido, la apreciación del carácter denigratorio de un acto en particular debe, en todos los casos, ser especialmente escrupulosa en la observancia de las exigencias constitucionales relativas a la libertad de expresión y a la libertad de información, de modo que la prohibición de la denigración que comporte una restricción de la actividad publicitaria, por cuanto tiene de límite al derecho a la información, ha de interpretarse y aplicarse «siempre restrictivamente» (v. SSTS 16-I-1991 «la metralleta con la que se asesinó al Juez Occorsio», 26-II-1992 «escándalo en Siero»).

(5) En este sentido, no es dudoso que la actividad publicitaria no sólo es instrumento de la lucha competitiva, sino también vehículo de comunicación y recepción de opiniones y hechos, por lo que debe quedar plenamente enmarcada en la libertad de expresión y derecho a comunicar y recibir información veraz (con algún detenimiento, J. M.^a DE LA CUESTA, *Lecciones de Derecho de la publicidad*, Editorial de la Universidad Complutense, Madrid, 1985, pág. 70-93, o A. TATO, «Publicidad comercial y libertad de expresión en Europa», *La Ley*, 1994-III, pág. 988 ss., *passim*).

(6) Ello es así, a mi juicio, aun cuando la jurisprudencia española haya sostenido que las garantías constitucionales establecidas en el artículo 20.1 de la Constitución no cubren la llamada publicidad comercial [SSTS 23-IX-1988 «publicidad de abogado (I)», 18-II-1994 «publicidad de abogado (II)»]. Estos pronunciamientos, en efecto, no parecen ser decisivos, puesto que resolvieron unos conflictos extraordinariamente peculiares, cuales son los contenciosos entre los colegios de abogados y los colegiados que desatendieron la prohibición corporativa de realizar publicidad; lo particular de los intereses en juego probablemente pudo llevar a los tribunales no sólo a formular declaraciones que quizás no se formulen de igual forma para la resolución de otros conflictos, sino también y en cierto modo a desenfocar el problema, que empieza por la dudosa legalidad de la entonces vigente regulación de publicidad contenida en la normativa colegial, extremo que nunca fue objeto de la atención jurisprudencial.

(7) Y lo cierto es que, rectamente valorada, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el amparo de las informaciones de carácter comercial bajo el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos se orienta en este sentido (SSTDEH 10-XI-1989 «markt-intern», 28-III-1990 «Groppera radio», 22-V-1990 «Autronic», 24-II-1994 «Casado Coca»). Asimismo, en la jurisprudencia española

también se hallan pronunciamientos sobre derecho de información y libertad de expresión que pueden ser extendidos sin dificultad al ámbito de la publicidad. El contenido informativo de la actividad publicitaria, y a mi modo de ver sin lugar a duda, «versa sobre hechos que pueden denominarse como noticiables en el sentir común social», tal y como ha exigido la jurisprudencia constitucional para entrar en el ámbito del derecho a comunicar y recibir información veraz (STC 105/1983, de 23 de noviembre, «caso Vinader»); además y a mayor abundamiento, no son infrecuentes las referencias jurisprudenciales a la inclusión de los hechos de contenido económico entre los que constituyen el objeto de opiniones o de informaciones tuteladas constitucionalmente [*ad ex.* SSTS 11-XII-1989 «cruzada contra nudistas gallegos (I)», 9-I-1991 «colocación de hermana en puesto relevante», 27-XI-1991 «falta de limpieza en campaña electoral»]. En este mismo orden de cosas, el reconocimiento y garantía constitucionales de la libertad de expresión y del derecho a comunicar información veraz poseen un carácter instrumental. Así se predica, en general, respecto de la formación de la opinión pública sobre cuestiones políticas y sociales; en el caso de la publicidad, aunque no es ajena a esto mismo, debe predicarse en cualquier caso respecto de la funcionalidad del sistema económico: la competencia económica tiene como presupuesto, en efecto, la transparencia del mercado y ésta, a su vez, el flujo libre de información (veraz). De este modo, el afloramiento y puesta en circulación de hechos relevantes para la toma de decisiones, la creación de transparencia en el mercado mediante la publicidad, se convierte en cuestión de interés general, lo que permite traer a este ámbito, desde la jurisprudencia relativa al ilícito civil de difamación, la doctrina de los «asuntos de relevancia pública» [SSTC 104/1986, de 17 de julio, «fin de semana-humor», 16/1987, de 27 de octubre, «difusión de hoja clandestina por asociación de vecinos», y SSTS 24-X-1988 «jamás he dicho que los pilotos fueran irresponsables», 19-III-1990 «magistrado mantiene relaciones con su empleado»]; expone esta doctrina con detalle, tanto en su origen en la jurisprudencia de los Estados Unidos de América como en su recepción europea y española, [SALVADOR (dir.), *El mercado de las ideas*, pág. 253-278, 294-302]. Así, la intensidad de la crítica a la que está expuesto el agente económico profesional debe ser superior a aquella que afecta al particular: concurren intereses generales, además especialmente tutelados por el ordenamiento, que demandan una más intensa vigilancia y control de su actividad. El oferente y el demandante de bienes y servicios en el mercado aceptan, como circunstancia connatural y propia de su actividad en el mercado, la vigilancia y control atentos por los demás partícipes, especialmente por parte de los competidores, de las asociaciones profesionales, de los consumidores y de las asociaciones de consumidores, y por parte de los que suministran información al mercado, y, consecuentemente, asumen el riesgo de que por esta vía se pueda perder la reputación inmerecidamente ganada.

(8) Aun cuando la represión de la denigración como acto de competencia desleal puede considerarse pieza de un Derecho general de protección de la reputación de las personas, no puede desconocerse que el bien jurídico protegido inmediatamente por el Derecho contra la competencia desleal no es la reputación en sí misma considerada, sino la competencia económica. En este contexto, en efecto, la protección de la reputación se explica por cuanto tiene de necesario para asegurar un mercado altamente competitivo y transparente, y en particular para asegurar la racional formación de las preferencias y toma de decisiones de mercado por parte de los consumidores, así como el éxito basado en la eficiencia de sus propias prestaciones por parte de los agentes económicos que concurren en el mercado.

3 (SIGUE) LA RELACIÓN ENTRE LA LEY DE COMPETENCIA DESLEAL Y OTRAS NORMAS DE PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA REPUTACIÓN DE LAS PERSONAS

(9) El régimen aplicable a los actos de denigración no acaba aquí. El Derecho contra la competencia desleal, en efecto, sólo es una pieza del complejo sistema de protección

jurídica de la reputación de las personas. Aquí se emplea el término reputación como expresión que engloba el honor y el buen nombre de las personas en la doble vertiente que le atribuye la jurisprudencia: imagen o fama de la persona a ojos de los demás y autoestima (entre otras, SSTS 23-III-1987 «calumnias en RNE», 30-III-1988 «nota difamatoria en tablón de anuncios», 24-IV-1989 «sobre la teulada del Cercle de Catòlics de Banyoles»). Así concebida, la tutela jurídica de la reputación de las personas nace, en efecto, de un entramado de normas constitucionales (art. 18.1 CE), penales (arts. 205 ss. CP), civiles (Ley Orgánica 1/1982, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar, y a la Propia Imagen) y de Derecho de la competencia [art. 9 LCD y art. 6. a) LGP]. Los tres sistemas de protección jurídica de la reputación aludidos pueden emplearse en la represión de la denigración, sin que sus lindes sean cuestión obvia.

a Delitos de calumnias e injurias

(10) La protección jurídico-penal de la reputación de las personas está construida, en lo esencial, sobre los tipos de calumnias e injurias (arts. 205 a 216 CP). La denigración entra en el campo de aplicación de las normas penales. Excepción a este principio es el ultraje, que puede ser enjuiciado como injuria pero, en cambio y por regla general, no puede serlo como denigración, por carecer de raíz de una finalidad concurrencial. Fuera de este supuesto, y haciendo valer un principio ya sentado para delimitar las esferas de aplicación de la normativa penal y común de defensa de la reputación, la acción penal sólo desplaza a la acción de competencia desleal si la conducta ofensiva constituye delito perseguible de oficio; por el contrario, si sólo es constitutiva de delito perseguible a instancia de parte, como son calumnias e injurias (art. 215 CP), el interesado tiene la facultad de escoger la acción penal o la acción de competencia desleal o de publicidad ilícita (entre otras muchas, SSTS 22-X-1987 «intromisión en el honor de Don Emilio A. S.», 11-X-1988 «soborno en actuaciones sumariales», 6-VII-1989 «a ese Plan General de Urbanización, no»).

b Intromisión en el derecho al honor

(11) También coincide el campo de aplicación de la tutela del honor mediante Derecho común y mediante Derecho contra la competencia desleal: la denigración y la difamación, término que en su sentido amplio comprende las distintas especies de ilícito civil contra la reputación de las personas [P.SALVADOR (dir.), *El mercado de las ideas*, pág. 21-25], comprenden conductas estructuralmente idénticas. De un lado, la tutela dispensada por el ordenamiento a la reputación de las personas en cuanto desarrollo legal del derecho constitucional al honor comprende igualmente la reputación o fama profesional de las personas (entre otras, SSTS 30-III-1988 «nota difamatoria en tablón de anuncios», 24-IV-1989 «sobre la teulada del Cercle de Catòlics de Banyoles»: «el ataque al honor se desenvuelve, tanto en el marco interno de la persona afectada... como en el externo... y, por tanto, profesional, en el que cada persona desarrolla su actividad», expresión que se repite en 19-VI-1989 «negación de un despacho» y 11-II-1992 «las aventuras de Teresa G.», 25-III-1993 «anuncio de cese de administrador», 28-II-1994 «no pertenecen a Butano, S. A.», 12-V-1995 «J. Moner c. Punt Diari», tesis confirmada por STC 223/1992, de 14 de diciembre «intromisión ilegal en el honor del Sr. Moner»). De otro lado, beneficia asimismo a las personas jurídicas en la medida en que sea necesario para el desenvolvimiento de los fines para los que fueron programadas por las personas físicas que las constituyeron (v. SSTC 139/1995, de 26 de septiembre, «presunta corrupción», 183/1995, de 11 de diciembre, «fotografía de discoteca Luxury», SSTS 15-IV-1992 «voluntarismo proteccionista y demagogia urbanizadora», 9-X-1997 «La Caja de la corrupción»), también en relación con la protección del prestigio profesional y social de las entidades mercantiles (STS 21-V-1997 «VI Feria Industrial, Agrícola y Ganadera»).

(12) Siendo ello así, el ilícito civil de difamación y el acto de competencia desleal de denigración coinciden plenamente en lo relativo al descrédito mediante falsedades, y parcialmente en lo que concierne al descrédito mediante la intromisión en la esfera íntima y personal, que sólo es relevante como denigración si la manifestación, aunque veraz, no es pertinente. La coincidencia, sin embargo, no significa que el sujeto (empresario o profesional) agredido en su reputación pueda optar por la acción de competencia desleal o por la acción civil por difamación. Como antes se expuso [v. **(3)**], la inclusión de la denigración entre las conductas desleales obedece a unas finalidades de política legislativa, entre las que se integran de forma muy particular la tutela de los intereses de terceros (en especial, los consumidores) y de la economía, más complejas que aquellas a que responden las normas de Derecho común, encaminadas a la tutela de unos intereses esencialmente privados. De ahí que sea obligado preferir la acción de competencia desleal por denigración a la acción civil por difamación allí donde la conducta considerada quede encuadrada en el ámbito de aplicación de la Ley de Competencia Desleal (v. A. M. RODRÍGUEZ GUTIÁN, *El derecho al honor de las personas jurídicas* , pág. 185-188).

(13) Bajo la Ley General de Publicidad, la frontera entre los campos de aplicación de la normativa sobre difamación y sobre publicidad denigratoria se trazó atendiendo a la relevancia económica del contenido de la publicidad considerada; en este sentido, sólo las comunicaciones atinentes a la «reputación profesional» podrían enjuiciarse como publicidad denigratoria (C. MADRENAS, *Sobre la interpretación de las prohibiciones de publicidad engañosa y desleal* , pág. 161-165). Con la Ley de Competencia Desleal, sin embargo, el factor para atraer un ataque a la reputación de las personas al enjuiciamiento de deslealtad es su finalidad concurrencial, y no su inserción en la esfera personal o profesional del sujeto afectado, como lo demás confirma la interdicción de la publicidad estrictamente personal como supuesto de acto de denigración por carecer en todo caso de pertinencia [v. **(33)**]. La prohibición de la competencia desleal, y de la publicidad denigratoria, vale para cualquier agresión a la reputación de las personas, sea a la «reputación profesional» sea a la «reputación privada», siempre que se realice en el mercado y posea fines concurrenciales (art. 2 LCD). En suma, el que se entromete en la esfera estrictamente personal de un tercero con una finalidad concurrencial entra en el ámbito del control de deslealtad.

(14) Así las cosas, a la represión de la difamación habrá que acudir en todos los casos en que la lesión de la reputación u honor profesional carezca de finalidad concurrencial, como puede ser el caso en particular de las críticas de los consumidores (sobre este supuesto, con algún detalle A. M. RODRÍGUEZ GUTIÁN, *El derecho al honor de las personas jurídicas* , pág. 173-185). A la acción de Derecho común, además, es obligado acudir en los casos en que el atentado a la reputación de las personas sea inhábil para influir en la lucha competitiva y, por ello, no pueda reprimirse ni como acto de denigración ni, aceptado que no ocasionan descrédito pero posee la requerida finalidad concurrencial, como contravención de la cláusula general (sobre esto último v. A. Perdices, *CCJC* , 1996, pág. 920-921). A mi modo de ver, éste podría ser el caso del ultraje (insulto, vejación, humillación...), de la intromisión en la esfera íntima o privada que no altere la consideración que merece la víctima en el mercado, o de la lesión de la propia imagen (ridículo). En una sociedad abierta y en un mercado cuyos agentes típicamente se mueven por intereses egoístas de maximización de utilidades, ninguna de estas difamaciones o agresiones en sentido amplio a la reputación de las personas representa *prima facie* un medio apto para determinar cambios en las preferencias de la demanda y, por ello, para influir en el proceso concurrencial.

(15) Semejante proximidad entre difamación y denigración, en todo caso, convierte el enjuiciamiento de la denigración en terreno abonado a la influencia de la doctrina y jurisprudencia elaboradas en torno a la tutela civil del honor. Con todo, la transposición

de reglas y principios debe ser cauta. De una parte, mientras el ilícito común de difamación tiene por bien jurídico inmediatamente protegido la reputación en sí misma considerada, la represión de la denigración en la Ley de Competencia Desleal sólo da cabida a semejante protección de una forma mediata. De otra parte, en la represión de la denigración a través del ilícito de deslealtad están implicados los intereses públicos y de los consumidores (art. 1 LCD), que, por contra, son ajenos a la prohibición de la difamación y sólo se tienen en consideración, en realidad únicamente los intereses del público en general, para establecer si el derecho al honor puede limitar eficazmente el ejercicio de la libertad de expresión o del derecho a comunicar libremente información veraz (art. 20.4 CE).

4 LA ACCIÓN RELEVANTE

(16) El acto de denigración comprende la realización o difusión de manifestaciones, esto es, comprende cualquier acción de la que resulte la simple puesta en conocimiento de terceros, bien sea el público en general, cualquiera que fuere el alcance efectivo de la divulgación efectuada (extremo únicamente relevante para cuantificar la indemnización de daños y perjuicios que pudiera ser procedente), o bien sea una persona o personas determinadas. Naturalmente, es del todo indistinto la circunstancia de que resulte la denigración, sea de afirmaciones implícitas o explícitas o simplemente de las imágenes empleadas [*cf.* RJAAP (Pleno) 9-VII-1998 «Kellogg's España, S. A.»], como también lo es, de otro lado, el medio empleado para realizar o difundir las manifestaciones enjuiciadas como denigración (radio, televisión, prensa, comunicación escrita u oral personalizada...).

(17) Por lo que se refiere al contenido, las manifestaciones pueden comprender tanto afirmaciones o expresión de saberes, hechos o, en general, circunstancias de carácter fáctico, como también la formulación de juicios de valor, de juicios estéticos y gustos personales siempre que estén reconociblemente vinculados con determinado sustrato fáctico. Al efecto deben diferenciarse los juicios de valor puros u opiniones, que son meras expresiones de un pensamiento que no resumen la valoración que merecen determinados hechos, de los juicios de valor que implícita o explícitamente están vinculados a datos o circunstancias de carácter fáctico. Sólo estos segundos son susceptibles de un juicio de deslealtad como manifestaciones denigratorias. Aquellos primeros, por su parte, escapan al juicio de deslealtad: en un plano de principios, y a mi modo de ver, están plenamente amparados por la garantía constitucional de la libertad de expresión (art. 20 CE) y, en un plano técnico, son inhábiles para soportar el control de veracidad del que, admitida como está en este ámbito la *exceptio veritatis*, depende en todo caso la deslealtad de las manifestaciones que puedan desacreditar la persona, actividad, establecimiento o prestaciones de un tercero (argumento esgrimido bajo la vigencia del Estatuto de la Publicidad para explicar la irreprochabilidad de principio de los llamados «juicios estimativos publicitarios» por C. FERNÁNDEZ NOVOA, *Estudios de Derecho de la publicidad*, pág. 169, y que igualmente fue empleado por la Administración: RJCP 19-VIII-1975 «Puleva»).

(18) Los juicios de valor puros u opiniones que sean denigratorios, sin embargo, no son impunes: la libertad de expresión, en efecto, cubre la formulación y comunicación de juicios y opiniones críticas, incluso extraordinariamente críticas, pero no el ataque personal ni el deterioro de la dignidad ajena cuando ello no está relacionado con las ideas u opiniones que se exponen, o cuando resulta innecesario para su exposición (*v.* STC 105/1990, de 6 de junio, «desacato a las Cortes de Aragón», STS 19-I-1988 «paniaguado, figurón, pelota deportivo, manipulador y mentiroso»); la crítica que se vale de insultos, menosprecios, groserías y ataques directos a la persona se tiene por agresión ilícita al honor personal (SSTS 19-I-1988 «paniaguado, figurón, pelota deportivo, manipulador y mentiroso»); 23-II-1989 «vocación de defender la muerte»), o

incluso es constitutiva de delito de injurias [SSTS (Sala 2.^a) 25-II-1985 «carente de toda ética profesional», 18-V-1988 «chorizo», 14-X-1989 «vago, mujeriego y jugador»].

(19) Igualmente desde la perspectiva del contenido, el acto de denigración comprende tanto las manifestaciones de carácter informativo: suministra directamente datos sobre la persona, prestación, establecimiento, actividad o relaciones afectados, como aquellas otras de carácter evocativo: asocia la persona, prestación, establecimiento, actividad o relaciones afectados a una determinada imagen o idea.

(20) Finalmente, y a diferencia de la publicidad comparativa, el contenido material del acto de denigración se refiere unidireccionalmente a un tercero o a varios terceros, todos ellos identificados de forma explícita o no, pero en este último caso identificables por los destinatarios a la vista de las circunstancias de todo orden que concurren, desde los elementos integrados en las manifestaciones o alegaciones consideradas (*cfr.* RJAAP 30-VII-1996 «Henkel Ibérica, S. A.») hasta factores externos, como la propia estructura subjetiva del mercado (*cfr.* RRJAAP 9-XII-1996 «Airtel Móviles, S. A.», 15-X-1998 «Airtel Móvil, S. A.»). Las referencias a colectivos sólo entran en el ámbito de la denigración si, por su contenido, el tráfico puede entender individualmente aludidos a sus miembros. La misma regla debe valer para las referencias relativas a las prestaciones, establecimientos, actividad o relaciones de otro u otros. De ahí que se coloquen fuera del control de deslealtad las descalificaciones genéricas de una clase de prestaciones, sean productos (no obstante, si bien no aborda específicamente este extremo, *v.* STS 8-V-1997 «sin los efectos desagradables del cloro»), servicios, sistemas económicos..., sin perjuicio de su posible enjuiciamiento como acto de engaño en el supuesto de inexactitud o como infracción de la cláusula general de prohibición de la competencia desleal en el supuesto de que puedan producir una desconfianza generalizada respecto de las actividades, prestaciones o establecimientos afectados (*cfr.* RJAAP 25-VII-1996 «Leche Pascual, S. A.»). Por el contrario, en la publicidad comparativa, la manifestación confronta circunstancias de hecho o juicios de valor objetivables relativos a personas, establecimientos, prestaciones o actividades, sin perjuicio de que también aquí la denigración sea uno de los factores desencadenantes de la deslealtad [*v.* **Art. 10 (16) a (18)**].

5 LAS CIRCUNSTANCIAS DETERMINANTES DE LA DESLEALTAD

(21) Las circunstancias determinantes de la deslealtad legalmente establecidas para la publicidad denigratoria y para el acto de denigración son diversas. La deslealtad de la publicidad denigratoria sólo depende de la provocación de «descrédito, denigración o menoscabo» [art. 6. a) LGP]; la deslealtad del acto de denigración se sigue también del menoscabo del crédito, pero no sólo de ello: las manifestaciones aptas para menoscabar el crédito de tercero no son desleales si son «exactas, verdaderas y pertinentes» (art. 9 I LCD), con lo que se tolera el menoscabo del crédito en el mercado si está cubierto por la *exceptio veritatis* y, además, es pertinente. En todo caso, no puede ser diferente el enjuiciamiento de los actos de denigración según la Ley de Competencia Desleal y la Ley General de Publicidad: el criterio de deslealtad del artículo 9 de la Ley de Competencia Desleal se pone en el lugar del propio del artículo 6. a) de la Ley General de Publicidad (o en todo caso, condiciona decisivamente su interpretación), excluyendo de raíz cualquier contradicción, del modo que con carácter general ya se explicó [*v.* **Introducción (27) a (35)**], y en particular superando las dudas que pudieran suscitarse en torno a la admisibilidad de la *exceptio veritatis* en este ámbito como consecuencia del silencio guardado al respecto en este último precepto (del modo en que ya tuve ocasión de razonar en *CCJC* , 1992, pág. 623-624, y en la línea que ya apuntara en su momento C. MADRENAS, *Sobre la interpretación de las prohibiciones de publicidad engañosa y desleal* , pág. 110, y como recientemente han

sostenido A. PERDICES, *CCJC* , 1996, pág. 921-922, o A. J. TAPIA, *RGD* , 1997, pág. 14357-14360).

(22) Los elementos del ilícito de deslealtad concurrencial en este caso son, por lo tanto, el menoscabo del crédito en el mercado, la falsedad y la impertinencia. Por el contrario, los efectos de la actuación enjuiciada y el conocimiento o el desconocimiento, culpable o no, de la falsedad de las afirmaciones o juicios denigratorios, y más aún el *animus injuriandi* , son circunstancias del todo irrelevantes para apreciar la deslealtad de la acción considerada, pero de capital importancia para la procedencia del resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados.

a Menoscabo del crédito en el mercado

(23) Menoscabo del crédito en el mercado (art. 9 I LCD), como descrédito, denigración o menosprecio [art. 6. a) LGP], no es efecto de difícil inteligencia. Con estas fórmulas ha pretendido el legislador abarcar cualquier lesión de la reputación o desprestigio de un agente económico, de su actividad, prestaciones o establecimiento a la vista de la reacción efectiva o esperable del círculo de destinatarios del acto considerado (v. SAP *Navarra* 10-VI-1998 «Alfacel, S. A. c. Viscofán, S. A.»). La denigración sólo cubre el desmerecimiento en la opinión de terceros, no la lesión de la autoestima.

(24) La apreciación del carácter denigratorio de una determinada manifestación se debe asentar, en línea de principio, sobre la consideración de su conjunto, y no sólo de frases o expresiones separadas del contexto, así como sobre la simultánea consideración de circunstancias externas a la propia manifestación enjuiciada con las que, no obstante, está notoriamente ligada.

(25) Desde un punto de vista subjetivo, de otra parte, el juicio de deslealtad se ha de construir en este caso en atención a los criterios y pautas de lo que es razonablemente creíble por el círculo de destinatarios naturales o efectivos del acto considerado y de lo que, atendidos los usos sociales y económicos del momento y lugar, puede considerarse desmerecedor para dichos destinatarios (precisamente en este extremo funda el rechazo de la denigración STS 24-II-1997 «Pepsi es de hoy», y también merece una especial atención en la desestimación de la denigración realizada por SAP *Asturias* 18-II-1998 «folletos de planes de pensiones»).

(26) Esta implícita exigencia de verosimilitud y atendibilidad de las manifestaciones impide que puedan enjuiciarse como acto de denigración la exageración publicitaria que comporta un menosprecio: los destinatarios no la toman en serio. Pero es indudable que a resultas de ella se puede lesionar efectivamente la imagen de *ad ex.* las prestaciones de un competidor. Esta modalidad de agresión no escapa al reproche de deslealtad: su represión, asumida la veracidad de las manifestaciones enjuiciadas, se ha de construir sobre la consideración de la misma como acto de agresión, como una injerencia ilegítima en la actividad de un tercero y, por lo tanto, el reproche de deslealtad ha de formularse a partir de la prohibición general de la competencia desleal [v. **Art. 5 (33)**].

b Falsedad de las afirmaciones o juicios denigratorios

(27) El acto que ocasiona descrédito en el mercado sólo es desleal si se sustenta en hechos que no son exactos y verdaderos. Con este requerimiento, y del modo en que ya se ha indicado, se admite la *exceptio veritatis* (desestiman la existencia de un acto de denigración en atención a la exactitud y veracidad de las manifestaciones enjuiciadas SSAP *Barcelona* 30-IX-1993 «las tenazas llamadas de fugas», *Cantabria* 9-XI-1994 «comunicación de impagado a aseguradora»), esto es, bajo determinadas condiciones se tolera la difusión de información que pueda ocasionar el descrédito de los afectados

(que no se legitima la denigración, como atinadamente destaca A. PERDICES, *CCJC*, 1996, pág. 915).

(28) La tolerancia de la difusión de informaciones que ocasionan descrédito implícita en la admisión de la *exceptio veritatis* obedece a dos razones. Primeramente, está impuesta por la tutela constitucional del derecho a la información [v. **(5)** a **(7)**]: la veracidad del contenido material de la información es valor suficiente y determinante para su amparo constitucional (STC 6/1988, de 21 de enero, «despido de redactor por declaraciones a agencia de noticias», SSTS 2-III-1991 «existencia de trastorno mental», 16-I-1991 «la metralleta con la que se asesinó al Juez Occorsio»). En segundo lugar, está impuesta por las exigencias mismas de la competencia económica: la información veraz es presupuesto irremplazable para la racionalidad del comportamiento del consumidor en el mercado y, por ello mismo, para la funcionalidad de su papel de fiel del mercado. Aún más, la legislación contra la competencia desleal no puede suponer un freno indiscriminado a la puesta en circulación de información veraz en el mercado bajo el pretexto de salvaguardar un crédito obtenido precisamente gracias a una asimetría de información, y ello en perjuicio de los consumidores a los que se hurtan datos relevantes sobre los diversos oferentes, de los competidores que, por su parte, tampoco pueden beneficiarse enteramente del mérito de sus prestaciones, y del sistema en su conjunto, que padece asignaciones de recursos no plenamente eficientes por un defecto de transparencia.

(29) En este ámbito, la *exceptio veritatis* se sustenta en un doble componente: la exactitud y la veracidad. En el primer sentido, se exige que la información difundida se corresponda con la realidad de las cosas, y en el segundo sentido que, además y en todo caso, provoque en sus destinatarios una representación fiel de la realidad de las cosas. En suma, la realización de una conducta que conduce al descrédito de un tercero sólo podrá considerarse como acto de competencia desleal si las manifestaciones o expresiones lesivas del crédito de las personas son inexactas o, en todo caso y a la vista de los términos empleados, del contexto de la comunicación y de las circunstancias que las rodean, si son comprendidas de forma incorrecta por sus destinatarios.

(30) La exactitud y veracidad requerida para que la manifestación o expresión (que merece la calificación de) denigratoria escape al reproche de deslealtad posee un riguroso nivel de objetividad. En este ámbito, en efecto, es exigible una correspondencia estricta entre lo alegado o manifestado y la realidad, así como su correcto entendimiento por parte de los destinatarios (en esta línea, destacando el primero de estos aspectos, SAP *Barcelona* 19-IV-1995 «en el Súper del año pasado hay algo que colea»), muy por encima de lo que se tiene por suficiente para evitar el engaño: la inducción a error al consumidor medio, o del que se considera bastante para que el derecho a la información encuentre amparo frente al derecho al honor: la comprobación según cánones de profesionalidad informativa [*ad ex.* STC 240/1992, 21 de diciembre, «cruzada contra nudistas gallegos (II)»]. Bien al contrario, con derogación de la regla jurisprudencial que en Derecho común disculpa la falsedad de extremos no esenciales con la diligencia en la averiguación de la verdad (acertadamente criticada por F. PANTALEÓN, «La Constitución, el honor y unos abrigos», *La Ley* » 1996-II, pág. 1689 ss., *passim*), el conocimiento o desconocimiento de la veracidad de las afirmaciones, alegaciones o indicaciones difundidas es del todo irrelevante para apreciar su carácter denigratorio, y por ello desleal; el error excusable, en efecto, es extremo que en esta materia únicamente se ha de considerar para la determinación de la procedencia o no de la indemnización de daños y perjuicios (v. A. PERDICES, *CCJC*, 1996, pág. 921-922). En consecuencia, el menoscabo del crédito ajeno en el mercado sólo puede hallar cobijo en la *exceptio veritatis* si el fondo de hecho o datos comprendidos en las manifestaciones consideradas se corresponden en lo sustancial y de modo pleno con la realidad de las cosas (SAP *Burgos* 26-V-1992 «sin la solvencia de la primera firma de

ascensores» [confirmada por STS 20-III-1996], deduce la deslealtad de la falsedad de la imputación) y, además, son entendidas correctamente por los destinatarios (atiende especialmente a este extremo, SAP *Barcelona* 30-IX-1993 «las tenazas llamadas de fugas»); en este último sentido, no quedan amparadas por la *exceptio veritatis* las manifestaciones exactas que transmitieran, ello no obstante y por causa de circunstancias concomitantes de cualquier índole, una representación que no se corresponda enteramente con la realidad de las cosas (SAP *Barcelona* 3-IX-1996 «amb la salut no s'hi val jugar»).

c Pertinencia

(31) La exactitud y veracidad de las manifestaciones que ocasionan descrédito no es, sin embargo, condición suficiente para ponerlas a resguardo del reproche de deslealtad. Para ello es preciso que, además, sean pertinentes, esto es, que en consideración a la naturaleza y características de las actividades, establecimientos o prestaciones promocionados y a las particularidades del círculo de destinatarios de las manifestaciones sean adecuadas e idóneas para permitir la formación de sus preferencias y la adopción de decisiones conforme al principio de competencia por méritos, o lo que es lo mismo: que se refieran a extremos concernientes a la participación en el mercado de los afectados (v. A. J. TAPIA, *RGD* , 1997, pág. 14362). El implícito mandato de pertinencia determina la ilicitud de las manifestaciones denigratorias que no se refieran sólo a extremos relevantes para la toma de decisiones en el mercado (*a contrario* art. 9 II LCD), entre las que se mencionan en particular las que afectan a las circunstancias personales del afectado (art. 9 II LCD). Carece de pertinencia y, en el caso de que pueda provocar descrédito en el mercado, es desleal, por lo tanto, la llamada publicidad de tono estrictamente personal [v. **(34)**].

(32) Pero no sólo la publicidad de tono estrictamente personal carece de pertinencia. El arranque del texto legal: «(e)n particular no se estiman pertinentes...» (art. 9 II LDC), no autoriza a equiparar la pertinencia de la manifestación enjuiciada con su apartamiento respecto de circunstancias estrictamente personales del afectado. La manifestación denigratoria sólo es pertinente si, centrada en cuestiones económicamente relevantes, además, y a la vista de las circunstancias del caso, está justificada y es proporcionada (se asume implícitamente este entendimiento del mandato de pertinencia en SSAP *Cantabria* 9-XI-1994 «comunicación de impagado a aseguradora», *Barcelona* 3-IX-1996 «amb la salut no s'hi val jugar»). La exigencia de justificación objetiva se proyecta fundamentalmente sobre el motivo de la difusión de manifestaciones veraces que ocasionan el descrédito de un tercero. Desde esta perspectiva, la denigración está justificada si es objetivamente preciso recurrir a manifestaciones de tales efectos para promover las prestaciones propias: *ad ex.* pérdida de clientela que puede evitarse previniendo sobre las desventajas del sistema de ventas que la provoca; para defenderse de ataques o amenazas: *ad ex.* advertencia de la aparición en el mercado de productos no originales, fabricados o distribuidos con violación de derechos de propiedad industrial o intelectual (*cf.* SAP *Zaragoza* 1-XII-1997 «máquina exprimidora de frutas»), o de productos no acogidos a una denominación de origen que por sus características y forma de promoción puedan dañar el prestigio de los vinos acogidos a la misma (SAP *La Coruña* 18-IV-1995 «Blanco Turbio»); o bien, genéricamente, para proporcionar una más completa información al círculo de interesados: *ad ex.* riesgos de utilizar piezas de recambio no originales y para llevar a cabo modalidades publicitarias que comportan de forma irremediable un cierto grado de desprestigio pero que son en sí mismas lícitas, como es el caso de la publicidad comparativa en sentido estricto [v. **Art. 10 (12)**] o de la comparación de géneros o de sistemas [*cf.* RJAAP (Pleno) 22-X-1997 «Danone, S. A.»]. Por su parte, el mandato de proporcionalidad se deja sentir sobre todo en el contenido de las manifestaciones. En este sentido, se exige, por un lado, que la información suministrada sea valiosa para los destinatarios, esto es, que

exista una proporción entre el descrédito que ocasiona y la utilidad que procura, circunstancia que no se ha apreciado en el caso de que la información enjuiciada sea extemporánea, esto es, que se refiera a una situación anterior que no está vigente en la actualidad, y de que esté geográficamente descontextualizada, esto es, que se refiera a sucesos acaecidos en un ámbito geográfico alejado, fuera del que se podía considerar mercado relevante desde el punto de vista territorial (*cf.* SAP *Barcelona* 3-IX-1996 «amb la salut no s'hi val jugar»); se exige, por otro lado, que se eviten expresiones y términos que puedan agudizar el descrédito, como son *ad ex.* los que pueden implicar un desprecio o provocar el ridículo (*cf.* RJAAP 15-X-1998 «Airtel Móvil, S. A.»), siempre con el margen de tolerancia y moderación que requieren la libertad de expresión y la debida atención al modo en que esta clase de expresiones y términos influyen típicamente, en una sociedad abierta y acostumbrada al empleo del humor en la publicidad, en la valoración que el consumidor haga de la actividad, prestaciones, establecimiento o relaciones del sujeto afectado.

6 GRUPOS DE CASOS

(33) El artículo 9 de la Ley de Competencia Desleal tipifica el acto de denigración genérico, y en él han de encontrar cabida los grupos de casos que no han merecido una específica consideración en algún otro precepto, como es el caso de la denigración que pueda resultar de la comparación (art. 10.2 LCD) o de la venta a pérdida [art 17.2. b) LCD], de los que se tratará más adelante [v. **Art. 10 (40)** y **Art. 17 (41) a (49)**], y además el caso de la publicidad de tono personal (art. 9.2 LCD).

a Manifestaciones de tono estrictamente personal

(34) Como queda señalado, la publicidad de tono estrictamente personal y, en general, todas las manifestaciones de esta clase realizadas con finalidad concurrencial han sido expresamente consideradas carentes de pertinencia y, por lo tanto y en la medida en que ocasionen el descrédito de un tercero en el mercado, desleales (art. 9 II LCD). En este sentido, se consideran de tono estrictamente personal aquellas manifestaciones relativas a condiciones relacionadas con la esfera personal e íntima del tercero afectado (v. C. FERNÁNDEZ NOVOA, «La publicidad de tono estrictamente personal», en *Estudios Jurídicos en Homenaje a Joaquín Garrigues* , Madrid, 1971, pág. 115 ss., pero manejo la reproducción de este trabajo publicada en *Estudios de Derecho de la publicidad* , pág. 94-95, 113), o si se prefiere con los términos legales: la que atañe a la nacionalidad, ideologías o creencias, vida privada o, en general, a cualesquiera otras circunstancias estrictamente personales del afectado.

(35) Tras la negación de principio de la pertinencia de las manifestaciones de esta clase se esconde un doble objetivo, y por consiguiente tras el reproche de deslealtad a que conduce (siempre que en efecto puedan ocasionar descrédito). De un lado y como sucede con carácter general en el ámbito de la denigración, se trata de salvaguardar la racionalidad económica del comportamiento de los consumidores: estas manifestaciones de tono estrictamente personal, en efecto y como principio, no procuran datos acerca del valor de las actividades, productos o servicios o establecimientos, esto es, no recaen sobre los extremos en que se funda el mérito de las prestaciones de los oferentes, la maximización de las utilidades de los demandantes y el funcionamiento eficiente del mercado. De otro lado, tras esta reacción no puede dejar de apreciarse una particular manifestación de la tutela constitucional de la dignidad e intimidad de las personas (arts. 10 y 18 CE): la *exceptio veritatis* es inhábil para amparar un menoscabo de la dignidad o una intromisión en la vida íntima o en la vida privada de las personas (SSTS 18-VII-1988 «arquitecto palmense con SIDA», 19-III-1990 «magistrado mantiene relaciones con su empleado»).

(36) Ahora bien, en mi opinión esta regla no puede implicar una condena *a limine* de toda manifestación atinente a la esfera personal de los afectados en las manifestaciones desacreditadoras que se enjuicien, sino sólo de aquellas que carecen de una conexión relevante con la actividad con que concurren en el mercado (v. C. FERNÁNDEZ NOVOA, en *Estudios de Derecho de la publicidad*, pág. 112-113). En línea de principio, es cierto que los hechos relativos a la vida íntima y privada de las personas carecen de relevancia concurrencial en una sociedad abierta, esto es, no son criterio ni deben serlo para conducir la formación de las preferencias y toma de decisiones en el mercado. Ello no obstante, no puede descartarse que existan supuestos en los que el conocimiento de datos concernientes a esta esfera íntima o privada de las personas puede ser relevante para la toma racional de una decisión de consumo, elección que, como es sabido, por definición y objetivamente maximiza utilidades y que, por ello, está libre de prejuicios. En tales circunstancias puede afirmarse la presencia de un interés público legítimo, también desde un punto de vista concurrencial, a tener noticias, a disponer de información veraz (art. 20.1 CE). En este contexto, la represión de la competencia desleal no puede servir de barrera a la producción e introducción de la información relevante en el mercado, de la información de la que depende la formación de preferencias y toma de decisiones según pautas de racionalidad económica por parte de los consumidores.

b Manifestaciones relativas a la situación económica y financiera

(37) Con relativa frecuencia, los tribunales han tenido la oportunidad de abordar la consideración que merecen las manifestaciones relativas a la situación económica e incluso a la situación financiera de un tercero. Así, se han considerado denigratorias la acusación de escasa solvencia, entendida como insuficiente dotación de capital [STS 20-III-1996 «sin la solvencia de la primera firma de ascensores», aunque ciertamente no es fácil compartir el fallo en este punto, como con acierto razona A. PERDICES, CCJC, 1996, pág. 927-928], la puesta en cuestión de la viabilidad económica (SAP *Barcelona* 6-X-1993 «inválida para negocios marítimos») o el anuncio del mal estado de la empresa afectada (SAP *Granada* 6-XI-1996 «extrabajador»).

c Manifestaciones relativas a la ilicitud de la conducta

(38) Igualmente se ha considerado que ocasionaban el descrédito del afectado y, en su caso —esto es, mediando falsedad e impertinencia—, se han declarado constitutivas de competencia desleal como actos de denigración aquellas manifestaciones que imputan a tercero la realización de una conducta ilícita. Este enjuiciamiento ha merecido, en primer lugar, la imputación de incumplimiento de disposiciones legales, y en este sentido se ha afirmado la deslealtad de la acusación de llevar a cabo cierta actividad sin contar con la autorización administrativa necesaria (STS 20-III-1996 «sin la solvencia de la primera firma de ascensores» y, aunque absolutoria, SAP *Valencia* 24-II-1999 «gestión de residuos tóxicos») o de la colocación de un cartel en el propio establecimiento en el que se daba cuenta del cierre de los almacenes de un competidor por la administración sanitaria como consecuencia de la inobservancia de las medidas oportunas (SAP *Barcelona* 3-IX-1996 «amb la salut no s'hi val jugan»). Igual tratamiento ha merecido la imputación de infracción de derechos ajenos, y así se ha considerado desleal la acusación de apropiarse de títulos ajenos (SAP *Barcelona* 19-IV-1995 «en el Súper del año pasado hay algo que colea»); en cambio, no se ha entendido que determinara el descrédito de terceros la mera afirmación de la titularidad de ciertos derechos de propiedad industrial (SAP *Zaragoza* 1-XII-1997 «máquina exprimidora de frutas»). Finalmente, se ha declarado la deslealtad de la imputación de compromisos obligacionales en un sentido amplio, y en particular se ha considerado que constituían actos de denigración la imputación de morosidad en el cumplimiento de obligaciones (SAP *Barcelona* 6-X-1993 «inválida para negocios marítimos»), de dejar deudas

(SAP *Barcelona* 19-IV-1995 «en el Súper del año pasado hay algo que colea»), y asimismo se ha apreciado que la mera comunicación a una aseguradora hecha por un proveedor del impago de las obligaciones del distribuidor suministrado ocasiona su descrédito, si bien en el caso no se entendió que constituyera un acto de denigración (SAP *Cantabria* 9-XI-1994 «comunicación de impagado a aseguradora»); por el contrario, no se entendió que ocasionara descrédito el anuncio de la pendencia de una demanda de reclamación de cantidad mediante carta circular (SAP *Madrid* 18-II-1995 «carta abierta a clientes»).

d Manifestaciones relativas a la cualificación y capacitación

(39) Las manifestaciones que cuestionan la cualificación o la capacitación para la realización de una determinada actividad en el mercado se han considerado igualmente desleales como actos de denigración, como en particular la imputación de incapacidad para actuar en un ramo determinado (SAP *Barcelona* 6-X-1993 «inválida para negocios marítimos») y, en esta línea, la imputación de falta de solvencia (STS 20-III-1996 «sin la solvencia de la primera firma de ascensores»).

e Manifestaciones relativas a la continuidad de la actividad

(40) Las manifestaciones acerca de la continuidad de la actividad o presencia en el mercado de un competidor se han considerado igualmente denigratorias, sea en el caso de que anunciaran su desaparición del mercado (SAP *Cantabria* 1-IV-1993 «esperando poder seguir contando con su confianza»), sea en el caso de que expresaran dudas en torno a las posibilidades de supervivencia (SAP *Barcelona* 6-X-1993 «inválida para negocios marítimos»).

Artículo 10. ACTOS DE COMPARACIÓN

1. Se considera desleal la comparación pública de la actividad, las prestaciones o el establecimiento propios o ajenos con los de un tercero cuando aquélla se refiera a extremos que no sean análogos, relevantes ni comprobables.
2. Se reputa también desleal la comparación que contravenga lo establecido por los artículos 7 y 9 en materia de prácticas engañosas y denigrantes.

Bibliografía

S. BACHARACH, «En torno a la publicidad comparativa », en *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, T. 1, Tirant lo blanch, Valencia, 1995, pág. 265 ss.; R. CEPAS, «La Directiva comunitaria sobre publicidad comparativa», *AAP*, núm. 25, 1998, pág. 18 ss.; J. L. DE CASTRO, «Publicidad comparativa », en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995, pág. 5376 ss.; F. DE LA VEGA, «La comparación en sentido jurídico como acto de concurrencia ilícita», *RDM*, núm. 227, 1998, pág. 155 ss.; E. DÍAZ RUIZ, «Competencia desleal a través de publicidad comparativa», *RDM*, núm. 215, 1995, pág. 59 ss.; C. FERNÁNDEZ NOVOA, *Estudios de Derecho de la Publicidad*, Homenaje da Facultade de Dereito o Autor Dr. Carlos Fernández Novoa, Catedrático de Dereito Mercantil, nos XXV anos de cátedra, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1989; ID., *Derecho de marcas*, Montecorvo, Madrid, 1990; C. LEMA, *La publicidad de tono excluyente*, Montecorvo, Madrid, 1980; ID., «Supuestos de competencia desleal por denigración y comparación», en A. BERCOVITZ, (coord.), *La regulación contra la competencia desleal en la Ley de 10 de enero de 1991*, BOE-Cámara de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 1992, pág. 65 ss.; ID., «La publicidad desleal: modalidades y problemas», *RGD*, núms. 562-63, 1991, pág. 6135 ss.; ID., «La mención de la marca ajena en la publicidad», *La Ley*, 1993-4, pág. 917 ss.; ID., «Marcas, publicidad comparativa y competencia desleal», en *El tratamiento de la marca en el tráfico jurídico-mercantil*, Consejo General del Poder Judicial ANDEMA, Madrid, 1994, pág. 209 ss.; C. MADRENAS, *Sobre la interpretación de las prohibiciones de publicidad engañosa y desleal*, Civitas, Madrid, 1990; A. MENÉNDEZ, *La competencia desleal*, Civitas, Madrid, 1988; M. MONTEAGUDO, *La protección de la marca renombrada*, Civitas, Madrid, 1995; J. M. OTERO, «La publicidad comparativa: ¿licitud o ilicitud?», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, T. 1, Civitas, Madrid, 1995, pág. 935 ss.; J. I. PEINADO, «Comparación y denigración publicitarias de la "imagen" de empresas indirectamente aludidas», *RDM*, núm. 230, 1998, pág. 1601 ss.; E. RUBIO, «Publicidad desleal y bebidas excitantes», *AC*, 1997-1, pág. 14 ss.; A. J. TAPIA, «Publicidad comparativa denigratoria y *exceptio veritatis*. (A propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 3 de septiembre de 1996)», *RGD*, núm. 639, 1997, pág. 14347 ss.; A. TATO, *La publicidad comparativa*, M. Pons, Madrid, 1996; ID., «Publicidad comparativa y movimiento de defensa de los consumidores en el derecho comparado», *RDM*, núm. 206, 1992, pág. 863 ss.; ID., «Breves notas en torno a la Directiva Comunitaria sobre la Publicidad Comparativa y su incidencia en el Derecho español», *AAP*, núm. 16, 1998, pág. 19 ss.; ID., «La publicidad ilícita en la jurisprudencia y en la doctrina del Jurado de la Publicidad », *AAP*, 1999, núm. 27, pág. 16 ss.; J. VICIANO, «"Coca-Colav. Pepsi-Cola": un caso de publicidad comparativa», *RDM*, núm. 226, 1997, pág. 2015 ss. A. ZURIMENDI, «Publicidad comparativa y denigrante», *RGD*, núm. 654, 1999, pág. 2497 ss.

Doctrina-comentario

Sumario:

- 1.Introducción
- 2.Encuadramiento sistemático
- 3.La acción relevante
 - a.Confrontación pública
 - b.Referencia a uno o varios terceros
 - c.Objeto de la comparación
 - d.Finalidad de la comparación
- 4.Las circunstancias determinantes de la deslealtad
 - a.Las condiciones previas de licitud concurrencial
 - b.(sigue) Las condiciones previas de licitud concurrencial relativas al objeto de la comparación: similitud e implantación suficiente en el mercado
 - c.(sigue) Las condiciones previas de licitud concurrencial relativas a los extremos de la comparación: analogía, relevancia y comprobabilidad
 - d.(sigue) Las condiciones previas de licitud concurrencial relativas al contenido de la comparación: la objetividad de la comparación
 - e.Límites de carácter general
 - f.La utilización de la marca ajena en los actos de comparación

1 INTRODUCCIÓN

(1) Ni los actos de comparación en general, ni la publicidad comparativa en particular habían merecido la atención expresa del legislador en el Derecho contra la competencia desleal español anterior a la nueva regulación. No obstante, en la práctica del Jurado Central de Publicidad, tras unas primeras resoluciones que afirmaron la ilicitud de la publicidad comparativa sobre la base de que era denigratoria *per se* (RRJCP 4-X-68 «Colón/Skip», 21-V-73 «Senfer Publicidad», 4-1V-1974 «Talleres Aranda», 12-X1-1974 «Noxon») o llanamente por ser contraria a las normas de corrección y buenos usos mercantiles (RJCP 24-I-72 «Philip Morris»), acabó por afianzarse un enjuiciamiento favorable (RJCP 4-X1-76 «Dash/Ariel») [en general sobre esta práctica administrativa, C. FERNÁNDEZ NOVOA, «La publicidad comparativa», 4 *ADI* 1977, pág. 25 ss., pero manejo la reproducción de este trabajo en *Estudios de Derecho de la publicidad*, pág. 205 SS., *passim*, especialmente pág. 225 al final, y A. TATO, *La publicidad comparativa*, pág. 183-202].

(2) Los actos de comparación se encuentran entre los actos de competencia desleal merecedores de un tipo particular, contenido en el artículo 10 de la Ley de Competencia Desleal, así como entre los supuestos de publicidad ilícita que igualmente han recibido una consideración específica, en el artículo 6. c) de la Ley General de Publicidad.

(3) A pesar de las diferencias apreciables en su respectivo tenor, las normas que una y otra ley dedican a los actos de comparación y a la publicidad comparativa, respectivamente, encierran, en esencia, un mismo enjuiciamiento sustantivo: se reconoce la licitud de principio de la comparación, que se somete al cumplimiento de determinados requisitos o condiciones previas de licitud, sin perjuicio de que, satisfechas aquellas condiciones particulares y a la vista de las circunstancias del caso, deba igualmente ser conforme con la cláusula general y no incurrir en el reproche de deslealtad por cualquier otra causa, y en particular por ser engañosa o denigratoria. Ello no obstante, los términos escogidos para definir las condiciones previas de validez exigidas a la comparación (análogos vs. afines, y sobre todo relevantes vs. esenciales, y comprobables vs. objetivamente demostrables) son menos rigurosos, *rectius*: permiten acoger una interpretación menos rigurosa en la Ley de Competencia Desleal que en la Ley General de Publicidad (lo destacan, J. L. DE CASTRO, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, pág. 5378, o E. DÍAZ, *RDM*, 1995, pág. 74). Al margen de la carga semántica de aquellos términos, lo cierto es que el artículo 10 de la Ley de Competencia Desleal se inicia con una proposición liberalizadora de la que

carece el artículo 6. c) de la Ley General de Publicidad; de igual modo, en el Preámbulo de aquélla se declara expresamente el propósito de liberalizar esta práctica, declaración que no encuentra equivalente en ésta. No en vano se ha apuntado precisamente la regulación de los actos de comparación como ejemplo del cambio de modelo en la ordenación de la competencia desleal traído por la Ley de Competencia Desleal (F. VICENT, «Otra opinión sobre la Ley de Competencia Desleal», *RGD*, núms. 589-90, 1993, pág. 9975 ss., pág. 10004). Igualmente destacables resultan, además, las diferencias que con carácter general se aprecian en el ámbito de aplicación de la Ley General de Publicidad y de la Ley de Competencia Desleal, pues limitado como se halla aquél a la comunicación realizada en el marco de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional difícilmente podrá comprender los actos de comparación efectuados y difundidos *ad ex.* por las asociaciones de consumidores a través de sus publicaciones, que por el contrario habrán de quedar sujetos a la Ley de Competencia Desleal en cuanto, por exceder de lo que es propio de la actividad de esta clase de operadores, pueda atribuírseles una finalidad concurrencial [v. **Art. 2 (12)**].

(4) La publicidad comparativa, por otro lado, se encuentra regulada en la 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 (sobre sus antecedentes, de forma resumida, R. CEPAS, *AAP*, núm. 25, 1998, pág. 19-24). En lo esencial y no obstante tratarse de una norma de máximos (*cf.* art. 7.2 de la Directiva sobre Publicidad Engañosa y Publicidad Comparativa), la Ley de Competencia Desleal y la Ley General de Publicidad satisfacen las exigencias de armonización comunitarias (conforme, A. TATO, *AAP*, núm. 16, 1998, pág. 26-27). Las diferencias de orden material que se aprecian, como la mayor amplitud de la definición de publicidad comparativa o de los supuestos de deslealtad así como el establecimiento de previsiones particulares para las comparaciones referidas a productos con denominación de origen o a ofertas especiales o a productos objeto de una oferta especial temporalmente ilimitada, pueden a mi juicio superarse sin dificultad a través de la debida interpretación conforme al tenor y propósito de las directivas (entre otras, SSTJCE 10-IV-1984, asunto 14/83 «Von Kolson and Kaman», 15-V-1986, asunto 222/84 «Marguerite Johnston», 13-XI-1990, asunto C-106/89, «Marleasing», 14-VII-1994, asunto C-91/92 «Faccini Dori»). Y otro tanto puede decirse respecto de las diferencias terminológicas que igualmente existen, e incluso de la omisión de que los productos o servicios que soportan la comparación no sean desconocidos ni tengan una limitada participación en el mercado, tal y como exige el artículo 6. c) *in fine* de la Ley General de Publicidad.

(5) A estas disposiciones de carácter general deben sumarse otras concernientes a la publicidad de una particular clase de productos o servicios que prohíben el empleo de la comparación para su promoción, como sucede en relación con los seguros (art. 46.2 *in fine* R. D. 1348/1985, de 1 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación del Seguro Privado). Asimismo, las normas de admisión de publicidad de algunas televisiones autonómicas establecen previsiones sobre publicidad comparativa que básicamente se hallan en línea con las establecidas en la Ley de Competencia Desleal y en la Ley General de Publicidad; carecen de ellas las normas de admisión de publicidad en TVE (*cf.* E. DÍAZ, *RDM*, 1995, pág. 108-110).

(6) Finalmente, la normativa ordenadora de los actos de comparación se cierra, de un lado y como en el caso de los actos de engaño, con la tipificación penal del delito publicitario (art. 282 CP) y del delito de estafa [arts. 248 a 251 CP: STS (Sala 2.^a) 19-VI-1991 «participaciones nominativas a 25.000 ptas.»] y, de otro lado y como en el caso de los actos de denigración, con la tipificación penal de las calumnias e injurias (arts. 205 a 216 CP).

2 ENCUADRAMIENTO SISTEMÁTICO

(7) Es de sobra conocida la larga discusión habida en torno a la admisibilidad de la publicidad comparativa, así como los argumentos tradicionalmente esgrimidos sea para justificar sea para combatir su licitud [con detalle, A. TATO, *La publicidad comparativa*, pág. 71-120, J. M. OTERO, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, T. I, pág. 936-938, 941-943, o E. DÍAZ, *RDM*, 1995, pág. 133-137, todos con ulteriores referencias; en el plano legislativo, v. Cdo. (2) de la Directiva 95/55/CE]. En particular, en favor de su admisibilidad se ha destacado desde la eficacia de los actos de comparación como método de presentación de la propia oferta o desde su aptitud para favorecer la incorporación al mercado de nuevos oferentes o de nuevas prestaciones o para reducir el riesgo de confusión, hasta su contribución al funcionamiento competitivo del mercado. En este sentido, la licitud de los actos de comparación asegura la afluencia de información útil y valiosa para la formación de las preferencias y adopción de las decisiones en el mercado por parte de la demanda, lo que redundará en una mayor transparencia y, por lo tanto, en la mayor probabilidad de que el éxito de los agentes económicos se base en la eficiencia de sus prestaciones y, al tiempo, de que los demandantes de las prestaciones maximicen utilidades. A la vista de ello, queda sobradamente compensada la eventual interferencia en el ámbito de actuación del tercero a cuya actividad, prestaciones o establecimiento se refiere la comparación. En cualquiera de los casos, y aun cuando no existe una comprobación definitiva de su eficacia como herramienta publicitaria, lo cierto es que los actos de comparación son propios de mercados altamente competitivos y transparentes. No ha faltado tampoco en este contexto, en fin, la invocación de la libertad de expresión y del derecho de información (A. TATO, *La publicidad comparativa*, pág. 97-120, o F. DE LA VEGA, *RDM*, 1998, pág. 168-177), que si bien parecen insuficientes *per se* para fundar la licitud de la publicidad comparativa no deben sin embargo dejar de atenderse en el enjuiciamiento del caso concreto, y en especial no debe dejar de considerarse el derecho a la información, en la medida en que la regulación de la publicidad comparativa se encuadra justamente en la política de protección e información de los consumidores [*cfr.* Cdo. (5) de la Directiva 95/55/CE].

(8) En este sentido y como se ha apuntado anteriormente, la tipificación de los actos de comparación entre los actos de competencia desleal se dirige fundamentalmente a liberalizar esta práctica y, de este modo, a establecer su legitimidad concurrencial (*cfr.* apartado III.2 párrafo 5.º *in fine* del Preámbulo de la Ley de Competencia Desleal). No parece dudoso que, no obstante la falta de un reconocimiento expreso de licitud, éste es igualmente el sentido de la regulación de la publicidad comparativa en el artículo 6. c) de la Ley General de Publicidad (SAP *Madrid* 8-II1-1993 «Pepsi es lo de hoy» [confirmada por STS 24-II-1997]) y en los artículos 2bis y 3bis de la Directiva sobre Publicidad Engañosa y Publicidad Comparativa. De ahí que, en la línea proclamada por el legislador respecto de la propia tipificación, sea obligado proceder de forma especialmente prudente e incluso restrictiva en la formulación de juicios de deslealtad contra los actos de comparación.

(9) Sin embargo, no sería del todo acertado sostener que los actos de comparación se han liberalizado de una forma plena. Así podría haberse estimado, en efecto, si los únicos límites establecidos al respecto hubieran sido el engaño y la denigración así como, en términos generales y no obstante el silencio legal (ahora claramente subsanado a través del artículo 3bis.1 de la Directiva sobre Publicidad Engañosa y Publicidad Comparativa), el aprovechamiento indebido de la reputación ajena, la confusión y, en general, las demás conductas desleales. En tal caso, los actos de comparación habrían quedado sujetos a un enjuiciamiento ordinario, al mismo control que cualquier otra manifestación o expresión referida a las actividades, prestaciones o establecimientos propios o de terceros. Pero al engaño, la denigración, la confusión o la

explotación de la reputación ajena como límites generales a los actos de comparación se han sumado ciertas condiciones o requisitos de licitud previos, cuya concurrencia se ha de examinar con carácter prioritario en todo caso y de la cual depende absolutamente su licitud; no se trata, por lo tanto, de unos elementos que definen el acto de comparación como conducta regulada, sino propiamente de exigencias que esta clase de práctica debe satisfacer plenamente para poder ser considerada lícita. En este sentido, se exige que la comparación se refiera a extremos análogos, relevantes y comprobables (art. 10.1 LCD). Estas mismas condiciones o requisitos previos se encuentran en la Ley General de Publicidad y en la Directiva sobre Publicidad Comparativa, establecidos en términos formalmente diversos pero esencialmente coincidentes en lo material.

(10) Dos son, a mi modo de ver, las interpretaciones que, en conjunto y desde una perspectiva estructural, pueden recibir tales requisitos o condiciones de licitud. De un lado, puede considerarse que constituyen el mínimo necesario para asegurar que los efectos positivos de la comparación compensan sus consecuencias negativas, esto es, que la información puesta en circulación a través de la comparación es una información valiosa y útil, que propicia la más racional formación de preferencias y toma de decisiones por parte de los consumidores y así el más eficiente funcionamiento del mercado, superando en principio los supuestos efectos negativos que pudiera comportar su realización como consecuencia de la interferencia que ocasiona en la actividad de los terceros afectados [en esta línea, A. TATO, *La publicidad comparativa*, pág. 88, 221 en nota (128), 237-338; v. asimismo Cdo. (7) de la Directiva 97/55/CE]. De otro lado, pueden explicarse como expresión de las circunstancias que, con arreglo a las máximas de experiencia, hacen altamente probable que la comparación sea engañosa o denigratoria, efectos que se previenen de raíz exigiendo que el acto de comparación satisfaga necesariamente estos requerimientos previos (esta línea, entiendo, C. MADRENAS, *Sobre la interpretación de las prohibiciones de publicidad engañosa y desleal*, pág. 166-168, 170-172, o J. L. DE CASTRO, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, pág. 5378, pero también A. TATO, *La publicidad comparativa*, pág. 84-87). La primera aproximación parece asumir que la comparación es práctica especialmente peligrosa [extremo, por lo demás, implícito en el Cdo. (7) de la Directiva 97/55/CE], que sólo puede tolerarse de forma restrictiva, y en particular en los casos en que se tiene la seguridad de que está justificada para la promoción de actividades, prestaciones o establecimientos porque efectivamente procura las ventajas sobre las que se ha fundado el reconocimiento legal de su admisibilidad. En cambio, la segunda posición asume que los actos de comparación son una práctica concurrencial ordinaria y, por ello, explica su régimen como el normal sometimiento de la misma a las normas generales, que no obstante aquí han merecido un desarrollo ajustado a la experiencia por razones de seguridad jurídica y para facilitar la aplicación práctica, anticipándose de este modo el legislador a los tribunales y guiando la formación de las correspondientes reglas jurisprudenciales y grupos de casos, aun a riesgo de que se puedan sancionar comparaciones que en el supuesto en particular no son engañosas ni denigratorias. Es probable, ciertamente, que estas explicaciones partan de presupuestos diversos y subrayen objetivos de política legislativa distintos; sin embargo, no son incompatibles, pues ninguna de ellas permite escapar al reproche de deslealtad probando que, en el supuesto considerado, no concurre engaño o denigración aun cuando los extremos comparados no sean análogos, relevantes o comprobables.

(11) Ello no obstante, el entendimiento de las condiciones de validez como concreción de supuestos de engaño o denigración es, en mi opinión, más adecuada tanto al propósito liberalizador y a la tipificación restrictiva de las prácticas incómodas anunciada por el legislador (*cf.* Exposición de Motivos III.2 párrafo último LCD), como también al equilibrio de intereses sobre el que se asienta la represión de la competencia desleal, antes volcado en los intereses de los consumidores y en el interés general que en los

intereses de los competidores, cuya consideración (en un segundo plano) parece inspirar la primera interpretación (ya advirtió de la necesidad de asociar las exigencias previas puestas a la publicidad desleal con la tutela de los consumidores, y no con la tutela de los competidores C. MADRENAS, *Sobre la interpretación de las prohibiciones de publicidad engañosa y desleal*, pág. 165-166). En este sentido, tras la Ley de Competencia Desleal bien puede considerarse que los actos de comparación han pasado a engrosar el grupo de los actos de deslealtad frente a los consumidores: la ilicitud concurrencial sanciona en este caso, fundamentalmente y como sucede en relación con los actos de engaño y denigración [v. **Art. 7 (9)** y **Art. 9 (3)**], la injerencia en el proceso racional de formación de preferencias y de toma de decisiones de mercado por los consumidores [v. A. MENÉNDEZ, *La competencia desleal*, pág. 129], sin que pueda desconocerse el papel propio, aunque secundario, que en la estructura del ilícito se reserva, también como ocurre en materia de actos de denigración, a los intereses de los competidores, y que en esencia se manifiesta en la limitación que deriva del mandato de pertinencia: justificación objetiva y proporcionalidad [v. **Art. 9 (31)** e **(40)**].

3 LA ACCIÓN RELEVANTE

(12) La comparación comprende toda acción que comporta una confrontación pública de la actividad, prestaciones o establecimiento, comúnmente de lo propio con lo de un tercero, hecha con el objeto de resaltar, de forma directa o indirecta, la primacía o la mayor conveniencia de una de las ofertas comparadas, comúnmente de la propia oferta sobre la del tercero o terceros afectados por la comparación (v. C. FERNÁNDEZ NOVOA, *Estudios de Derecho de la publicidad*, pág. 205-208, Y más recientemente A. TATO, *La publicidad comparativa*, pág. 20-69, o J. M. OTERO, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, T. I, pág. 938-941). En la misma línea y sin duda a la vista del supuesto considerado, la publicidad comparativa se ha explicado 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 (SSAP *Madrid* 8-III-1993 «Pepsi es lo de hoy» [confirmada por STS 24-II-1997], *Barcelona* 15-III-1993 «sin los efectos desagradables del cloro» [confirmada por STS 8-V-1997]). Como se deduce de estas definiciones, los elementos de hecho que configuran y caracterizan el acto de comparación son los cuatro siguientes: confrontación pública, referencia a uno o varios terceros, objeto y finalidad.

(13) El concepto de publicidad comparativa que establece la Directiva, en cambio, se construye sólo sobre la referencia explícita o implícita a un tercero o a sus productos o servicios. En consecuencia, se separa de cualquiera de los anteriores en dos extremos básicos, como es la omisión de la confrontación pública y de la específica finalidad de ensalzar una de las actividades, prestaciones o establecimiento comparados frente a los demás (de común lo propio frente a lo ajeno) entre los elementos definitorios y caracterizadores del acto de comparación (*cf.* art. 2bis de la Directiva sobre Publicidad Engañosa y Publicidad Comparativa). De este modo, y sin duda excediendo lo necesario para cumplir el propósito de disponer un concepto amplio de publicidad comparativa [*cf.* Cdo. (6) de la Directiva 97/55/CE], se ha establecido una definición que no sólo abarca la publicidad comparativa tal y como se ha entendido dogmática y legalmente hasta la fecha, sino también otros grupos de casos, como son en particular la publicidad de tono personal y la publicidad adhesiva, que presentan una constelación de problemas particulares y para los que en consecuencia se han desarrollado criterios de enjuiciamiento diversos de los que son específicos de los actos de comparación (v. A. TATO, *AAP*, núm. 16, 1998, pág. 19-21). A mi modo de ver, sin embargo, no parece preciso reformular los términos con que se identifican legalmente los actos de comparación en la normativa interna en vigor: las condiciones o requisitos previos de validez establecidos para los actos de comparación, por la propia naturaleza de las

cosas, no aportan nada al enjuiciamiento de las demás prácticas publicitarias a que da cabida la definición de publicidad comparativa de la Directiva; y, de otro lado, los Estados miembros gozan de libertad para determinar las formas y medios para garantizar que la publicidad comparativa según la definición de la Directiva satisface las condiciones correspondientes [Cdo. (11) de la Directiva 97/55/CE]. y en este sentido, lo cierto es que el tratamiento previsto por la Directiva para aquellas otras prácticas publicitarias es el mismo que se sigue de las normas de la Ley de Competencia Desleal sobre confusión, denigración o explotación de la reputación ajena. No parecería por ello lícito acusar a la legislación española de falta de fidelidad comunitaria en el caso de que, como a mi juicio es deseable desde un punto de vista técnico, no se modificara la fórmula con que actualmente se definen los actos de comparación.

a Confrontación pública

(14) El acto de comparación es, en primer lugar y ante todo, confrontación pública. En el primer sentido, el acto de comparación comprende la mención conjunta de extremos o características concernientes a diversas actividades, prestaciones o establecimientos para destacar sus diferencias (extremo especialmente subrayado por SAP *Asturias* 18-II-1998 «folletos de planes de pensiones»), realizada de forma explícita o implícita pero en cualquier caso reconocible por los destinatarios. En el segundo sentido, el acto de comparación es una conducta proyectada hacia el exterior, sea mediante la comunicación al público en general, con independencia de su difusión efectiva, o a persona determinada; es indiferente que el medio empleado para la comunicación al público sea uno u otro. No se exige, de otro lado, que los datos en que se basa la comparación hayan sido obtenidos directamente por quien realiza la correspondiente comunicación o por un tercero por encargo de quien realiza la comparación; en el caso de que se empleen datos obtenidos por terceros sin mediar relación, el sujeto agente asume plenamente el contenido de los datos que difunde.

(15) Como se desprende con claridad de la caracterización del acto de comparación como confrontación pública, el sujeto agente puede ser tanto la persona que desarrolla la actividad, produce o comercializa las prestaciones o ejerce su actividad en el establecimiento que se promociona mediante la comparación, como un tercero ajeno a las actividades, prestaciones o establecimientos comparados. En consecuencia, y toda vez que, a diferencia del artículo 2 de la Ley General de Publicidad, no se exige la inserción en una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, la difusión de ensayos comparativos efectuados y publicados por entidades o asociaciones independientes podrá ser enjuiciada como acto de comparación en sentido propio. Ello no obstante, si la realización y publicación de estos ensayos se encuentran debidamente encuadradas en el marco de las actividades institucionalmente típicas de tales entidades y por su contenido y forma de difusión y presentación no exceden de lo que es propio de semejantes actividades, debe estimarse que carecen de finalidad concurrencial, por lo que no podrán ser enjuiciados con arreglo a la Ley de Competencia Desleal [v. **Art. 2 (12)**]. Si esto fuera así y contuvieran inexactitudes o juicios críticos que provoquen menoscabo, para su represión será preciso acudir a las normas de Derecho común sobre tutela del honor [v. **Art. 9 (14)**].

b Referencia a uno o varios terceros

(16) El acto de comparación se define además por contener una referencia a uno o varios terceros (o en general a una pluralidad de sujetos, cuando la comparación sea apta para promover la actividad, prestaciones o establecimiento de una persona distinta de la que realiza la comparación), esto es, por permitir a los destinatarios de la confrontación identificar al tercero o terceros cuyas actividades, prestaciones o establecimientos son mencionados conjuntamente para destacar las diferencias entre

los extremos o características considerados. No existe, bajo este aspecto, un mandato de exhaustividad en la comparación; es lícito, por lo tanto, entablar la comparación sólo con un tercero [v. (34)].

(17) La referencia a un tercero puede resultar de una indicación explícita o bien de las diversas circunstancias que envuelven a la confrontación que en cada caso se enjuicie, desde las indicaciones, manifestaciones y otros contenidos de cualquier clase (*ad ex.* representaciones gráficas o imágenes) incluidos en el mensaje comunicado al público hasta los hechos concomitantes de todo orden, comprendida en especial la información y conocimiento del mercado que cabe suponer en los destinatarios de los actos de comparación enjuiciados [A. TATO, *La publicidad comparativa*, pág. 22-39, recoge un detallado elenco de extremos y circunstancias que determinan la identificación del tercero y, con ello, el reconocimiento de la comparación: agresividad del mensaje, localización de la expresión, evocación de la publicidad ajena, coincidencias locales o temporales en la difusión de la publicidad, especialización de los destinatarios, y sobre todo estructura del mercado (sobre la importancia que cabe atribuir a esto último, v. C. FERNÁNDEZ NOVOA, *Estudios de Derecho de la Publicidad*, pág. 207-208, o A. TATO, *La publicidad comparativa*, pág. 30; *cfr.* también RRJAAP 9-XII-1996 «Airtel Móvil, S. A.», 31-VII-1998 «Henkel Ibérica, S. A.»), así como de aquellas otras que lo aminoran: exageración, charlatanería, versos, humor]. En todo caso, la referencia ha de ser inequívoca (E. DÍAZ, *RDM*, 1995, pág. 76-77, Y específicamente en relación con la comparación de precios F. PALAU, *Descuentos promocionales*, pág. 260), esto es, el tercero o terceros afectados por la confrontación deben poder ser identificados con facilidad por los destinatarios. Los tribunales, en efecto, no han dudado en denegar la existencia de un acto de comparación cuando la identificación del tercero no ha resultado incontrovertida (SAP *Madrid* 8-III-1993 «Pepsi es lo de hoy» [confirmada por STS 24-II-1997], aunque probablemente no fuera del todo desacertada la sentencia dictada en instancia, que por el contrario, y sobre la base de la fácil identificabilidad del refresco de cola aludido en el anuncio enjuiciado, entendió que en el caso existía un supuesto de publicidad comparativa: SJPI *Madrid* 7-I-1992 «Pepsi es lo de hoy», opinión que comparten A. TATO, *La publicidad comparativa*, pág. 31, y E. RUBIO, *AC*, 1997-I, pág. 15; *cfr.* también RRJAAP II-IX-1997 «Danone, S. A. (I)» [confirmada por RJAAP (Pleno) 22-X-1997], y 13-XI-1998 «Procter & Gamble España, S. A.»).

(18) La referencia a tercero o terceros resulta decisiva como rasgo estructural para diferenciar los actos de comparación de otras prácticas que igualmente comprenden una confrontación pública, como son la autocomparación, la comparación de productos y de sistemas económicos así como la publicidad de tono excluyente. La autocomparación consiste en la confrontación entre las condiciones o características actuales de la propia actividad, prestaciones o establecimientos con las que tuvieron anteriormente (en general, v. C. LEMA, *La publicidad de tono excluyente*, pág. 414, o más recientemente A. TATO, *La publicidad comparativa*, pág. 52-54, y en particular sobre la autocomparación de precios, F. PALAU, *Descuentos promocionales*, pág. 147-149, 152-154, 189-193). De su lado, la comparación de sistemas económicos (v. C. FERNÁNDEZ NOVOA, «La comparación de sistemas económicos», 1 *ADI* 1974, pág. 31 ss., pero manejo la reproducción de este trabajo en *Estudios de Derecho de la publicidad*, pág. 129 ss., *passim*, y A. TATO, *La publicidad comparativa*, pág. 56-58) Y la comparación de géneros de productos (entre los autores, A. TATO, *ob. últ. cit.*, pág. 59-60) comparan una determinada clase de actividades o de prestaciones con otras de diferente clase sin que, en principio, resulte identificable un particular oferente u oferentes de la clase de prestaciones o actividades con las que se establece la comparación (no obstante, v. STS 8-V-1997 «sin los efectos desagradables del cloro», que enjuicia como caso de publicidad comparativa una confrontación entre las características de un producto para el tratamiento de las aguas de las piscinas que supuestamente no contiene cloro con la totalidad de los que contienen este

componente). Finalmente, la publicidad de tono excluyente destaca la primacía o ventajas de la propia actividad, prestaciones o establecimiento respecto de los correspondientes a la generalidad de los agentes que operan en el mismo sector del mercado, que en principio tampoco resultan identificados en la forma inequívoca que se requiere para que pueda afirmarse la existencia de un acto de comparación [A. TATO, ob. últ. cit., pág. 50-52; v. no obstante SAP *Cantabria* 12-V-1993 «no lo encontrará más barato en Cantabria», que en *obiter dictum* estima la existencia de comparación en la frase «no lo encontrará más barato en Cantabria» sin que se razone acerca de la identificabilidad de los terceros por causa de la estructura del mercado (lo que de otro lado parece difícil en este caso)].

c Objeto de la comparación

(19) El objeto de la comparación es la confrontación de extremos (condiciones, características, datos, elementos) relativos a actividades, prestaciones o establecimientos. La omisión de toda mención a actividades y establecimientos en la regulación de la publicidad comparativa dispuesta por el artículo 6. c) de la Ley General de Publicidad no puede interpretarse en el sentido de que la publicidad comparativa que tenga cualquiera de estos objetos es un supuesto de publicidad ilícita (pues no en vano carece la Ley General de Publicidad de una prohibición general de esta modalidad de publicidad), ni tampoco en el sentido de que queda sometida a las reglas generales sobre publicidad engañosa y desleal, y que por lo tanto pueda entenderse eximida del cumplimiento necesario de las condiciones previas de licitud; la coherencia sistemática que impone el artículo 10 de la Ley de Competencia Desleal obliga a que a estos supuestos de publicidad comparativa se sometan, también en el caso de que se enjuicien únicamente con arreglo a la Ley General de Publicidad, al mismo régimen que la publicidad comparativa relativa a productos y servicios.

(20) Los extremos comparados deben tener carácter fáctico. La condición de demostrabilidad trae consigo, en efecto, la exigencia de que la comparación se proyecte sobre datos de hecho, y no sobre opiniones o gustos (implícitamente, C. LEMA, *La Ley*, 1993-4, pág. 922). No constituye acto de comparación la confrontación basada en simples opiniones, pues técnicamente no pueden ser objeto de un control como el que se reserva a los actos de comparación, basado esencialmente en su objetividad o exactitud. Además, y como ya tuve ocasión de indicar [v. **Art. 7 (17)** y **Art. 9 (5) a (7)**], las meras opiniones están amparadas por la libertad de expresión (art. 20 CE); de ahí que nada debe objetarse *per se* a la publicidad testimonial comparativa (conforme, J. L. DE CASTRO, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, pág. 5379; v. STS 24-II-1997 «Pepsi es lo de hoy»), sin perjuicio de que, en atención a su particular configuración, en el caso pueda constituir un acto de confusión, de denigración, de aprovechamiento indebido de la reputación ajena o ser, en general, objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe.

d Finalidad de la comparación

(21) Finalmente, el acto de comparación se halla definido en el Derecho español por un elemento finalista bien marcado, como es expresar y comunicar la mayor conveniencia o superiores ventajas de la propia oferta respecto de la oferta ajena, o en un sentido inverso la inferioridad de la oferta ajena respecto de la propia (o en general de una oferta frente al resto o a la inversa, cuando la comparación sea efectuada por persona distinta de aquella cuya oferta se asegura o promueve de este modo). Se trata de un elemento de la estructura del acto de comparación comúnmente destacado tanto entre los autores (v. C. FERNÁNDEZ NOVOA, en *Estudios de Derecho de la publicidad*, pág. 206, A. TATO, *La publicidad comparativa*, pág. 206, J. L. DE CASTRO, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, pág. 5376-5377, S. BACHARACH, en *Estudios de Derecho Mercantil* en

Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont, T. I, pág. 266, E. DÍAZ, *RDM*, 1995, pág. 76, F. DE LA VEGA, *RDM*, 1998, pág. 158), como en los pronunciamientos judiciales (SSAP Madrid 8-III-1993 «Pepsi es lo de hoy» [confirmada por STS 24-II-1997], Barcelona 15-III-1993 «sin los efectos desagradables del cloro» [confirmada por STS 8-V-1997]).

(22) La finalidad de resaltar la conveniencia de la propia oferta desempeña un rol fundamental en la delimitación de la comparación respecto de otros actos en los que igualmente se produce una confrontación pública y la identificación del tercero o terceros afectados, y en particular respecto de los actos de parasitismo y de la publicidad adhesiva (v. C. FERNÁNDEZ NOVOA, *Estudios de Derecho de la publicidad*, pág. 206, Y más recientemente A. TATO, *La publicidad comparativa*, pág. 45-48). En estos casos, en efecto, la confrontación sirve para equiparar la propia actividad, prestaciones o establecimientos con los de uno o varios o terceros, especialmente conocidos entre el círculo de destinatarios de las manifestaciones realizadas por su destacada calidad, y de este modo para asociar la propia oferta con la calidad y representaciones positivas en general vinculadas por el público a la actividad, prestaciones o establecimiento de un tercero. Estas prácticas habrán de enjuiciarse como supuestos de explotación ilegítima de la reputación ajena (v. **Art. 12**).

(23) Como ya se ha señalado, la definición de publicidad comparativa establecida en la Directiva sobre Publicidad Engañosa y Publicidad Comparativa carece de este elemento. A mi modo de ver, sin embargo, esta omisión no ha de conducir a desestimar su inclusión en la definición de los actos de comparación. Una vez comprobado que el tratamiento exigido por la Directiva en relación con las demás prácticas publicitarias caracterizadas por contener una referencia a uno o varios terceros está completamente asegurado en la legislación española actualmente en vigor [v. (13)], no puede dejar de advertirse que la norma comunitaria, en no pocos pasajes, presupone el ensalzamiento de la propia prestación como elemento de la comparación, como por ejemplo muestra la indicación de que la mención de la marca ajena en este contexto persigue «resaltar las diferencias» [Cdo. (15) de la Directiva 97/55/CE] o la misma relación de las condiciones cuyo cumplimiento ha de respetar la publicidad comparativa, que únicamente tienen un carácter específico en la medida en que consideran una práctica tendente a resaltar diferencias, pues en lo demás no dejan de ser una enumeración de límites generales impuestos por el Derecho contra la competencia desleal a todas las conductas concurrenciales.

4 LAS CIRCUNSTANCIAS DETERMINANTES DE LA DESLEALTAD

(24) Como se deduce de lo expuesto acerca del sentido que poseen las condiciones previas de licitud que el legislador ha establecido para los actos de comparación [v. (10) y (11)], su deslealtad se funda, esencialmente, en el engaño y en la denigración. Las especiales características de esta práctica y evidentes motivos de oportunidad, empero, han aconsejado al legislador concretar las condiciones en que, según las máximas de experiencia, los actos de comparación dan lugar a estos resultados, al engaño o a la denigración, esto es, las circunstancias en que la información proporcionada a través de la confrontación induce a error a sus destinatarios o en las que no pueden tolerarse las consecuencias que tiene dicha información sobre el crédito de los terceros afectados por ella. En este sentido, las condiciones previas de licitud concurrencial sancionan los actos de comparación en los que no se encuentre debidamente asegurada su objetividad (tomo la expresión de C. FERNÁNDEZ NOVOA, *Estudios de Derecho de la publicidad*, pág. 232; v. también C. MADRENAS, *Sobre la interpretación de las prohibiciones de publicidad engañosa y desleal*, pág. 165), presupuesto necesario (aunque no único) de deslealtad por engaño y por denigración.

(25) No significa lo anterior, sin embargo, que los actos de comparación queden en todo caso legitimados mediante el cumplimiento de las condiciones previas de licitud. Además de ello se exige, como no podía ser de otra forma, su conformidad con el conjunto de la ordenación contra la competencia desleal y, en particular, que no sean engañosos ni denigratorios. La sola mención de estos supuestos en el artículo 10.2 de la Ley de Competencia Desleal como límites adicionales a los actos de comparación únicamente es expresión del *plerumque accidit*. No es dudoso, en efecto, que los actos de comparación serán igualmente desleales si, por las circunstancias en que se realizan, inducen o pueden inducir a confusión o comportan o pueden comportar el aprovechamiento indebido de la reputación ajena (tal y como, por lo demás, aclara ahora el artículo 3bis.1 de la Directiva sobre Publicidad Engañosa y Publicidad Comparativa).

a Las condiciones previas de licitud concurrencial

(26) Las condiciones previas de licitud concurrencial establecidas en el artículo 10.1 de la Ley de Competencia Desleal giran en torno a los extremos de la comparación; en el artículo 6. c) de la Ley General de Publicidad, en cambio, gravitan sobre los objetos y las características de los objetos entre los que se establece la comparación. A mi modo de ver, no sería acertado concluir que la Ley de Competencia Desleal carece de requisitos previos en relación con los objetos que soportan la comparación. Sistemáticamente, y como se razonará a continuación, no sólo es posible sino obligado proyectar asimismo sobre los objetos comparados la exigencia de analogía impuesta para los extremos. En consecuencia, entre las condiciones previas de licitud ha de diferenciarse entre unas condiciones relativas al objeto de la comparación, y otras relativas a los extremos de la comparación (igualmente, A. TATO, *La publicidad comparativa*, pág. 221). A estas condiciones relativas a objeto y extremos de la comparación, la Directiva sobre Publicidad Comparada ha añadido todavía otras relativas a su contenido y, en particular, ha exigido que la comparación se haga de modo objetivo [art. 3bis.1. c) de la Directiva sobre Publicidad Engañosa y Publicidad Comparativa].

b (sigue) Las condiciones previas de licitud concurrencial relativas al objeto de la comparación: similitud e implantación suficiente en el mercado

(27) Como se ha indicado, la comparación puede tener por objeto actividades, prestaciones o establecimientos. Bajo este aspecto, se debe exigir de ellos, de un lado, que sean similares y, de otro lado, que no sean desconocidos o tengan sólo una participación limitada en el mercado, esto es y en sentido positivo, que tengan un suficiente grado de implantación en el mercado.

(28) La similitud exige, en primer término, que las actividades, prestaciones y establecimientos entre los que se realiza la comparación satisfagan las mismas necesidades o tengan la misma finalidad [*cfr.* art. 3bis.1. b) de la Directiva sobre Publicidad Engañosa y Publicidad Comparativa]. La apreciación de esta circunstancia no ha de hacerse en términos objetivos, sino esencialmente subjetivos. De este modo, e importando la regla de determinación del mercado objetivo propia del Derecho de defensa de la competencia, la similitud exigida existe entre actividades, prestaciones o establecimientos que son intercambiables a los ojos de los consumidores en atención a su precio y disponibilidad. Si esta regla pudiera aparentemente admitir en algún caso la comparación entre actividades, prestaciones o establecimientos de distinto género, las condiciones de licitud relativas a los extremos de la comparación acabarían sin embargo por determinar su deslealtad, en especial por causa de la imposibilidad de cumplir las exigencias sobre la analogía y comprobabilidad de los extremos y sobre la objetividad del contenido de la comparación (en esta línea, también A. TATO, *AAP*, núm. 16, 1998, pág. 22-23; en general sobre la comparación de productos de diferente género,

A. TATO, *La publicidad comparativa*, pág. 226, con ulteriores referencias). En lo que puede considerarse una particularización de esta condición y una exigencia inmediata de la protección jurídica de las denominaciones de origen, además, la comparación que tenga por objeto productos acogidos a una denominación de origen únicamente podrá realizarse con productos acogidos a la misma denominación [*cfr.* art. 3bis.1 f) de la Directiva sobre Publicidad Engañosa y Publicidad Comparativa].

(29) En segundo término, se exige que la comparación se establezca con actividades, prestaciones o establecimientos que, atendidas las circunstancias del caso y no de modo absoluto, tengan una presencia o implantación en el mercado suficiente; a mi modo de ver, la exigencia de implantación mínima sólo debe afectar al objeto que soporta la comparación y no al que resulte ensalzado mediante la comparación. De tal modo se trata de asegurar la aptitud de la comparación para proporcionar una información que efectivamente sirva de referencia al consumidor acerca de las ventajas de la actividad, prestaciones o establecimientos promocionados de este modo. En particular, la clave para apreciar la concurrencia de la suficiente presencia en el mercado se sitúa del lado de la información que la comparación proporciona a sus destinatarios, y no en una apriorística cuota de mercado o implantación territorial. Esta es una condición que no ha encontrado un reflejo explícito entre las dispuestas en la Ley de Competencia Desleal, sino sólo en la Ley General de Publicidad. Con todo, no es dudoso que, sin necesidad de forzar la interpretación, puede entenderse comprendida en la exigencia de analogía establecida en aquélla, especialmente si los factores que la definen incluyen, como he propuesto, la efectiva disponibilidad para los consumidores de las actividades, prestaciones o establecimientos comparados (con otros argumentos, A. TATO, *La publicidad comparativa*, pág. 230-231). Por su parte, la Directiva sobre Publicidad Comparativa carece de una condición equiparable, lo que no ha dejado de suscitar dudas acerca de la compatibilidad de la Ley General de Publicidad en este punto (A. TATO, *AAP*, núm. 16, 1998, pág. 27). El silencio de la Directiva al respecto, sin embargo y en mi opinión, no debe motivar el abandono de este requisito si, como parece, puede encontrar acomodo en el contenido de la similitud exigida en relación con las actividades, prestaciones y establecimientos entre los que se realiza la comparación.

(30) Por el contrario, no es requisito de licitud la exhaustividad de la confrontación (*v.* A. TATO, *La publicidad comparativa*, pág. 222-225). No se exige que la comparación tenga por objeto todas las actividades, prestaciones o establecimientos que reúnan los requisitos anteriores, que sean similares a los promocionados y que tengan una implantación suficiente en el mercado, ni en menor medida que comprenda una muestra significativa de los objetos que en principio reúnen estas condiciones. Así se sigue con claridad, por lo demás, de la Directiva, que sin lugar a duda admite que la comparación se establezca sólo con los bienes o servicios de un tercero [*cfr.* art. 2bis y 3 bis. 1. d), e) de la Directiva 84/450/CEE sobre publicidad engañosa, modificada por la Directiva 87/55/CE]. Dicho en otros términos, en principio es lícita la comparación que contrapone las actividades, prestaciones o establecimientos propios (o ajenos) sólo con los de uno o varios terceros, aunque haya otros idénticos o similares que cuenten con suficiente implantación en el mercado. Naturalmente, la selección comporta un riesgo de inducción a error por omisión, que sin embargo habrá de valorarse conforme a las reglas generales sobre engaño (art. 10.2 LCD).

c (sigue) Las condiciones previas de licitud concurrencial relativas a los extremos de la comparación: analogía, relevancia y comprobabilidad

(31) La comparación ha de referirse a extremos análogos, relevantes y comprobables (art. 10.1 LCD), lo que no es *a priori* necesariamente lo mismo que las características afines, esenciales y objetivamente demostrables a que se refiere el artículo 6. c) de la Ley General de Publicidad. En la Directiva, de su lado, se ha dispuesto que las

características comparadas sean esenciales, pertinentes, verificables y representativas [*cf.* art. 3bis.1. c) de la Directiva sobre Publicidad Engañosa y Publicidad Comparativa]. Si esenciales y verificables son condiciones que pueden equipararse a relevantes y comprobables (conforme A. TATO, *AAP*, núm. 16, 1998, pág. 24, 26-27), a mi modo de ver pertinentes y representativas lo son igualmente a relevantes. Con todo, la riqueza de calificativos empleados a estos efectos por el legislador comunitario, o si se prefiere la precisión con que se aborda este extremo entraña un innegable mandato de rigurosidad en su apreciación. En la referencia a la comparación de caracteres pertinentes no puede verse, en cambio, una exigencia general de pertinencia de la comparación, esto es, de necesaria justificación objetiva previa de la comparación como técnica de promoción.

(32) La comparación ha de referirse, en primer lugar, a extremos o características que puedan reputarse idénticas o, en otro caso, análogas. Desde esta perspectiva, se trata de asegurar que la comparación no distorsiona el proceso de formación de preferencias y toma de decisiones proporcionando una confrontación de propiedades que típicamente no contrasta el consumidor a tales efectos. En este sentido y de modo particular, la exigencia de identidad o analogía debe asegurar que los extremos o características que soportan la comparación son en efecto comparables, esto es, que se refieren al mismo ámbito (utilidad, condiciones de adquisición, rendimiento, procedencia), para lo que habrá de atenderse especialmente a su naturaleza y relación recíproca.

(33) En segundo lugar, la comparación ha de referirse a extremos o características relevantes, esto es, a extremos o características que los consumidores en general o el segmento de los consumidores al que en particular se dirige la oferta tienen en cuenta, aunque por sí mismas puedan no ser determinantes, en la formación de sus preferencias o en la toma de sus decisiones, esto es, que típicamente influyen en su comportamiento de mercado. Para su determinación habrá de atenderse nuevamente a la naturaleza de las actividades, prestaciones o establecimientos entre los que se establece la comparación y al sector del mercado considerado. Como se indicó al tratar del acto de engaño [v. **Art. 7 (35) a (38)**], la enumeración de los elementos o factores sobre los que puede recaer el error determinante del engaño desleal dispuesta en el artículo 7 de la Ley de Competencia Desleal ofrece, *a priori* y por lo tanto sin perjuicio de su ajuste al caso en particular, una buena guía para determinar qué extremos pueden considerarse relevantes; y en el mismo sentido deben valorarse el artículo 5 de la Ley General de Publicidad o los artículos 8 y 13 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Nótese que la relevancia desempeña, sin embargo, un papel contrario en materia de comparación y de engaño: si en aquélla la falta de relevancia determina la ilicitud de la comparación, en ésta permite que la inducción a error no pueda ser considerada desleal.

(34) En sentido negativo, de lo anterior se deduce, de un lado, que la comparación no está sometida a una exigencia de exhaustividad tampoco respecto de sus términos. En consecuencia, la comparación no ha de abarcar necesariamente la totalidad de las características o extremos de las actividades, prestaciones o establecimientos comparados (circunstancia comúnmente desatacada, v. C. FERNÁNDEZ NOVOA, *Estudios de Derecho de la publicidad*, pág. 231-232, o A. TATO, *La publicidad comparativa*, pág. 233-234; *cf.* también RJAAP 31-VII-1998 «Henkel Ibérica, S. A.»). Como tampoco ha de comprender necesariamente todas las características o extremos relevantes ni, claramente desde que en la Directiva sobre Publicidad Comparativa no se incluyera finalmente un mandato de selección equitativa de las características comparadas, una muestra significativa de los mismos. y que esto sea así, de otro lado, se halla en línea con el postulado básico que inspira el tratamiento de los actos de comparación, cual es el implícito reconocimiento de su contribución a la competitividad

y transparencia de los mercados. En efecto, como técnica publicitaria, la comparación sólo resulta eficaz en la medida en que proporcione un mensaje sencillo, claro y rotundo, exigencias que no sería posible de satisfacer en el caso de que legalmente se hubiere impuesto un mandato de exhaustividad. Como antes se indicara respecto de la selección de los objetos de la comparación, no puede dejar de advertirse, con todo, de la existencia de un riesgo de inducción a error por omisión en los supuestos de comparación limitada, que habrá de apreciarse en el marco del juicio de engaño a que se someten en general los actos de comparación (art. 10.2 LCD), atendiendo a la forma de comunicar la comparación pero sobre todo a la propia naturaleza de las características omitidas, y especialmente a su relación con aquellas otras sobre las que se realiza la comparación (v. A. TATO, ob. últ. lug. cit., y en especial en materia de comparación de precios v. F. PALAU, *Descuentos promocionales* , pág. 271).

(35) Finalmente, los extremos comparados han de ser comprobables. En mi opinión, esta exigencia posee un doble contenido, pues no sólo requiere la exactitud de la comparación sino también la posibilidad de que ello se demuestre efectivamente. Este último extremo, a mi modo de ver, no desvirtúa su función en el plano procesal: si el artículo 26 de la Ley de Competencia Desleal confiere al juez la facultad de requerir al demandado la aportación de las pruebas relativas a la exactitud de las indicaciones o manifestaciones realizadas, ello es precisamente porque en ningún pasaje anterior se ha impuesto al que realiza un acto de comparación la carga de la prueba. La previsión de que los extremos de la comparación sean comprobables juega propiamente en un plano sustantivo, y en particular exige incluir y revelar en la comunicación los elementos de hecho en que se base, lo que puede resultar, en el caso de que la comparación no cuente con las oportunas y precisas referencias de hecho o, en su caso, de que los hechos referidos no guarden una relación directa y estrecha con la afirmación realizada, en una deslegitimación de las reivindicaciones genéricas de una mayor calidad (v. SAP *Barcelona* 4-IX-1995 «material publicitario en la calle»), de una mayor eficiencia (v. STS 30-V-1992 «no era un equipo eficaz»), de una mayor seguridad, de una mayor economía... De otro lado, esta exigencia de comprobabilidad introduce una importante particularidad en relación con el reproche de deslealtad por engaño. En efecto, la inexactitud de las alegaciones, indicaciones y manifestaciones referidas sólo a la propia actividad, establecimiento o prestaciones no determina por sí la deslealtad, sino que es preciso el concurso de la inducción a error, esto es, que las indicaciones o alegaciones enjuiciadas provoquen o puedan provocar en los destinatarios una incorrecta comprensión de la realidad. En cambio, la inexactitud de la comparación determina irremediablemente su deslealtad, sin que sea preciso, además, comprobar que se ha producido o que se puede producir una inducción a error sobre una circunstancia que pueda influir en el comportamiento de los destinatarios en el mercado. La condición previa de licitud no comprende la veracidad, entendida como concepto más rico que obliga a examinar el conjunto de las manifestaciones y su forma de presentación, además de su objetiva exactitud, con el fin de detectar si del conjunto se desprende o no una representación que se corresponda con la realidad [v. **Art. 7 (19) y (20)**], cuya apreciación habrá de llevarse a cabo en el marco del enjuiciamiento general de la comparación como acto de engaño (art. 10.2 LCD).

d (sigue) Las condiciones previas de licitud concurrencial relativas al contenido de la comparación: la objetividad de la comparación

(36) La comparación se ha de hacer de modo objetivo [art. 3bis.1. b) de la Directiva sobre Publicidad Engañosa y Publicidad Comparativa]. En este sentido, las manifestaciones realizadas en el marco de los actos de comparación deben limitarse a una exposición de hechos, a una confrontación de los datos relativos a las características de las actividades, prestaciones o establecimientos que en cada caso se consideren, y no deben comprender, en cambio, juicios de valor u opiniones, no ya sólo

como término o extremo de la comparación sino tampoco como explicación, aclaración, resumen, síntesis, apostilla o conclusión de los resultados de la comparación efectuada salvo que, atendidas las circunstancias del caso, pueda entenderse plenamente conformes y ajustadas a los hechos. Se trata de un extremo ciertamente vinculado a la comprobabilidad de los extremos de la comparación, de donde se sigue que el silencio que guarda la legislación vigente al respecto no ha de ser obstáculo para una interpretación que se ajuste en este punto al tenor de la Directiva sobre Publicidad Engañosa y Publicidad Comparativa.

(37) De ahí por el contrario, y en mi opinión, no debiera deducirse una prohibición de la publicidad testimonial en la que se mencionen diversas actividades, prestaciones o establecimientos para expresar, sin sustrato fáctico que pueda servir de justificación, las preferencias por uno de ellos. Se trata, en efecto, de manifestaciones fundadas en los gustos o juicios estéticos de quien las realiza, que quedan cubiertas por la definición de publicidad comparativa en cuanto contengan una referencia a tercero, pero a las que, por su propia naturaleza, no les resultan de aplicación las condiciones establecidas para las comparaciones basadas en confrontación de datos, sino sólo aquellos otros límites de carácter general, como son en especial la denigración o la explotación de la reputación ajena. Otra solución comprometería la libertad de expresión de una forma que no parece coherente con la valoración que merecen las opiniones personales desde la perspectiva de los actos de engaño y de denigración, y en particular con la generosidad que se muestra hacia la publicidad de tono excluyente y hacia los elogios publicitarios.

(38) Desde la óptica del contenido de la comparación, la Directiva sobre Publicidad Comparativa impone una segunda condición: la comparación no debe emplearse para presentar un producto o servicio como imitación o réplica de otro distinguido con una marca o nombre comercial protegidos [art. 3bis.l. *h*) de la Directiva 84/470/CEE sobre publicidad engañosa, modificada por la Directiva 97/55/CE]; la expresa mención del nombre comercial en este contexto permite extender esta condición sin dificultades a los actos de comparación que tienen por objeto actividades. A mi modo de ver, no se trata de una expresión del límite que la explotación de la reputación ajena traza a los actos de comparación con carácter general, puesto que, a diferencia de lo que sucede en este caso [y como resulta del contraste entre las letras *g*) y *h*) del artículo 3bis.l de la Directiva 84/470/CEE sobre publicidad engañosa, modificada por la Directiva 97/55/CE], la condición ahora examinada no exige que las actividades, productos o servicios objeto de la comparación tengan reputación en el sentido requerido para apreciar la posible existencia de un acto de aprovechamiento ilegítimo de la misma [v. **Art. 12 (13) y (15)**]. De otro lado, no constituye un límite al principio de libre imitabilidad (art. 11.1 LCD) ni tampoco una prohibición del empleo de actos de comparación para promover imitaciones (que puedan reputarse lícitas), sino tan sólo a la forma en que se emplea este mecanismo a tal objeto.

e Límites de carácter general

(39) No es el incumplimiento de las condiciones previas de licitud concurrencial, sin embargo, el único elemento determinante de la deslealtad de los actos de comparación. Éstos, en efecto, quedan igualmente sujetos a los límites que se disponen con carácter general para todas las conductas realizadas en el mercado y con finalidad concurrencial. El legislador español ha considerado bajo este aspecto dos supuestos en particular, el engaño y la denigración (art. 10.2 LCD); a ellos deben sumarse la confusión y el aprovechamiento indebido de la reputación ajena [*cfr.* art. 3bis. 1. *d*) y *g*) de la Directiva sobre Publicidad Engañosa y Publicidad Comparativa] así como en general la conculcación objetiva de las exigencias de la buena fe.

(40) No existe, con todo, ninguna peculiaridad en el enjuiciamiento de los actos de comparación desde la perspectiva de la confusión, el engaño, la denigración o el aprovechamiento indebido de la reputación ajena, por lo que me remito al comentario de los correspondientes artículos (v. **Art. 6**, **Art. 7**, **Art. 9** y **Art. 12**). Baste indicar ahora que los actos de comparación pueden dar lugar a confusión especialmente en el caso de que, atendidas las manifestaciones realizadas (y entre ellas habrá de prestarse especial atención al resto de la publicidad y otras prácticas de promoción de ventas que se puedan desarrollar al mismo tiempo, pues no es inhabitual que una acción de publicidad comparativa vaya inmediatamente precedida o coincida con una acción de publicidad corporativa o en general dirigida a potenciar la imagen de marca) y la forma de presentación de las actividades, prestaciones o establecimientos comparados, los destinatarios puedan deducir la existencia de vínculos económicos (pertenencia al mismo grupo) o jurídicos (concesión de licencia) con el tercero afectado; que pueden producir engaño con una mayor probabilidad en supuestos de omisión (de objetos o de extremos, y especialmente de propiedades estrechamente relacionadas con aquellas sobre las que se establece la comparación), de utilización de datos obtenidos a través de métodos heterogéneos o en condiciones diversas o de datos que no son actuales en el momento en que se difunde la comparación (*cf.* SAP *Barcelona* 3-IX-1996 «amb la salut no s'hi val jugar») o que cambian a lo largo de su difusión —en este sentido no puede olvidarse que con frecuencia los actos de comparación forman parte de acciones promocionales, dirigidas a la creación o reforzamiento de la demanda a corto plazo (sobre el supuesto especialmente interesante de la comparación con tarifas de precios, v. F. PALAU, *Descuentos promocionales*, pág. 271) o, en general, de generación de expectativas que no se corresponden con la realidad de las cosas, línea en la que se orientan las exigencias sobre duración, inicio o limitación a existencias establecidas en relación con los actos de comparación relativos a ofertas especiales (art. 3bis.2 de la Directiva sobre Publicidad Engañosa y Publicidad Comparativa); que sólo podrán reputarse denigratorios en la medida en que las consecuencias negativas sobre la valoración que el público de los consumidores pueda hacer de las actividades, prestaciones o establecimiento afectados (atiende particularmente a la percepción de los consumidores para denegar que la publicidad comparativa enjuiciada sea denigratoria SAP *Asturias* 18-II-1998 «folletos de planes de pensiones») tengan un alcance mayor del que es inherente y propio de la comparación —que el legislador ciertamente "tiene descontado" con el reconocimiento de la licitud de esta práctica—(en este sentido apuntan, en efecto y además de la lógica sistemática que impone la liberalización de los actos de comparación, los antecedentes de la Directiva sobre Publicidad Comparativa —*cf.* A. TATO, *AAP*, núm. 16, 1998, pág. 25—, Y se orientan las opiniones de los autores —*per omnia*, E. DÍAZ, *RDM*, 1995, pág. 77-78—), como sucede *ad ex.* en el caso de que se empleen calificativos innecesariamente agresivos, o llanamente despreciativos, ridiculizadores u ofensivos (*cf.* RJAAP 31-VII-1998 «Henkel Ibérica, S. A.»), lo que por otro lado no deja de ser una concreción de la proporcionalidad implícita en la exigencia de pertinencia que con carácter general condiciona la admisibilidad de la difusión de informaciones aptas para ocasionar un descrédito en el mercado [v. **Art. 9 (32)**] y que se traduce en la necesidad de obrar caso por caso, en atención a sus particulares circunstancias de hecho.

f La utilización de la marca ajena en los actos de comparación

(41) El propósito liberalizador que, como ha quedado explicado, guía la tipificación de los actos de comparación no sólo se debe reflejar en el tratamiento general de estas prácticas y, en consecuencia y del modo en que ha intentado hacerse anteriormente, en la definición de las exigencias implícitas en las condiciones previas de validez y en los límites generales, sino también y especialmente en la precisión de los límites exógenos, es decir, de aquellos límites que se imponen desde fuera del sistema de represión de la competencia desleal. Éste es, en particular, el caso de los derechos de marca, que

frecuentemente se invocan con el propósito de restringir los actos de comparación y de cuyo respeto se ha llegado a hacer un requisito autónomo para la licitud de los actos de comparación, que en particular se traduciría en un mandato de no emplear la marca ajena en los actos de comparación salvo en los casos en que ello fuera indispensable para identificar el objeto de la comparación (v. J. M. OTERO, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez* , T. I, pág. 949-951). Como es sabido, esta postura se basa en que la utilización de la marca en la publicidad es uno de los actos a los que expresamente se extiende el *ius prohibendi* reconocido a su titular [art. 31.2. d) LM].

(42) De ello no puede seguirse, sin embargo, que la utilización de una marca por un tercero sin consentimiento de su titular en el marco de un acto de comparación constituya en principio una infracción *per se* de la misma y que sólo resulte tolerable en circunstancias excepcionales. El planteamiento, incluso en una interpretación estricta de las exigencias puestas por el Derecho de marcas, debe ser justamente el contrario (en el mismo sentido, C. LEMA, *La Ley* , 1993-4, pág. 925). En efecto, la inclusión de la utilización de la marca en la publicidad entre los actos que puede impedir su titular a los terceros que carecen de su consentimiento no puede desvincularse de la advertencia con que se inicia la enumeración de dichos actos, y que, como es sabido, no es otra que la precisión de que dicha utilización, atendidas las circunstancias del caso, pueda inducir a errores (*cf.* art. 31.2 LM), lo que en este ámbito es tanto como que pueda inducir a confusión o asociación (C. FERNÁNDEZ NOVOA, *Derecho de marcas* , pág. 163-165), asociación que en todo caso debe versar sobre la procedencia empresarial (STJCE 11-XI-1997, asunto C-251/95 «Sabel BV c. Puma AG»). La publicidad comparativa, sin embargo, tiende precisamente a diferenciar con claridad lo propio de lo ajeno; en consecuencia, en estos casos la utilización de la marca ajena se realiza típicamente de forma tal que no se vincula con los productos o servicios propios, sino con los ajenos (con los productos o servicios originales) salvándose de común todo riesgo de confusión o asociación. De otro lado y en un contexto de mercado en el que las marcas coinciden frecuentemente con las denominaciones sociales y en el que además el medio típico de identificación y reconocimiento de productos y servicios es precisamente la marca, una evidente exigencia de coherencia sistemática impide que pueda invocarse con éxito el derecho de marca para frenar los actos de comparación por principio: si esta práctica ha sido legitimada por su eficacia por contribuir a incrementar la transparencia del mercado mediante la puesta en circulación de información valiosa sobre aspectos que influyen en la formación de las preferencias y toma de decisiones de los consumidores, su eficacia no puede frustrarse recortando la información sobre el punto crítico, cual es la referencia al tercero o terceros. Ésta es además la toma de postura que, con claridad meridiana, ha hecho la Directiva sobre Publicidad Comparativa, que en su Preámbulo constata la necesidad de utilizar la marca ajena para efectuar una publicidad comparativa eficaz y se conforma al respecto con que la marca ajena se utilice con el objetivo de distinguir entre los productos o servicios comparados [*cf.* Cdo. (14) y (15) de la Directiva 97/55/CE] y, ulteriormente, en su parte dispositiva se limita a prohibir que la utilización de la marca ajena (o de otros signos distintivos ajenos) dé lugar a confusión [art. 3bis.1. d) de la Directiva sobre Publicidad Engañosa y Publicidad Comparativa].

(43) En consecuencia, y desde esta perspectiva, los actos de comparación en los que se haga uso de una marca ajena sin consentimiento de su titular no pueden combatirse con carácter general mediante el correspondiente derecho de marca, sino sólo en aquellos supuestos en los que, atendidas las circunstancias que concurren, su utilización pueda inducir a los destinatarios del acto de comparación a confusión o asociación, esto es, a entender infundadamente que las prestaciones comparadas tienen el mismo origen empresarial o profesional o que existen vínculos jurídicos o económicos entre el oferente de las prestaciones promovidas mediante el acto de comparación y el titular de la marca utilizada para la comparación. Y esto mismo puede

decirse respecto de los nombres comerciales en el caso de que la comparación tenga por objeto actividades, o de los rótulos si se refiere a establecimientos, e incluso de los signos distintivos de otra clase no registrados. En cambio, es ilícita la comparación que haga uso de marcas y nombres comerciales ajenos para presentar un producto o servicio como imitación o réplica de otro con el que se establece la comparación [*cf.* art. 3 bis.1. *d)* y *h)* de la Directiva sobre Publicidad Engañosa y Publicidad Comparativa].

(44) Por otro lado, la utilización de marcas ajenas en los actos de comparación habrá de hacerse de tal modo que —por la forma y contenido en que se hagan las referencias correspondientes a las actividades, prestaciones o establecimientos con los que se establece la comparación— no propicie el aprovechamiento indebido de la reputación asociada a dichas marcas. No se trata en este supuesto, sin embargo, de una exigencia de respeto al contenido sustantivo del derecho de marca, que en nuestro ordenamiento no comprende esta circunstancia entre las determinantes de su infracción, sino de una exigencia que, no obstante el silencio del artículo 10.2 de la Ley de Competencia Desleal al respecto, debe entenderse inmanente en el propio sistema de represión de la competencia desleal (arts. 5 y 12 LCD) y que, en cualquier caso, viene impuesta directa e ineludiblemente por las exigencias de fidelidad comunitaria' [*cf.* art. 3bis.1. *g)* de la Directiva sobre Publicidad Engañosa y Publicidad Comparativa].

(45) Para combatir los actos de comparación que incluyan la utilización de marcas ajenas, no parece admisible invocar con carácter general el riesgo de descrédito o menoscabo de la reputación de la marca, o si de prefiere, y desde luego para el caso de las marcas renombradas, la lesión de la reputación (sobre este supuesto de lesión de una marca renombrada, *v.* M. MONTEAGUDO, *La protección de la marca renombrada*, pág. 262 ss.). En efecto, si la indicación o manifestación que se encierra en la comparación es comprobable, y por lo tanto exacta, queda plenamente amparada por la *exceptio veritatis* acogida en el artículo 9 I de la Ley de Competencia Desleal. De otro lado, el acto de comparación, o si se prefiere la difusión en el mercado de los resultados comprobables de la confrontación entre actividades, prestaciones o establecimientos como medio para su promoción puede reputarse pertinente *per se* y, por ende, conforme a la exigencia establecida en el artículo 9 II de la Ley de Competencia Desleal. Sólo en los supuestos en que las consecuencias negativas que de ello se deriven excedan de lo necesario y propio de toda comparación, a raíz de los términos empleados, de la forma de presentación, de la reiteración, del prestigio de la marca u otras circunstancias, podrá considerarse que su utilización en este contexto es denigratoria y, por ello, desleal. No debe olvidarse, por último, que este planteamiento se refiere a un acto de comparación definido como confrontación de extremos de hecho, y no de opiniones o juicios de valor puros, incluida la llamada publicidad comparativa testimonial. En este caso, la imagen de marca, especialmente en el caso de las marcas renombradas, se revela como un importante freno a cualquier comparación de la que objetivamente se pueda seguir una pérdida de imagen. Esta clase de utilización de la marca ajena, también en el caso de marcas renombradas y en tanto en cuanto no se incorpore su protección jurídica al sistema de marcas, podrá ser combatida como acto de obstaculización contrario a la prohibición general [*v.* **Art. 5 (25) a (27)**].

(46) Finalmente, tampoco parece admisible recurrir al riesgo de dilución como medio de defensa ante los actos de comparación que comportan el empleo de una marca ajena, y en particular de una marca renombrada ajena. En efecto, el riesgo de dilución como clave de la ilicitud de la utilización de una marca renombrada presupone que la marca se emplea por un tercero como medio de identificación de productos o servicios sin que exista riesgo de confusión (en general sobre este grupo de casos, *v.* M. MONTEAGUDO, *La protección de la marca renombrada*, pág. 275 ss.). En el acto de comparación, sin embargo, la utilización de la marca ajena no tiene por objeto identificar

los productos o servicios del oferente, de donde se sigue que tampoco debilita la fuerza del vínculo existente entre la marca, su titular y los productos o servicios a que se aplica.

Artículo 11. ACTOS DE IMITACIÓN

1. La imitación de prestaciones e iniciativas empresariales ajenas es libre, salvo que estén amparadas por un derecho de exclusiva reconocido por la Ley.

2. No obstante, la imitación de prestaciones de un tercero se reputará desleal cuando resulte idónea para generar la asociación por parte de los consumidores respecto a la prestación o comporte un aprovechamiento indebido de la reputación o el esfuerzo ajeno.

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

3. Asimismo, tendrá la consideración de desleal la imitación sistemática de las prestaciones e iniciativas empresariales de un competidor cuando dicha estrategia se halle directamente encaminada a impedir u obstaculizar su afirmación en el mercado y exceda de lo que, según las circunstancias, pueda reputarse una respuesta natural del mercado.

Bibliografía

E. BOET, «Los actos de imitación servil en la Ley de competencia desleal», *RDM*, núm. 213, 1994, pág. 505 ss.; J. M.^a DE LA CUESTA, «Supuestos de competencia desleal por confusión, imitación y aprovechamiento de la reputación ajena», en A. BERCOVITZ (coord.), «La Regulación contra la Competencia Desleal en la Ley de 10 de enero de 1991», BOE-Cámara de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 1992, pág. 35 ss.; C. FERNÁNDEZ NOVOA, *Derecho de marcas*, Montecorvo, Madrid, 1990, ID., «Reflexiones preliminares sobre la Ley de competencia desleal», *La Ley*, 1991-2, pág. 1179 ss.; C. LEMA y J. GÓMEZ MONTERO, «Actos de competencia desleal por imitación y explotación de la reputación ajena», *Actualidad Civil*, 1995, núm. XXXI, pág. 643 ss.; M. LOBATO, «Los actos de imitación en la Ley de Competencia Desleal de 10 de enero de 1991. Especial referencia a la relación entre los derechos de propiedad industrial y la competencia desleal», *RGD*, núm. 562-563, 1991, pág. 6151 ss.; ID., «Los actos de imitación en la Ley de competencia desleal de 19 de enero de 1991 en relación con el ordenamiento comunitario. Especial referencia a la relación entre los derechos de propiedad industrial y la competencia desleal», *RDPr.*, 1992, pág. 728 ss.; M. MONTEAGUDO, «La imitación de creaciones técnicas y estéticas. Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.^a) de 5 de julio de 1993», *RGD*, núm. 595, 1994, pág. 3961 ss.; ID., «La imitación confusoria de productos (Comentario a las sentencias del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1997 y de 17 de julio de 1997)», *XVIII ADI 1997*, pág. 249 ss.; J. MOTERO, *El modelo industrial*, Montecorvo, Madrid, 1977; ID., «Aproximación a la figura de la imitación servil», *X ADI 1984-85*, pág. 61 ss.; ID., «La nueva Ley sobre la Competencia desleal», *XIV ADI 1991-92*, pág. 25 ss.; B. PATIÑO «La imitación de los envases y de las formas tridimensionales (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1997)», *RGD*, núm. 645, 1998, pág. 7677 ss.; P. PORTELLANO, *La imitación en el Derecho de la competencia desleal*, Civitas, Madrid, 1995; J. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, «La apreciación del riesgo de asociación en relación con actos de imitación [Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 4.^a) de 7 de octubre de 1996]», *RGD*, núm. 639, 1997, pág. 14333 SS.

Doctrina-comentario

Sumario:

- 1.Introducción
- 2.Encuadramiento sistemático
- 3.La acción relevante
- 4.Las circunstancias detenninantes de la deslealtad
 - a.Riesgo de asociación
 - i.El riesgo de asociación en materia de imitación.
 - ii.Los presupuestos del riesgo de asociación en materia de imitación.
 - iii.La apreciación del riesgo de asociación.
 - iv.La evitabilidad del riesgo de asociación.
 - b.(sigue) Especial consideración del riesgo de asociación en el caso de imitación de creaciones técnicas y estéticas
 - c.Aprovechamiento indebido de la reputación ajena
 - i.Alcance del aprovechamiento indebido de la reputación ajena en materia de imitación.
 - ii.Los supuestos del aprovechamiento de la reputación ajena.
 - iii.Las circunstancias determinantes de la deslealtad de la imitación que comporta el aprovechamiento de la reputación ajena.
 - d.El aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno
 - e.La finalidad predatoria

1 INTRODUCCIÓN

(1) Los actos de imitación, como particular supuesto de competencia desleal, no habían merecido la atención del legislador en la normativa histórica contra la competencia desleal. Con anterioridad a la Ley de Competencia Desleal, los casos de estas características fueron resueltos como supuestos de violación de derechos de propiedad industrial o como actos de confusión (SJPI *Vitoria-Gasteiz* 6-VI-1991 «envases de helados»).

(2) La primera tipificación de la imitación entre los actos de competencia desleal sólo ha tenido lugar, por lo tanto, con el artículo 11 de la Ley de Competencia Desleal, como imitación de prestaciones y de iniciativas empresariales ajenas, esto es y en esencia, como imitación, sea reproducción idéntica o sustancialmente similar, de los resultados del trabajo ajeno: productos, servicios, estrategias publicitarias, comerciales o de financiación, u organización, cualquiera que sea su naturaleza técnica, estética o comercial, y cualquiera que sea su forma de exteriorización, en medios corporales o incorporeales (sobre la determinación de los posibles objetos de imitación, C. FERNÁNDEZ NOVOA, *La Ley*, 1991-11, pág. 1179 ss., J. M. OTERO, XIV *ADI* 1991-92, pág. 37, Y P.PORTELLANO, *La imitación en el Derecho de la competencia desleal*, pág. 278-282). Se trata, con todo y mirado desde una óptica clásica, de una tipificación ciertamente singular, consagrada a definir esencialmente un espacio de libertad de acción. En materia de imitación, en efecto, el legislador ha adoptado una posición tajante y liberal. En primer lugar, la imitación de prestaciones e iniciativas empresariales es libre si no existe un derecho de exclusiva que las ampare (art. 11.1 LCD), esto es, un derecho de propiedad industrial o un derecho de propiedad intelectual. En segundo lugar, la imitación únicamente es desleal si concurren especiales circunstancias (art. 11.2 y 3 LCD) que, atendido el espíritu y finalidad de la norma (Preámbulo LCD III.2 *in fine*), deben entenderse taxativas e interpretarse de forma restrictiva (SAP *Madrid* 13-XII-1994 «catálogos de muebles de cocina»).

2 ENCUADRAMIENTO SISTEMÁTICO

(3) El acto de imitación se ha encuadrado tradicionalmente entre los actos de deslealtad frente a los competidores, esto es, entre aquellos que determinan un menoscabo o

erosión de la posición ganada en el mercado por los competidores sin que ello sea consecuencia de una superior eficiencia. Aun siendo cierto lo anterior, la postura adoptada por la Ley de Competencia Desleal parece ser no obstante más compleja: el legislador ha pretendido conciliar en este ámbito dos presupuestos de la competencia económica, como son la evidente y decisiva contribución al progreso técnico y estético y a la dinamización del mismo mercado que representa la imitación, a decir verdad: el proceso de acción y reacción que desencadena la imitación (que justifica el reconocimiento legal de su licitud de principio y, además, que su vigencia no se haga depender de la valía de la imitación), de una parte, y, de otra parte, la exigencia de la competencia por mérito de las propias prestaciones (que explica y marca los límites de la libertad de imitación). La deslealtad de los actos de imitación no responde por lo tanto únicamente a la tutela de los intereses de los competidores. A su lado ocupan un lugar principal los intereses de la propia economía, o si se prefiere la salvaguardia del funcionamiento competitivo del mercado y, en particular, de la continuidad en el esfuerzo por innovar y mejorar las prestaciones. En este sentido y del modo en que reflejan los términos legales, la imitación no se sanciona como acto de competencia desleal *per se* (a lo que habría llevado la sola consideración e incluso con probabilidad la consideración principal de los intereses de los competidores) sino sólo la imitación que, atendidas determinadas circunstancias, resulta ser ineficiente, aquella cuya contribución al progreso técnico o estético o a la dinamización del mercado queda enjugada por otros efectos anticompetitivos o, si se prefiere, por la producción de efectos colaterales inaceptables sobre los consumidores o sobre los competidores (como el riesgo de asociación, el aprovechamiento indebido de la reputación ajena o la obstaculización) y aquella otra que, por la forma en que se realiza, no contribuye al progreso técnico ni dinamiza el mercado, sino que sencillamente ahoga la iniciativa ajena.

(4) En consecuencia, y de la forma en que se ha encargado de subrayar el legislador en el Preámbulo de la Ley de Competencia Desleal, seguramente el elemento más destacado del tratamiento de los actos de imitación es precisamente el reconocimiento del principio de libre imitación, sin perjuicio de la protección jurídica que pueda resultar de los derechos de propiedad industrial y propiedad intelectual. Rectamente entendida, y a nuestro modo de ver, la protección jurídica de la propiedad industrial y de la propiedad intelectual no ha de ser interpretada, sin embargo, como una excepción a un principio general de libre imitación emanado de la libertad de competencia, sino como reconocimiento normativo de la vigencia de dos fuerzas o exigencias ordenadoras del proceder concurrencial igualmente valiosas: el fomento del desarrollo y la innovación técnica, empresarial y económica a través de la protección jurídica de ciertas prestaciones e iniciativas empresariales, de una parte, y, de otra, la instrumentalidad de su imitación para favorecer la libre concurrencia en el mercado (en esta línea, SAP *Sevilla* 28-I-1998 «ECOMED») y el desenvolvimiento del proceso de innovación. Así, la norma contenida en el artículo 11 de la Ley de Competencia Desleal resuelve la tensión existente entre ambos principios, y lo hace formulando reglas que trazan el equilibrio (que se ha considerado política y sistemáticamente más ajustado) entre imitación e innovación. En este sentido y en primer lugar, se reconoce y recuerda que el conflicto apuntado ya ha encontrado un cauce de solución institucional en las leyes especiales relativas a la protección jurídica de la propiedad industrial e intelectual; a cuyos titulares se reserva, con carácter exclusivo, el aprovechamiento de la prestación durante un período limitado de tiempo. En segundo lugar, se reconoce también que la solución al conflicto en el ámbito no cubierto por aquellas leyes especiales compete por entero a la legislación contra la competencia desleal (en esta línea, SSAP *Valencia* 2-XII-1996 «cajas y envases apilables para frutas y hortalizas», *Barcelona* 25-IV-1996 «Joyas Únicas del Amor»), si bien en este contexto el predominio corresponde al principio de libre imitación de prestaciones e iniciativas ajenas (*v.* SSAP *Cáceres* 12-III-1998 «ropa deportiva para colegios», *Madrid* II-XII-1998 «mantenimiento de instalaciones contra incendios»). Así debe ser, en efecto, en un ámbito en que es

eficiente integrar los conocimientos e informaciones de dominio público como sustrato de la propia actividad y la represión se reserva a aquellos casos en que la imitación vaya acompañada de especiales circunstancias que anulan o revelan la inexistencia de los efectos positivos que en términos generales pueden predicarse de la imitación de prestaciones no amparadas por un derecho de exclusiva, circunstancias que especifican taxativamente los apartados 2 y 3 del artículo 11 de la Ley de Competencia Desleal.

(5) De ahí que no sea procedente acumular indiscriminadamente la acción por violación de un derecho de propiedad industrial o de propiedad intelectual y la acción de competencia desleal; así lo han advertido algunos fallos (*v.* SSAP *Barcelona* 14-III-1995 «dispositivo para el acondicionamiento del agua», *Valencia* 6-X-1997 «venta de colonias en farmacias») y así se ha señalado entre los autores (C. LEMA y J. GÓMEZ MONTERO, *Actualidad Civil*, 1995, págs. 644-645, o P. PORTELLANO, *La imitación en el Derecho de la competencia desleal*, págs. 418-427). La acción de competencia desleal contra la imitación, en efecto, sólo puede completar la protección jurídica que dispensa el ordenamiento a las prestaciones e iniciativas empresariales mediante los derechos de propiedad industrial e intelectual sin superponerse a ella ni duplicarla, sin desplazarla ni sustituirla. No puede olvidarse, que el principio de libre imitación desempeña íntegra y exclusivamente su función en el ámbito del sistema de represión de la competencia desleal, y en este sentido que la expresa mención que ha merecido por parte del legislador avanza, y al mismo tiempo destaca, que la deslealtad de la imitación obedece a criterios propios y específicos, distintos de los que determinan la infracción de los derechos de propiedad industrial y de propiedad intelectual de que puedan ser objeto las prestaciones (en esta línea, SAP *Valladolid* 26-V-1997 «Flexibreaks Internacional, S. A.»). Desde otra perspectiva, no existe tampoco, por lo tanto, una redundancia entre la represión de la imitación mediante la acción de competencia desleal y la protección jurídica de las creaciones técnicas y estéticas a través de los correspondientes derechos de propiedad industrial o propiedad intelectual. En particular, la disparidad en el respectivo fundamento de la ilicitud de la reproducción de una prestación ajena permite afirmar que la acción de competencia desleal resulta accesible para tutelar contra las imitaciones tanto una creación técnica o estética que permaneció fuera del correspondiente sistema de protección jurídica, como una creación técnica o estética que accedió a esta protección y para la cual bien ya se extinguió o bien no cubre suficientemente la conducta considerada. De ahí no se sigue una contravención del plan del legislador, pues sencillamente —y es probable que convenga insistir en ello— las circunstancias determinantes de la ilicitud son diversas: la reproducción idéntica o sustancialmente similar, que basta para que pueda afirmarse la violación de derechos de propiedad industrial o de propiedad intelectual sobre creaciones técnicas y estéticas, es *per se* insuficiente para afirmar la comisión de un acto de competencia desleal. Esto, y no otra cosa, es lo que, a nuestro juicio, significa la salvedad establecida en el apartado primero del artículo 11 de la Ley de Competencia Desleal en relación con la protección de las prestaciones mediante derechos de exclusiva al lado del principio de libre imitación.

(6) La ubicación de los actos de imitación en el catálogo de actos de competencia desleal presenta una dificultad añadida: su delimitación frente a otros actos de competencia desleal funcional y sistemáticamente cercanos e igualmente merecedores de un tipo propio (como por lo demás se refleja en la proximidad terminológica). En efecto, entre las circunstancias que determinan la ilicitud de la imitación, y en particular la ilicitud de la imitación de prestaciones, se cuentan la idoneidad de la misma para generar la asociación por parte de los consumidores respecto a la prestación, así como el aprovechamiento indebido de la reputación ajena y del esfuerzo ajeno. Se ha recurrido en ambos casos, pues, a criterios de deslealtad ciertamente próximos a los presentes en otros actos de competencia desleal, a saber: confusión (art. 6 LCD), explotación de la reputación ajena (art. 12 LCD) y, sin que pueda dejar de advertirse la menor

proximidad terminológica, algunos supuestos de violación de secretos e inducción a la infracción contractual (arts. 13 y 14 LCD). Así las cosas, y a la vista de circunstancias tales como la tipificación separada de los diversos actos, la inclusión de la inevitabilidad como criterio determinante de la deslealtad de la imitación que genera asociación o aprovechamiento indebido de la reputación ajena, o la vigencia del propio principio de libre imitación, se impone la necesidad de asignar un ámbito diferenciado a los ilícitos concurrenciales referidos. A estos efectos debe distinguirse entre imitación desleal por generar riesgo de asociación o comportar el aprovechamiento indebido de la reputación ajena, de un lado, y, de otro, imitación desleal por comportar el aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno.

(7) A nuestro modo de ver, el ámbito de aplicación de los artículos 6 y 12 de la Ley de Competencia Desleal y el del artículo 11 de la Ley de Competencia Desleal se diferencia por el objeto sobre el que recae la conducta: signos distintivos en los dos primeros preceptos, prestaciones en el segundo. Dicho en otros términos, la delimitación de la imitación desleal frente a la confusión y el aprovechamiento indebido de la reputación ajena no se sigue del factor que encarna el reproche de deslealtad, sino del supuesto de hecho considerado, en estos últimos casos definido por la utilización de signos distintivos ajenos y en el primero por la reproducción de prestaciones ajenas. Bajo este aspecto, ha de entenderse por signo distintivo cualquier elemento al menos intelectualmente dissociable de la propia prestación, actividad o establecimiento que *de facto* los identifique en el mercado; entre ellos se encuentran en particular todos los medios e instrumentos que de hecho configuran la forma de presentación de productos o servicios. De esta suerte, confusión y explotación de la reputación ajena acaparan la represión de las conductas que propician fallos o desajustes en la información suministrada por los signos distintivos sea en relación con la procedencia empresarial de los productos o servicios (confusión), sea en relación con su prestigio y valor (explotación de la reputación ajena). Por el contrario, el ámbito objetivo de los actos de imitación recae, por lo que ahora importa, sobre aquellas creaciones técnicas o estéticas que constituyen la propia prestación (correctamente, SSAP *Granada* 18-I-1994 «reloj, frutero y portarretratos», *Barcelona* 25-IV-1996 «Joyas Únicas del Aman», *Barcelona* 19-II-1998 «Vitaforma, S. L. c. Cosméticos Astor S. A.», *Barcelona* 25-III-1998 «cochecito de bebé», *Barcelona* 4-VI-1998 «Smirnoff/Príncipe Igor», *Barcelona* 31-VIII-1998 «carátulas de discos compactos», AAP *Alicante* 14-X-1992 «Juguetes Feber, S. A. c. Creatividad y Diseño, S. A.»; sin embargo, en ocasiones la práctica no observa las diferencias entre los tipos y se acumulan con escasa precisión técnica los arts. 6 y 11 LCD en los Fundamentos de Derecho de las demandas y de las sentencias, *ad ex.*: SSAP *Toledo* 4-IV-1992 «Vidal Sassoon/Iber Neutro», *Valencia* 5-V-1993 «Vidal Sassoon/Neymi, Tayko», *Madrid* 13-XII-1994 «catálogos de muebles de cocina», *Toledo* 12-XII-1995 «Prendas vaqueras», *Barcelona* 10-I-1996 «Fumisprote/Fungistop», *Zaragoza* 7-X-1996 «sartenes», *Valencia* 21-X-1997 «estuches para sábanas adaptables», y *Navarra* 4-V-1998 «Avena Kinesia/Avena Krammer»). El diferente tratamiento de estos supuestos se explica y justifica por la necesidad de coherencia la represión de la imitación desleal con los sistemas de protección de creaciones técnicas y estéticas mediante derechos de exclusión. La vigencia de estos sistemas, en efecto, impone, de un lado, el principio de libertad de imitación donde no existe la protección jurídica conferida por la propiedad industrial o intelectual y, de otro y en gran medida como exigencia que se sigue de dicho principio, la limitación de la deslealtad de la imitación a aquellos supuestos en los que sea idónea para generar asociación evitable o un indebido aprovechamiento de la reputación ajena igualmente evitable. La introducción de la evitabilidad como elemento clave del reproche de deslealtad revela con claridad que la represión de la imitación encuentra su fundamento en estos casos al margen de la presentación de los productos o servicios mediante signos distintivos, porque evidentemente cualquier riesgo de asociación o de aprovechamiento indebido de la reputación ajena que derive de la forma de presentación

puede y debe ser evitado. Dicho en otros términos: nada puede justificar legítimamente la perturbación de la transparencia en el mercado que generan los signos distintivos, tampoco la libertad de imitación. La noción de evitabilidad adquiere todo su sentido, en cambio, cuando la imitación se proyecta sobre una prestación o, por mejor decir, sobre la creación técnica o estética en que ésta consiste. Y ello, porque el legislador se sirve de esta noción para definir el ámbito de la represión de la imitación desleal (y hacerlo de forma restrictiva), al tiempo que salvaguarda la peculiaridad y caracteres de los sistemas de protección de creaciones mediante derechos de propiedad industrial o intelectual. En fin, la complejidad que presenta este particular grupo de casos y sus nada desdeñables implicaciones sistemáticas, han aconsejado su tratamiento diferenciado en el seno del artículo 11 de la Ley de Competencia Desleal, por más que los criterios de deslealtad referidos también hallen cobijo, aunque en un contexto diferente, en otros tipos de la Ley.

(8) Por su parte, las diferencias entre los artículos 13 y 14 de la Ley de Competencia Desleal y el artículo 11 de la Ley de Competencia Desleal, en lo relativo a la deslealtad del aprovechamiento del esfuerzo ajeno, radican en el factor determinante de la reprobación de la conducta. En efecto, los dos primeros preceptos, considerados ahora desde la perspectiva de la imitación (que ciertamente no agota el fenómeno de la violación de secretos ni el de la inducción a la infracción contractual), sancionan determinadas formas (ineficientes) en que se llega a estar en condiciones de imitar. El artículo 11 de la Ley de Competencia Desleal, en cambio y siempre desde la óptica del aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno, sanciona la forma (ineficiente) en que se **lleva a cabo la ejecución material de la imitación.**

3 LA ACCIÓN RELEVANTE

(9) Ya que el centro de gravedad de la deslealtad radica en las circunstancias referidas legalmente y no en la propia imitación, no hay inconveniente para dotar a la acción relevante de un contenido amplio, que vaya más allá del significado que habitualmente se atribuye a la palabra imitación en castellano. En efecto, en el ámbito del Derecho contra la competencia desleal, imitación es tanto como producción de una prestación o iniciativa empresarial propia a partir de una prestación o iniciativa empresarial ajena (original). Como se indicó anteriormente, prestaciones e iniciativas son en este contexto expresiones que engloban cualesquiera resultados del trabajo o esfuerzo ajeno en el ámbito industrial, profesional, comercial u organizativo, con independencia de su naturaleza y forma (diferentes de los signos distintivos). Así, como imitación deben considerarse la copia idéntica, pura y simple, de la prestación o iniciativa original ajena y, de otro lado, la copia de los elementos esenciales de la prestación o iniciativa original ajena, los que condensan su fuerza individualizadora o el esfuerzo de su creador, con variaciones en los elementos accidentales (SSAP *Toledo* 4-IV-1992 «Vidal Sassoon/Iber Neutro», *Granada* 18-I-1994 «reloj, frutero y portarretratos»). Entre los supuestos de la primera clase se incluye igualmente la reproducción o apropiación inmediata de las prestaciones ajenas. La diferencia entre unas y otras modalidades de imitación radica en la forma de crear la propia prestación o iniciativa a partir de la original: en ocasiones hay un esfuerzo propio que aproxima la imitación a la recreación de la prestación o iniciativa original, la cual sólo es modelo o fuente de inspiración, mientras que en otros casos no hay aportación o esfuerzo propio en la creación de la prestación propia, toda vez que ésta se obtiene a través de la reproducción de la ajena a partir de especiales medios técnicos (grabación, impresión fotomecánica...); se trata en todo caso de una diferencia de hecho que, como se ha de ver, no se traslada a la valoración de la conducta. Naturalmente, la acción relevante comprende no sólo la producción de las copias, sino también la explotación económica de las mismas mediante su puesta en el comercio o de cualquier otro modo.

4 LAS CIRCUNSTANCIAS DETERMINANTES DE LA DESLEALTAD

(10) Ninguna de las conductas que en este ámbito pueden ser entendidas como imitación es desleal por sí misma; tampoco la apropiación inmediata de las prestaciones ajenas. Su antijuridicidad depende de la concurrencia de ulteriores circunstancias, atinentes todas al comportamiento del que realiza la imitación, unas relativas a la forma en que se beneficia de las prestaciones ajenas imitadas y otras a la finalidad perseguida con la imitación de prestaciones e iniciativas ajenas. Entre las primeras circunstancias se cuentan exclusivamente el riesgo de asociación, la explotación de la fama ajena y la apropiación del esfuerzo ajeno: si la imitación es apta para originar un riesgo de asociación evitable por parte de los consumidores respecto a la prestación, si comporta un también evitable aprovechamiento indebido de la reputación ajena y si implica un aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno (art. 11.2 LCD). Tales circunstancias determinantes de la deslealtad se hallan en todo caso fuera de la propia acción de imitar, y en particular, como se ha apuntado, de la sola circunstancia de su mayor o menor proximidad a la prestación original. Así las cosas, no tiene ningún sentido tratar de introducir jurisprudencial o doctrinalmente la categoría de «imitación servil», y ello tanto menos cuanto que el legislador lo rechazó expresamente (*cf.* la intervención del Sr. Jover del Grupo Parlamentario Socialista: Cortes Generales, *Diario de Sesiones del Congreso*, Comisiones, IV Legislatura, núm. 67, pág. 1848-1849). Si el grado de correspondencia entre imitación y original es irrelevante para fundar por sí la deslealtad de la conducta, no puede pasarse por alto, sin embargo, que la imitación idéntica o la reproducción mecánica de la prestación ajena pueden facilitar la apreciación del riesgo de asociación, del aprovechamiento de la fama ajena o del esfuerzo ajeno. Entre las segundas circunstancias de que depende la deslealtad de la imitación sólo figura la predación: si la imitación está directa y sistemáticamente encaminada a impedir u obstaculizar la afirmación de un competidor en el mercado y excede de la respuesta natural del mercado (art. 11.3 LCD).

(11) Considerado el fin liberalizador que ha presidido la acción del legislador en este ámbito, la vinculación de las primeras circunstancias sólo a la imitación de prestaciones y de las segundas tanto a la imitación de las prestaciones como de las iniciativas descarta la formulación de un reproche de deslealtad contra una imitación de iniciativas económicas que sea idónea para producir un riesgo de asociación, una explotación de la fama de otro o la apropiación del esfuerzo ajeno (más que probablemente porque el supuesto de hecho no es adecuado para originar estos efectos). De otro lado, el perjuicio causado a la imagen o buen nombre de la prestación original por la peor calidad de la imitación no es criterio de deslealtad por sí mismo, esto es y en particular, sin concurrir con un riesgo de asociación respecto de la procedencia, un aprovechamiento indebido de la fama de la prestación original o del esfuerzo ajeno; pero si la imitación produce un perjuicio del tipo indicado, serán mayores las precauciones razonablemente exigibles para evitar el riesgo de asociación o el aprovechamiento indebido de la fama ajena.

a Riesgo de asociación

i El riesgo de asociación en materia de imitación.

(12) Legalmente se habla de asociación por parte de los consumidores respecto de la prestación. La deslealtad de la imitación se funda, en este caso, en una apropiación de la evocación de procedencia empresarial que encierra en sí la propia prestación imitada. No debe dejar de advertirse con todo la diferente terminología que se emplea en el artículo 11.2 de la Ley de Competencia Desleal para imitación (asociación respecto de la prestación) y la que emplea el artículo 6 de la Ley de Competencia Desleal para confusión (confusión con las prestaciones y asociación respecto de la procedencia), que, por supuesto, no facilita las cosas al intérprete. El enraizamiento del riesgo de

asociación en el ámbito de la confusión invita ciertamente a trasladar al ámbito de la imitación las construcciones elaboradas en el primero de ellos. A favor de esta posibilidad puede aducirse que los términos confusión y asociación incorporan, en este contexto, una misma carga semántica y su consideración en materia de competencia desleal responde, en definitiva, a una finalidad coincidente: la evitación de falsas representaciones de procedencia empresarial o profesional en el tráfico. Siendo cierto lo anterior, no puede desconocerse, sin embargo y no en último lugar por causa de las mismas diferencias terminológicas, que es obligado acompañar el concepto de asociación a las características propias del supuesto de hecho considerado, que como se ha indicado es diferente en el artículo 6 y en el artículo 11 de la Ley de Competencia Desleal [v. **(7)**]. En particular, mientras que la acción relevante en los actos de confusión del artículo 6 de la Ley de Competencia Desleal comprende tanto la confusión en sentido estricto, sea confusión inmediata o mediata, como la confusión en sentido amplio [v. **Art. 6 (10) a (13)**], la asociación en materia de imitación tiene un alcance más restringido.

(13) En efecto, los actos de confusión desleal resultan de las falsas representaciones de procedencia empresarial motivadas, en lo esencial, por la utilización, para diferenciar las propias prestaciones, de signos distintivos ajenos o, en general, de elementos de cualquier clase que, de un modo u otro y por una razón u otra, son efectivamente percibidos en el tráfico como forma de presentación de las prestaciones. En este contexto, las falsas representaciones acerca de la procedencia empresarial pueden consistir en cualquiera de los fallos de información que expresan las diversas modalidades de confusión ya referidas, y no se alcanza a ver razón alguna por la cual deba tolerarse ninguna clase de apropiación o aproximación a los signos ajenos que dé lugar o pueda dar lugar a cualquiera de estos resultados. Sin embargo, en el ámbito de la imitación desleal, lo imitado no es un signo distintivo escindible (al menos intelectualmente) de la prestación, sino la prestación misma y, en particular, aquella prestación apta para evocar una concreta procedencia empresarial. Sentado lo anterior, la imitación desleal por generar un riesgo de asociación consiste en la producción de una prestación propia a partir del original ajeno, tomando precisamente aquellos elementos que remiten a un origen empresarial ajeno (SAP *Barcelona* 14-II-1995 «dispositivo para el acondicionamiento del agua»). De esta suerte, nos parece que en hipótesis la imitación, en función de la mayor o menor proximidad a la prestación ajena (y especialmente de los añadidos externos a la misma y propios de su forma de presentación), puede comportar un riesgo de confusión en sentido estricto de carácter inmediato: el consumidor tomará una prestación por otra, pensando que provienen de la misma fuente, o bien un riesgo de confusión, también en sentido estricto, pero esta vez de carácter mediato: el consumidor apreciará diferencias entre las dos prestaciones implicadas, pero la reproducción de algunos elementos característicos e individualizadores de la prestación original le llevará a concluir la común procedencia empresarial de ambas (en esta línea, SAP *Toledo* 4-IV-1992 «Vidal Sassoon/Iber Neutro»). Por el contrario, no nos parece posible que en este ámbito pueda tener cabida el riesgo de confusión en sentido amplio, porque exigiría al consumidor distinguir el diverso origen empresarial de las prestaciones y al tiempo intuir vínculos económicos y jurídicos entre las diversas fuentes de procedencia (a lo que simplemente no se presta el supuesto hecho); salta a la vista que la capacidad del consumidor para distinguir la procedencia de las prestaciones excluye de suyo la reproducción de los elementos individualizadores y, por tanto, la propia imitación (en esta línea, SAP *Castellón* 14-XI-1996 «mobiliario de oficina system»).

(14) No puede pasarse por alto, sin embargo, que el concepto de asociación se inscribe ahora en una norma presidida por el principio de libre imitación de las prestaciones ajenas. Se convendrá, pues, en que difícilmente puede cohonestarse este principio con la deslealtad de la imitación sencillamente porque es como la prestación original y por lo tanto se confunde con ella (aquella no se diferencia de ésta). En este sentido, es

necesario proceder con extremado rigor en la definición de los presupuestos de hecho de que depende la existencia de un riesgo de asociación relevante. A nuestro modo de ver, dichos presupuestos se resumen en el mérito competitivo de la prestación imitada [v. (15) a (19)] en ausencia del cual, y por la naturaleza misma de las cosas, la imitación sencillamente no puede generar un riesgo de asociación. Además, y como exigencia inmediatamente derivada del principio de libre imitación, el riesgo de asociación ha de ser evitable [v. (21)], lo que viene a reiterar la necesidad de tolerar en principio los déficits de información que sean consecuencia inmediata de la misma reproducción de la prestación imitada; en este sentido, la imitación sólo es desleal si el imitador pudo adoptar medidas para evitar la asociación y le era exigible dicha adopción (v. STS 17-VII-1997 «etiquetas autoadhesivas»).

ii Los presupuestos del riesgo de asociación en materia de imitación.

(15) La base sobre la que descansa la protección de una determinada prestación frente a la imitación que induce a una asociación evitable se halla en su mérito competitivo. Ciertamente, no existe pronunciamiento legal que, con carácter particular o general, haga del mérito de la prestación imitada presupuesto de la deslealtad de la imitación. Su vigencia, no obstante, se halla implícita en el propio criterio de deslealtad. En efecto, la imitación de una prestación sólo puede generar la asociación que desencadena la deslealtad cuando en aquélla se den cita, en particular, dos condiciones expresivas y definitorias de SU mérito competitivo: singularidad competitiva (requisito destacado unánimemente: v. J. M. OTERO, X ADI 1984-85, pág. 71, J. M.^a DE LA CUESTA, en A. BERCOVITZ, *La Regulación contra la Competencia Desleal*, pág. 43, C. LEMA y J. GÓMEZ MONTERO, *Actualidad Civil*, 1995, pág. 647, M. MONTEAGUDO, *RGD*, 1994, pág. 3977, P. PORTELLANO, *La imitación en el Derecho de la competencia desleal*, pág. 469-471, o J. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *RGD*, 1997, pág. 14346) Y asentamiento o implantación suficiente en el tráfico.

(16) En primer término, la prestación original posee la exigible singularidad competitiva si los rasgos o elementos imitados, por sus características intrínsecas, la diferencian respecto de las prestaciones de la misma naturaleza habituales en el sector y, en consecuencia, sirven al círculo de destinatarios para su identificación y reconocimiento (v. SSAP *Barcelona* 25-IV-1996 «Joyas Únicas del Amor», *Castellón* 14-XI-1996 «mobiliario de cocina system», o AAP *Barcelona* 12-V-1997 «lámpara Quadra Ice»; cfr. también SJPI *Almunia de Doña Codina* 25-XI-1992 «Panamá Jack»). El cumplimiento de estas funciones no depende de la novedad o de la originalidad de la prestación imitada; en especial, la singularidad competitiva de la prestación imitada no consiste en que se reúnan las condiciones exigidas para ser objeto de un derecho de propiedad industrial o intelectual (M. MONTEAGUDO, *RGD*, 1994, pág. 3973). Desde la perspectiva opuesta, no es menos cierto, sin embargo, que la singularidad competitiva puede ser excluida, en principio, en relación con las formas estandarizadas: las generalmente usadas en el sector (v. STS 5-VI-1997 «Vidal Sassoon/Neymi, Tayko», aunque referida a envases, y SSAP *Zaragoza* 7-X-1996 «sartenes», *Zaragoza* 1-XII-1997 «máquina exprimidora de frutas», *Barcelona* 25-III-1998 «cochecito de bebé»), así como en relación con las formas banales: las integradas por elementos geométricos simples o por combinaciones también simples de tales elementos. Ello no obstante, la combinación de elementos que carecen por sí y en principio de singularidad competitiva con otros elementos puede dar lugar a una forma dotada de fuerza individualizadora, así para un envase el color, material, etiqueta, estructura general, grafía... (v. SSAP *Toledo* 4-IV-1992 «vidal Sassoon/Iber Neutro», 5-V-1993 *Valencia* «Vidal Sassoon/Neymi y Tayko» —casada por STS 5-VI-1997—, *Valencia* 8-XI-1993 «Wyn Olis Co.»).

(17) Además de esta fuerza individualizadora intrínseca o singularidad competitiva, los rasgos o elementos configurativos de la prestación original han de servir efectivamente en el tráfico para identificar su origen empresarial, para diferenciarla respecto de las prestaciones de la misma naturaleza habituales en el sector (SAP *Toledo* 12-XII-1995 «prendas vaqueras»). A diferencia de la anterior, esta faceta de la singularidad competitiva tiene un importante componente fenomenológico: no sólo cuenta la aptitud de los rasgos imitados para identificar el origen empresarial de la prestación y diferenciarla de otras, sino también la importancia que sus destinatarios conceden a dicho origen; ello dificulta, pues, que la imitación de productos de consumo masivo, cuyo origen empresarial es irrelevante para el consumidor, pueda generar un riesgo de asociación.

(18) En segundo término, la prestación original tiene el necesario grado de penetración en el mercado si efectivamente es conocida en el tráfico (v. SAP *Barcelona* 31-I-1996 «Polo/Polo Sur») y es reconocida por sus destinatarios naturales, precisamente a través de los rasgos o elementos apropiados mediante la imitación (v. SAP *Toledo* 12-XII-1995 «prendas vaqueras»). No es preciso, por el contrario, que la prestación original tenga una especial calidad, fama, imagen o reputación entre los consumidores, ni tampoco que haya alcanzado un grado particularmente intenso de penetración en el mercado; si éste fuera el caso, podría concurrir un aprovechamiento indebido de la reputación ajena (art. 11.2 LCD).

iii La apreciación del riesgo de asociación.

(19) La protección frente a la imitación desleal no se fundamenta en la tutela de la singularidad de la prestación imitada, sino en la comprobación de que la imitación ocasiona o, una vez que su puesta en el comercio se produzca o tenga el alcance necesario, puede ocasionar riesgo de asociación con la prestación original; basta en este último sentido un peligro abstracto, una aptitud o potencialidad confusoria (v. SAP *Barcelona* 25-III-1998 «cochecito de bebé»), esto es, la asociación en el tráfico con un tercero, con la persona que con anterioridad ofrecía la prestación imitada (acertadamente, SJPI *Almunia de Doña Codina* 25-XI-1992 «Panamá Jack; v. también SSAP *Pontevedra* 4-IV-1995 «catálogo con máquinas para procesamiento de pescados», *Vizcaya* 3-XII-1996 «piezas de recambio de automóvil»).

(20) Para determinar la existencia de un riesgo de asociación en este ámbito debe considerarse la impresión del destinatario medio natural de la prestación en cuestión (v. STS 17-VII-1997 «etiquetas autoadhesivas», y SSAP *Madrid* 13-XII-1994 «catálogos de muebles de cocina», *Barcelona* 25-III-1998 «cochecito de bebé»), concretada según el grado de atención que normalmente presta al efectuar su adquisición. De ahí que por regla general, al menos en los casos que afecten a productos de consumo masivo y/o puestos a la venta en establecimientos de autoservicio, deba efectuarse un examen de conjunto en la forma y condiciones en que la prestación se ofrece al consumidor y deba asumir que la asociación ha de surgir sólo de la contemplación de la imitación y de la imagen que el consumidor guarda en su memoria de la prestación original, lo que exige un examen sintético e ideal y excluye la revisión pormenorizada de los detalles de la imitación y del original (v. STS 5-VI-1997 «Vidal Sassoon/Neymi, Tayko», SSAP *Toledo* 4-IV-1992 «Vidal Sassoon/Iber Neutro», *Valencia* 21-X-1997 «estuches para sábanas adaptables», aunque estos casos no se refieren a prestaciones sino a envases). A este propósito, deben igualmente considerarse todas las circunstancias concomitantes que puedan reforzar o reducir el riesgo de asociación, como el parecido entre la publicidad del imitador y del productor o distribuidor de la prestación imitada (SSAP *Barcelona* 9-XI-1994 «catálogos de juntas de estanqueidad»), la preexistencia de eventuales vínculos entre ambos (v. SAP *Barcelona* 14-II-1995 «dispositivo para el acondicionamiento del agua»)...

iv La evitabilidad del riesgo de asociación.

(21) La asociación ocasionada por la imitación que puede ser desleal es sólo la asociación evitable. El riesgo de asociación a través de la imitación, por lo tanto, es aceptable en los supuestos en que no puede ser evitado; de ahí, y además del debido respeto a las exigencias de coherencia sistemática que presiden la interpretación de este supuesto y que se exponen a continuación, que en los supuestos de apropiación de rasgos o elementos dotados de singularidad competitiva y suficientemente implantados en el tráfico sólo sea la imitación si el riesgo de asociación es de todo punto ineludible (no hay imitación posible sin riesgo de asociación, aunque no resulta especialmente fácil encontrar casos en los que así suceda puesto que en principio siempre parece posible ofrecer el producto imitado con empleo de envoltorios, embalajes... o, en general, presentaciones que permitan evitar el riesgo de asociación) o bien, cuando ello no sea de este modo, si se han tomado medidas adicionales para evitar el riesgo de asociación sobre el origen empresarial. En principio, podría pensarse que, en este último grupo de supuestos, la deslealtad sólo quedará excluida cuando las diferencias entre la prestación original y la imitada sean de tal orden que excluyan la eventualidad de un riesgo de asociación. Sin embargo, no está de más reiterar que la protección frente a la imitación confusoria no descansa en la tutela de la prestación original, sino en la comprobación de que la imitación depara o puede deparar un riesgo de asociación por parte de los consumidores. En este sentido, la prestación original no se beneficia de un ámbito de tutela análogo al dispensado por los derechos de propiedad industrial o intelectual sobre creaciones técnicas o estéticas, que atribuye a su titular facultades de exclusión (respecto a terceros) sobre el propio objeto del derecho. Antes bien, la vigencia del principio de libre imitación faculta al imitador para aproximarse e incluso para reproducir fielmente la prestación ajena, siempre que al tiempo adopte las medidas necesarias para impedir el riesgo de asociación de los consumidores (v. STS 17-VII-1997 «etiquetas autoadhesivas»). Para esto último ha de bastar, en principio, con poner el acento en la forma en que la imitación se ofrece al público y se pone en comercio, en particular exigiendo la colocación de indicaciones de presentación y el empleo de signos distintivos que revelen claramente la distinta procedencia empresarial de las prestaciones (v. SSAP Zaragoza 7-X-1996 «sartenes», Vizcaya 24-VII-1997 «mobiliario de terraza», Barcelona 25-III-1998 «cochecito de bebé»).

b (sigue) Especial consideración del riesgo de asociación en el caso de imitación de creaciones técnicas y estéticas

(22) Como continuación a lo anterior y como es obvio, la producción de un riesgo de asociación es criterio determinante de la deslealtad de la imitación igualmente válido, y merece una particular atención, en los casos de imitación de creaciones técnicas y estéticas. Ahora bien, la recta aprehensión y valoración del rol reservado a la represión de las imitaciones desleales en estos casos exige atender cuidadosamente al entero ordenamiento y, de modo especial, a los sistemas de protección jurídica de que puedan ser objeto dichas creaciones técnicas y estéticas. De otro modo, en efecto, se corre el peligro de alcanzar soluciones contradictorias con los principios y presupuestos a que responden tales sistemas de protección jurídica.

(23) Las creaciones técnicas y estéticas pueden, en principio, ser protegidas jurídicamente no solo mediante patentes, modelos de utilidad, modelos y dibujos industriales y artísticos y derecho de autor (esto es, como creaciones industriales e intelectuales), sino también a través del sistema de marcas, esto es, como signos distintivos. La necesidad de establecer una clara delimitación del ámbito objetivo propio de cada uno de estos sistemas de protección jurídica y, al mismo tiempo, una clara definición de sus relaciones se hace especialmente obvia cuando se repara en los diversos presupuestos, efectos, duración u objetivos de política legislativa que asumen

(y modelan los anteriores extremos). De definir los lindes entre los derechos de propiedad industrial específicamente diseñados para la protección jurídica de las creaciones técnicas y estéticas y el derecho de marcas se ocupa fundamentalmente la prohibición absoluta de registro contenida en el artículo 11.1. d) de la Ley de Marcas.

(24) Esta norma, en primer término, Cierra el acceso al sistema de marcas a los medios o signos cuya configuración se encuentre determinada por su función técnica. De este modo se evita que el sistema de marcas desborde sus funciones, convirtiéndose en una vía alternativa para la protección de las invenciones encarnadas en la particular configuración de un producto, con una doble burla del sistema de patentes (y modelos de utilidad); en efecto, la posibilidad de recurrir al sistema de marcas para proteger aquella clase de invenciones no sólo soslayaría, en particular, las normas sobre presupuestos de protección, procedimiento de concesión y protección temporal limitada propias de sistema de patentes (y modelos de utilidad), sino que además, y de otro lado, impediría que tras la terminación de la patente o modelo de utilidad la invención entrara en el dominio público, con la efectiva posibilidad de que los terceros aprovechen no sólo las ventajas técnicas de las invenciones antes protegidas, sino también sus posibilidades configurativas. De ahí que en el sistema de marcas no puedan hallar protección los signos o medios cuya forma venga determinada por su función técnica. A través de la correspondiente prohibición absoluta de registro, y cualesquiera que fueren las posibilidades de que se produjera una confusión respecto del origen empresarial en estos casos, el sistema de marcas hace propio y garantiza el principio de libre utilización de los exponentes del desarrollo técnico una vez finalizada la protección jurídica eventualmente atribuida por una patente (o modelo de utilidad). En la ponderación de los intereses en juego, pues, se impone el interés en el libre empleo de la técnica sobre el interés en la distinción de productos o servicios (C. FERNÁNDEZ NOVOA, *Derecho de marcas*, pág. 82 ss). Desde esta perspectiva, han de ver denegado su acceso al registro como marcas aquellos elementos configurativos de un producto que se encuentran condicionados estructuralmente por el propósito perseguido y no puedan ser objeto de una elección arbitraria, esto es, de aquellos elementos configurativos que cumplan una precisa función práctica que no pueda ser alcanzada con el empleo de otras formas de efecto y valor equivalente. Esto último obliga a examinar, en primer lugar, el condicionamiento técnico y la arbitrariedad de la particular configuración formal en el marco de la concreta regla o solución al problema técnico que determinó su desarrollo; resulta irrelevante si el mismo efecto técnico pudo alcanzarse con ayuda de otra regla. Y obliga a examinar, en segundo lugar, la presencia de configuraciones formales alternativas, siempre dentro de la concreta regla o solución técnica, tanto en atención a su función como a los costes de realización. Sólo cuando las formas condicionadas técnicamente puedan ser sustituidas por otras equivalentes podrán ser protegidas como marcas. No puede desconocerse que este criterio de determinación de los signos o medios cuya configuración formal viene impuesta por razones de orden técnico generará dificultades en la práctica; frecuentemente será preciso recurrir a dictámenes periciales para clarificar la existencia de variantes con un efecto técnico y costes económicos equivalentes.

(25) Desde otra perspectiva, se prohíbe igualmente el registro como marca de los signos o medios cuya forma venga impuesta por la naturaleza de los propios productos [art. 11.1 .d) LM]. Esta prohibición será de aplicación cuando la forma tridimensional solicitada sea, precisamente, la forma que habitualmente tienen los productos para los que se pretende el registro de marca en cuestión (C. FERNÁNDEZ-NOVOA, ob. cit. últ., pág. 84). De este modo se persigue un propósito análogo al de la prohibición absoluta relativa a las denominaciones genéricas [art. 11.1º.a) LM]: evitar que, a través del registro de una marca, se erija una barrera de acceso que dificulte o incluso impida a los terceros entrar en el mercado correspondiente.

(26) Finalmente, la prohibición de registro de los signos o medios cuya forma confiera un valor sustancial al producto [art. 11.1 .d) LM] contiene la definición legal de las relaciones entre el sistema de marcas y la protección jurídica del diseño industrial. Como punto de partida, se reconoce de modo prácticamente unánime la posibilidad de que concurren la protección del sistema de marcas y la concedida por los modelos y dibujos industriales y artísticos o por el derecho de autor cuando la configuración del signo o medio en cuestión tenga una dimensión creativa o estética (J. M. OTERO, *El modelo industrial*, pág. 440 ss.). Sin embargo, no se ha precisado con claridad si y en qué medida las valoraciones contenidas en las normas del Estatuto sobre Propiedad Industrial relativas a modelos y dibujos industriales y artísticos y en la Ley de Propiedad Intelectual influyen en la posibilidad de proteger de estas configuraciones estéticas mediante el Derecho de marcas. En principio, el registro del diseño industrial como marca podría ampliar su protección de una forma incompatible con las restricciones materiales (requisitos positivos de protección) y temporales contenidas en las leyes especiales reguladoras de la protección jurídica de las creaciones estéticas (J. M. OTERO, ob. últ. cit., pág. 444). Estas restricciones expresan el equilibrio establecido por el legislador entre el interés del creador de la obra y los intereses de la colectividad (que consisten precisamente en que la generalidad pueda disponer de nuevas formas externas para aplicarlas a los productos). De ahí que no parezca aceptable proteger el diseño industrial a través del sistema de marcas con afectación negativa de este equilibrio de intereses, y en particular donde se haya excluido expresa e intencionadamente su protección. Desde otra perspectiva, sin embargo, no cabe olvidar que esta conclusión probablemente desincentivaría que los agentes económicos dotaran a sus signos de un contenido estético que alcanzara los requisitos materiales exigidos para la protección del diseño industrial como dibujo o modelo industrial o artístico o como obra de derecho de autor. Ahora bien, la legislación sobre propiedad intelectual y sobre modelos y dibujos industriales o artísticos se ocupa sólo de la creación estética en cuanto tal. Por lo tanto, únicamente existirá un riesgo de colisión entre la protección temporal restrictiva de los sistemas específicos para la protección del diseño industrial y la protección en principio ilimitada del sistema de marcas en aquellos supuestos en que una creación estética alcanzara un valor autónomo en el tráfico económico. Una concreta configuración estética no podrá ser protegida por el sistema de marcas sólo cuando el elemento decisivo para la valoración del producto entre los círculos interesados sea la impresión estética generada por la configuración formal. Dicho con otras palabras, digna de protección como marca será aquella configuración estética que pueda ser apreciada como un signo distintivo del producto; no lo será en cambio la que constituya la esencia del producto, la que determine la impresión estética general del mismo. La protección de la creación estética en cuanto tal no es objeto del sistema de marcas, sino de los modelos y dibujos industriales o artísticos y del derecho de autor.

(27) La tipificación de la imitación como acto de competencia desleal que gravita en torno al riesgo de asociación lejos de enturbiar el modelo de relaciones establecido legalmente entre el sistema de marcas, de un lado, y, de otro, los sistemas de protección de las creaciones industriales e intelectuales, constituye el cierre lógico del mismo, salvaguardando la transparencia en el mercado y, con ella, los intereses más afectados por los fallos existentes en este ámbito, como son los intereses de los consumidores y el interés público. En efecto, como ha quedado expuesto, el conflicto entre la protección de creaciones técnicas o estéticas mediante derechos de exclusiva limitados temporalmente y la protección indefinidamente renovable de esas mismas creaciones como marcas, se resuelve normativa mente mediante una prohibición absoluta que veda el acceso al Registro de Marcas a determinadas creaciones técnicas o estéticas, aunque no a todas. De esta suerte, el legislador, consciente de que las creaciones afectadas por la prohibición de registro establecida en el artículo 11.1 .d) de la Ley de Marcas pueden poseer capacidad distintiva y aún a riesgo de que su imitación, llegado el caso,

genere confusión entre los consumidores, sacrifica su tutela a través del sistema de marcas a fin de asegurar que la generalidad estará en condiciones de utilizarlas una vez finalizado el plazo de vigencia de los correspondientes derechos exclusivos. Ahora bien, tal sacrificio sólo consiste en la imposibilidad de obtener un derecho subjetivo de exclusión pero no en la total desprotección frente a la confusión. De que esto no sea así se encarga precisamente la legislación contra la competencia desleal, y en particular la represión de la imitación desleal. Dicho en otros términos, se renuncia a combatir la confusión derivada de la explotación de creaciones técnicas y estéticas ajenas sobre bases normativas o abstractas, pero no a hacerlo sobre bases fácticas. Cabe, en efecto, el recurso a la acción de competencia desleal frente a la imitación que genere asociación evitable en dos grupos de casos: en primer lugar, cuando la imitación tenga por objeto creaciones técnicas o estéticas que, pese a no incurrir en la prohibición del artículo 11.1 .d) de la Ley de Marcas, han permanecido ajenas al sistema de marcas, siempre que efectivamente sirvan para remitir a una concreta fuente de procedencia empresarial; en segundo lugar, cuando la imitación se proyecte sobre creaciones de valor sustantivo afectadas por aquella prohibición pero que son efectivamente percibidas en el mercado como indicativas de una determinada procedencia empresarial.

(28) La deslealtad de las imitaciones de creaciones industriales y estéticas que puedan generar un riesgo de asociación evitable no se establece en el primero de estos supuestos de forma tan amplia que duplique la protección ofrecida por el sistema de marcas para esta clase de signos o medios distintivos. Ello es exigencia directa del principio de libre imitación, que acaba por limitar la protección ofrecida por la represión de la competencia desleal únicamente a las formas externas que logran superar el riguroso examen de mérito competitivo: singularidad competitiva e implantación suficiente en el tráfico. No basta, por lo tanto, que la forma externa por su estructura no resulte afectada por la prohibición de registro como marca y en consecuencia que se reconozca legalmente adecuada para indicar la procedencia empresarial de la correspondiente prestación, para que su imitación provoque un riesgo de asociación desleal; éste es efecto que no se halla en la naturaleza de las cosas, sino que emana de las particulares circunstancias de hecho que se dan cita en cada caso.

(29) Tampoco la represión de la imitación de las formas técnicas y estéticas indicadas en segundo lugar como actos desleales contradice la prohibición absoluta establecida en el sistema de marcas: el recurso a la represión de la competencia desleal contra la imitación de esta clase de prestación debe salvaguardar la libre disponibilidad de las correspondientes creaciones técnicas y estéticas (exigencia ineludible del principio de libre imitación) y, al mismo tiempo, impedir que la imitación pueda provocar equivocaciones entre los consumidores acerca de su origen empresarial. En esta clase de creaciones, en efecto, concurre un doble atributo: sustantivo, en cuanto que poseen valor técnico o estético, y distintivo, por cuanto trasladan a los consumidores una cierta información acerca de la procedencia empresarial (*v.* *SAP Barcelona 25-IV-1996 «Joyas Únicas del Amor»*). Pues bien, la tutela mediante la legislación contra la competencia desleal del primer atributo es ciertamente incompatible ya sea con la norma prohibitiva incorporada al sistema de marcas, ya sea (concurrente o subsidiariamente) con la vigencia del principio de libre imitación; no así, en cambio, la tutela del atributo distintivo. Los problemas que esta distinción plantea se resuelven con facilidad mediante los conceptos de evitabilidad/inevitabilidad del riesgo de asociación. Es lícito reproducir creaciones técnicas o estéticas no amparadas por derechos de exclusiva siempre que se adopten las medidas necesarias para evitar el riesgo de asociación. Obviamente, estas medidas no exigen el distanciamiento respecto de la prestación imitada (ello vaciaría de sentido el principio de libre imitación), sino la incorporación de elementos que pongan claramente de manifiesto la diversa procedencia empresarial (en esta línea, *SAP Vizcaya 24-VII-1997 «mobiliario de terraza»*). Si no se adopta medida alguna, o si las adoptadas son insuficientes, la imitación habrá de reputarse desleal porque la

asociación entre prestaciones era evitable. En fin, fruto de la ponderación y equilibrio de esta regla es la salvaguarda de la libre disponibilidad de las creaciones técnicas y estéticas no tuteladas por derechos de exclusiva, al tiempo que se evitan las equivocaciones de los consumidores respecto de su procedencia empresarial.

c Aprovechamiento indebido de la reputación ajena

i Alcance del aprovechamiento indebido de la reputación ajena en materia de imitación.

(30) La imitación que comporta un aprovechamiento indebido de la reputación ajena es un supuesto de hecho cuyos contornos no son fáciles de deslindar, sea respecto de la imitación que genera un riesgo de asociación con la prestación imitada (con la que puede concurrir o no), sea respecto de la explotación indebida de la reputación ajena mediante acciones distintas de la imitación, en especial frente a la ocasionada por la forma de presentar y poner en el mercado la prestación imitada (supuesto de hecho con el que también puede o no concurrir). La particular tipificación de este supuesto de imitación desleal se explica por los mismos motivos de orden sistemático y técnico antes expuestos en relación con la imitación desleal por generar un riesgo de asociación. Como en este caso, la tipificación de la imitación desleal por aprovechamiento indebido de la reputación ajena convive con un tipo genérico específicamente dedicado a la explotación de la reputación ajena (art. 12 LCD). Respecto de este supuesto se separa en su ámbito objetivo: la imitación desleal está reservada a los supuestos en los que el aprovechamiento indebido de la fama ajena se produce a través de la reproducción de prestaciones, y no del solo empleo de signos distintivos de cualquier clase (que, se entiende, no son prestaciones en el sentido del término manejado legalmente), así como también se separa en las condiciones de deslealtad: no cualquier aprovechamiento indebido de la fama ajena ocasionado por la imitación es desleal, sino sólo el aprovechamiento indebido que es evitable (conforme, P. PORTELLANO, *La imitación en el Derecho de la competencia desleal*, pág. 528-530).

(31) El fundamento de la deslealtad de la imitación por aprovechamiento indebido de la reputación ajena no estriba en que la (frecuente) mediana o baja calidad de la imitación pueda ser valorada en el tráfico como un cambio de rumbo en la política comercial del creador de la prestación imitada. Esta situación presupone que el consumidor atribuye erróneamente la prestación imitada al pionero, lo que obligaría a volver de nuevo la vista a la figura de la imitación confusoria (de hecho, no habría necesidad de apartarla de ella) y evitaría recurrir a este supuesto específico (o tipificarlo como acto de competencia desleal). La conducta desleal a que hace referencia el aprovechamiento de la reputación ajena hunde sus raíces entre los actos parasitarios y de obstaculización. Bajo el primer aspecto, el imitador se vale del prestigio y fama alcanzados por la prestación original para penetrar en un segmento del mercado distinto del propio de la prestación original y crear en dicho segmento una demanda específica para su prestación en cuanto reconocida imitación de la prestación afamada. La imitación, pues, se hace un hueco en el mercado gracias a su identidad o similitud sustancial con la prestación imitada, y lo logra entre una demanda que reconoce que la imitación no es la prestación original, entre una demanda que no integra su clientela natural pero que conoce su prestigio y fama. Bajo el segundo aspecto, de modo habitual el aprovechamiento de la reputación ajena que comporta la imitación estará en condiciones de impedir al tercero afectado el normal desenvolvimiento de su actividad en el mercado, cuando no ocasiona directamente la pérdida de la reputación [v. **Art. 12 (3)**].

ii Los supuestos del aprovechamiento de la reputación ajena.

(32) Para que la imitación pueda originar un aprovechamiento de la reputación ajena será preciso, en primer término, que la prestación original posea singularidad competitiva y goce de reconocimiento en el tráfico a través de los rasgos o elementos imitados en el sentido expuesto con anterioridad respecto de la imitación que genera un riesgo de asociación [v. **(15)** a **(19)**]. Además habrá de poseer una calidad superior a la media del sector igualmente asentada en el tráfico, de modo que entre los destinatarios naturales de la imitación (y no sólo entre los del original) tenga el original efectiva y generalizadamente una imagen de calidad y buen nombre (v. *SAP Barcelona 14-III-1995* «dispositivo para el acondicionamiento del agua»).

iii Las circunstancias determinantes de la deslealtad de la imitación que comporta el aprovechamiento de la reputación ajena.

(33) A estos efectos, el aprovechamiento de la reputación ajena consiste en la usurpación, en este caso lograda a través de la misma reproducción de la prestación original, del crédito y buen nombre asociado a la prestación original para introducir o afianzar la propia oferta en el mercado. Ahora bien, el aprovechamiento de la reputación ajena que permite la imitación de las prestaciones de un tercero no es desleal en todo caso, sino sólo en la medida en que es indebido y evitable. Como tendrá ocasión de explicarse al tratar de los actos de explotación de la reputación ajena [v. **Art. 12 (19)** y **(20)**], el carácter indebido del aprovechamiento tiene un sentido fundamentalmente negativo: inexistencia de amparo legal que justifique el aprovechamiento de la reputación ajena derivado en este caso de la imitación.

(34) En relación con las condiciones en que el aprovechamiento de fama ajena es evitable vale en esencia lo dicho respecto del riesgo de asociación: la imitación sólo es desleal si el imitador pudo adoptar medidas para evitar el aprovechamiento de la reputación ajena y le era exigible dicha adopción. Ahora bien, debido a que la conducta típica no se ubica entre los actos de confusión, difícilmente el imitador podrá evitar el juicio de deslealtad añadiendo signos distintivos propios, pues sencillamente no se trata aquí de excluir la posibilidad de confusión; antes bien, generalmente sólo el apartamiento respecto de los rasgos peculiares de la prestación original, y en particular respecto de aquellos a los que se asocia la reputación permitirá enervar el juicio de deslealtad. Únicamente parece posible no exigir al imitador semejante esfuerzo por alejarse de la prestación original —en otras palabras: sólo parece inevitable el aprovechamiento de la fama ajena—en aquellos casos en los que la imitación tenga por objeto formas condicionadas técnicamente por el propósito perseguido que no sean susceptibles de elección arbitraria, o bien formas condicionadas por la naturaleza de los propios productos. En cambio, aquel esfuerzo de distanciamiento respecto de la prestación reputada es siempre posible y, por tanto, exigible cuando se trate de la imitación de creaciones técnicas que puedan ser registradas como marcas y de creaciones estéticas, donde los competidores gozan siempre de un amplio margen de variación, aun dentro de lo que sea comercialmente razonable a la vista de los gustos del público y de las tendencias del mercado [lo apunta J. M.^a DE LA CUESTA, en A. BERCOVITZ (coord.), *La Regulación contra la Competencia Desleal*, pág. 45]. En estos casos, además y a diferencia de cuanto ocurre para las formas condicionadas por la naturaleza de los propios productos o por el propósito técnico perseguido (y no susceptibles de elección arbitraria), el imitador no podrá esgrimir ninguna justificación atendible para su conducta, como no sea la de verse privado del recurso a la fama de otro para obtener el éxito (inmerecido y, por tanto, ineficiente) de las propias prestaciones. Considerada en su conjunto, esta regla no es, sin embargo, inconciliable con la vigencia del principio de libre imitación de prestaciones no protegidas por derechos de exclusiva, por más que parece atribuir a quien logra una creación estética reputada o una creación técnica registrable como marca igualmente afamada el aprovechamiento exclusivo (y temporalmente ilimitado) de la prestación, en perjuicio del

interés de los competidores a servirse de la misma en el mercado. En efecto, no puede olvidarse que, en estos casos, la legislación de competencia desleal no tutela la concreta creación técnica o estética que, en cuanto tal, es libremente imitable, sino que únicamente impide al imitador el recurso a la fama que ésta atesora para obtener el éxito (inmerecido) de sus propias prestaciones. Adviértase, por lo demás, que la tutela tampoco es (temporalmente) irreversible, toda vez que la misma sólo puede operar mientras que la prestación original incorpore fama o prestigio.

d El aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno

(35) La introducción del aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno como factor de deslealtad de la imitación abre un franco portillo a la utilización de la protección contra la competencia desleal como mecanismo para la protección jurídica de las prestaciones que no son objeto de un derecho de exclusión (v. SAP *Barcelona* 14-III-1995 «dispositivo para el acondicionamiento del agua»). Pero es preciso evitar toda interpretación que conduzca a reconocer un principio general de protección de la mera inversión y, por ello, hacer una interpretación y aplicación restrictiva de este criterio de deslealtad (ampliamente, P.PORTELLANO, *La imitación en el Derecho de la competencia desleal*, pág. 55 ss.). A ello obliga el propósito liberalizador que ha guiado al legislador en esta materia, plasmado en el condicionamiento de la deslealtad de la imitación a lo indebido del aprovechamiento del esfuerzo ajeno. Con ello, la deslealtad de la acción se desplaza desde el valor intrínseco del esfuerzo (por tanto, también de la inversión) hacia el modo en que se disfruta el esfuerzo ajeno (v. SSAP *Madrid* 13-XII-1994 «catálogos de muebles de cocina», *Vallado- lid* 26-V-1997 «Flexibreaks Internacional, S. A.»).

(36) En todo caso, y antes de entrar a analizar el modo en que la imitación permite aprovechar el esfuerzo ajeno, debe concurrir un presupuesto previo de carácter negativo: la prestación imitada no debe haber sido objeto de un derecho de exclusiva ya extinguido por el transcurso del tiempo, al menos cuando la acción combatida quede comprendida en su ámbito objetivo. De otro modo, en efecto, se introduciría una fractura sistemáticamente inaceptable en los correspondientes sistemas de protección jurídica, todos ellos basados, en esencia y sin perjuicio de que puedan estar influidos por otras motivaciones político-legislativas, en la recompensa del esfuerzo creativo mediante derechos de exclusiva que se conceden sólo con carácter limitado y con el objetivo último de propiciar el enriquecimiento de las creaciones industriales y estéticas disponibles para el público en general.

(37) El modo en que se aprovecha el esfuerzo ajeno determina la deslealtad de la imitación sólo en la medida en que rompe la *par conditio concurrentium*, y en particular en la medida en que el imitador eluda los costes correspondientes a la creación y comercialización de la prestación de que se trate truncando el proceso de innovación (fundadamente, P.PORTELLANO, *La imitación en el Derecho de la competencia desleal*, pág. 116-120). Siendo esto así, es un aprovechamiento indebido *per se* la apropiación inmediata de las prestaciones ajenas, entendida como reproducción de las prestaciones originales mediante el empleo de especiales medios técnicos que permitan la multiplicación del original a bajo coste [v. J. M.^a DE LA CUESTA, en A. BERCOVITZ (coord.), *La Regulación contra la Competencia Desleal*, pág. 43-44, M. MONTEAGUDO, *RGD*, 1994, pág. 3986, E. BOET, *RDM*, 1994, pág. 536-539, o P.PORTELLANO, *La imitación en el Derecho de la competencia desleal*, pág. 111]. El tipo no exige que la creación imitada deba presentarse en un soporte físico (v. *gr.*: discos, libros, etc.); a estos efectos la deslealtad puede surgir tanto si la prestación reproducida se materializa sobre un soporte físico, como si se plasma en un objeto intangible (v. *gr.*: emisión de ondas). Que la imitación haya sido realizada mediante un procedimiento de reproducción de aquellas características no es, empero, suficiente para fundamentar

la deslealtad. Se requiere, además, que los costes de producción de la prestación original sean sustanciales, puesto que sólo en esta hipótesis puede afirmarse que la imitación ha comportado una desventaja significativa para su creador. De forma consecuente con la finalidad de la norma, la imitación desleal requiere, desde la perspectiva del imitador, que éste haya logrado un ahorro notable de costes. La apropiación inmediata de la prestación sin aportar el esfuerzo y los costes que supone su recreación, trae la destrucción de la posición ganada por otro en el mercado (el pionero) sin que ello responda en lo más mínimo a la eficiencia de la propia actuación: los medios de reproducción empleados, que están al alcance de cualquiera, repiten tal cual la prestación ajena, evitan todo coste de desarrollo, suprimen la ventaja temporal del que se adelantó en la creación y lanzamiento al mercado de nuevas prestaciones y desincentivan la innovación en el mercado (en esta línea, SAP *Pontevedra* 4-IV-1995 «catálogo con máquinas para procesamiento de pescados»). El apoyo de la norma en los costes de creación y de imitación ofrece, en definitiva, un criterio claro para discernir la lealtad o deslealtad de la práctica: sólo cuando la conducta del imitador depare al creador una seria desventaja comercial provocada por una imposibilidad o grave dificultad de amortizar sus costes de creación podrá afirmarse la deslealtad de la práctica (en este sentido, P.PORTELLANO, ob. últ. cit., pág. 136, con sólido apoyo en la literatura alemana).

(38) Son también supuestos de aprovechamiento del esfuerzo ajeno la ejecución de resultados del trabajo de un tercero (que no son *de facto* objeto de derecho de exclusión, aunque pudieran serlo, *ad ex*: invención de procedimiento, proyectos y planos de obras arquitectónicas o de ingeniería carentes de originalidad...) a los que se accede en el marco de relaciones prenegociales posteriormente no formalizadas (y que no son secretos, pues en este caso se entra en la órbita del art. 13 LCD) o que son proporcionados por un tercero que dispone de ellos en forma ilegítima (aunque sean secretos, pues en este caso, y salvo que se participe en su obtención ilegítima, no se entra en el supuesto de hecho de la violación de secretos del art. 13 LCD).

(39) En cambio, no comporta aprovechamiento indebido la imitación que sólo se sirve de la prestación ajena como modelo para configurar la propia prestación o la que se halla precedida de una descompilación para averiguar la regla técnica subyacente; en ambos casos, y gracias a un esfuerzo propio, la prestación propia incorpora la idea original ajena, que es libre (para el caso de obras protegibles mediante derecho de autor, *cf.* art. 9.2 ADPIC, y SSTS 20-II-1992 «Arte Románico en Zamora», 7-VI-1995 «cuadernos pedagógicos», y para el caso particular de los programas de ordenador *cf.* art. 100 LPI).

e La finalidad predatoria

(40) La finalidad predatoria de la imitación radica en su carácter sistemático y en su integración en una estrategia encaminada a impedir u obstaculizar el asentamiento de un competidor en el mercado. La sistematicidad de la imitación supone en todo caso su carácter plural, sin que sea atendible la obstaculización generada por la imitación de una prestación o iniciativa singular. Y ello aunque no pueda descartarse que la imitación de una sola prestación o iniciativa pueda efectivamente obstaculizar a su creador. En efecto, el reproche de deslealtad exige la repetición, puesto que de otro modo se propiciaría una aplicación expansiva del fundamento de deslealtad (obstaculización) en detrimento del principio de libre imitabilidad (*v.* M. LOBATO, *RDPr.* , 1992, pág. 763, o P.PORTELLANO, *La imitación en el Derecho de la competencia desleal* , pág. 236-241).

(41) La segunda nota que caracteriza al tipo legal es la coordinación. En este sentido, no basta la mera reiteración de la imitación; antes bien, es preciso que las diversas imitaciones se hallen relacionadas y dirigidas a obstaculizar la posición del competidor

(v. SAP *Madrid* 13-XII-1994 «catálogos de muebles de cocina»). Por virtud de este requisito, imitaciones que singularmente consideradas no resultaran objetables conforme a los demás criterios de deslealtad del artículo 11 de la Ley de Competencia Desleal, pueden ser sancionadas en su conjunto.

(42) Al definir el objeto de la imitación predatoria el legislador recurre nuevamente a los términos «prestaciones» e «iniciativas». Caben aquí, por lo tanto, productos, servicios, formas de publicidad, métodos de venta y organización, etc. A estos efectos, carece de relevancia la singularidad competitiva de la prestación o iniciativa y, por definición, su penetración en el tráfico [J. M.^a DE LA CUESTA, en A. BERCOVITZ (coord.), *La Regulación contra la Competencia Desleal*, pág. 46, o C. LEMA y J. GÓMEZ MONTERO, *Actualidad Civil*, 1995, pág. 650]; basta, por el contrario, con que la imitación sistemática y coordinada se cebe en prestaciones y/o iniciativas novedosas que procuren al imitado una ventaja competitiva y puedan servirle para afianzarse en el mercado.

(43) En fin, y consecuentemente con el fundamento de deslealtad, la imitación es una práctica predatoria si concurren una pluralidad de factores. La imitación debe comportar una reacción inmediata a la aparición en el mercado de toda nueva prestación o iniciativa de un competidor. En este sentido, la inmediatez debe juzgarse atendiendo al tiempo de implantación de la prestación pionera: la mayor velocidad de implantación determinará que la obstaculización sólo acontezca de mediar una imitación correlativamente veloz; así como atendiendo también al período de vida comercial de la prestación pionera: cuanto más breve sea, antes habrá de ser imitada para lograr la obstrucción (P. PORTELLANO, *La imitación en el Derecho de la competencia desleal*, pág. 253). Además, la imitación sólo será desleal si carece de justificación competitiva, esto es, si excede la respuesta normal de mercado ante las innovaciones. De este modo, se da cabida a un criterio manejado en el ámbito del Derecho de defensa de la competencia que atiende a los efectos de la conducta del imitador en la estructura de mercado (valorando la legitimidad de la estrategia de reacción según sus costes, nivel de desarrollo tecnológico y reasignación de recursos), con el solo objeto de reprimir la conducta de aquellos que esconden pretensiones de monopolización o de protección de la posición monopolista. A resultas de esta exigencia, sólo será desleal la imitación sistemática de una gran empresa respecto a las prestaciones e iniciativas de otra de tamaño menor (en esta línea, fundadamente, P. PORTELLANO, ob. últ. cit., pág. 224-226). En último término la imitación tiene que ser apta, y en ello influye también la concurrencia con otras prácticas entre las que se cuenta la propia naturaleza de la imitación, para obstaculizar seriamente la acción de un tercero en el mercado y, así, mermar su capacidad competitiva.

Artículo 12. EXPLOTACIÓN DE LA REPUTACIÓN AJENA

Se considera desleal el aprovechamiento indebido, en beneficio propio o ajeno, de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado.

En particular, se reputa desleal el empleo de signos distintivos ajenos o de denominaciones de origen falsas acompañados de la indicación acerca de la verdadera procedencia del producto o de expresiones tales como «modelo», «sistema», «tipo», «clase» y similares.

Bibliografía

J. M.^a DE LA CUESTA, «Supuestos de competencia desleal por confusión, imitación y aprovechamiento de la reputación ajena», en A. BERCOVITZ (coord.), *La regulación contra la competencia desleal en la Ley de 10 de enero de 1991*, BOE-Cámara de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 1992, pág. 35 ss.; C. FERNÁNDEZ NOVOA, *Estudios de Derecho de la Publicidad*, Homenaje da Facultade de Dereito o Autor Dr. Carlos Fernández Novoa, Catedrático de Dereito Mercantil, nos XXV anos de cátedra, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1989; C. LEMA, «La publicidad desleal: modalidades y problemas», *RGD*, núms. 562-63, 1991, pág. 6135 ss.; C. LEMA y J. GÓMEZ MONTERO, «Actos de competencia desleal por imitación y explotación de la reputación ajena», *Actualidad Civil*, 1995, núm. XXXI, pág. 643 ss.; A. TATO, «La publicidad ilícita en la jurisprudencia y en la doctrina del Jurado de la Publicidad», *AAP*, núm. 27, 1999, pág. 16 ss.

Doctrina-comentario

Sumario:

- 1. Introducción
- 2.2. Encuadramiento sistemático
- 3. La acción relevante
- 4. La determinación del aprovechamiento de la reputación ajena
 - a. La reputación del signo
 - b. La implantación del signo
 - c. El esfuerzo realizado para propiciar la reputación del signo
 - d. Proximidad competitiva
 - e. Aprovechamiento indebido
- 5. Grupos de casos
 - a. Utilización de términos o expresiones asociativas
 - b. Utilización de una marca ajena en relación con accesorios o recambios
 - c. Utilización de indicaciones relativas a la existencia de relaciones con un tercero
- 6. Excursus. La protección de la marca renombrada
 - a. Aproximación al concepto de marca renombrada
 - b. El aprovechamiento de la reputación de la marca renombrada
 - c. La lesión del renombre
 - d. El riesgo de dilución

1 INTRODUCCIÓN

(1) En el Derecho español contra la competencia desleal, la explotación de la reputación ajena ha sido tradicionalmente objeto de una tipificación separada de la dedicada a los actos de confusión. En la primera normativa sobre competencia ilícita, se definió y sancionó, en efecto, el empleo no autorizado de indicaciones tales como «preparado según la fórmula de...» o «con arreglo al procedimiento de fábrica de...» salvo que fueren de dominio público [art. 132 .g) LPInd.], y asimismo se tipificó como acto de competencia ilícita el anunciarse, de modo general y contrario a la realidad de los hechos, como depositario de un producto nacional o extranjero [art. 132 .f) LPInd], en lo que se entendieron comprendidos ciertos supuestos de aprovechamiento de fama ajena [c. FERNÁNDEZ NOVOA, «La interpretación jurídica de las expresiones publicitarias. Introducción al estudio de los problemas generales de la publicidad», *RDM*, núm. 107, 1968, pág. 13 ss., pero manejamos la reproducción de este artículo publicada en C. FERNÁNDEZ NOVOA, *Estudios de Derecho de la Publicidad*, pág. 57 ss.]. Mucho más adelante se incorporó el aprovechamiento de la reputación ajena al catálogo de actos de competencia desleal, en términos sustancialmente equivalentes a los vigentes en la actualidad, en el fallido intento de la Ley de Marcas [art. 88 .e) LM].

(2) Ahora la explotación de la reputación ajena es acto que merece un tipo particular en el catálogo de actos de competencia desleal (art. 12 LCD). Como ya se advirtió, este tipo convive con el dedicado a la imitación cuya deslealtad radica en el indebido aprovechamiento de la reputación ajena (art. 11.2 LCD). Además, entre los actos de publicidad desleal se ha tipificado expresamente un supuesto de explotación de la reputación ajena conocido como publicidad adhesiva (C. LEMA, *RGD*, 1991, pág. 6147-6148): publicidad que conlleva un uso no justificado de la denominación, siglas, marcas o distintivos de otras empresas o instituciones [art. 6 .b) LGP].

2 ENCUADRAMIENTO SISTEMÁTICO

(3) La explotación de la reputación ajena constituye uno de los supuestos clásicos y característicos de deslealtad frente al competidor. Bajo este aspecto, su ilicitud se funda en el recurso a la fama o reputación ajenas para presentar la propia oferta en el mercado y atraer así a la clientela (en este sentido, expresamente, SAP *Málaga* 3-VI-1997 «perfumes de Chanel», y SJPI *La Almunia de Doña Godina* 25-XI-92 «Panamá Jack»; en doctrina, J. M.^a DE LA CUESTA, en A. BERCOVITZ, *La Regulación contra la Competencia Desleal*, pág. 48, o C. LEMA y J. GÓMEZ MONTERO, *Actualidad Civil*, 1995, pág. 651), de donde se sigue o puede seguir una doble ineficiencia: el expolio del esfuerzo de un tercero y la obstaculización de su actividad. En el primer sentido, los actos de aprovechamiento de la reputación ajena permiten una apropiación ilegítima de lo que en definitiva no es sino el resultado del esfuerzo ajeno (pues no en vano la creación y mantenimiento de la reputación no es fruto de la casualidad, sino de cuidadas e intensas estrategias cuya puesta en práctica requiere importantes inversiones en términos de costes y tiempo), y por tanto un asalto o usurpación de la ventaja concurrencial ganada por un tercero con dedicación y empeño y a la que no tiene acceso la generalidad de los operadores de mercado [en esta línea AAP *Barcelona* 6-VII-1998 «galletas (II)»]. En el segundo sentido, y en su caso sobre lo anterior, los actos de aprovechamiento de la reputación ajena impiden al tercero afectado el normal desenvolvimiento de su actividad en el mercado, el pacífico disfrute de las oportunidades de negocio que procura la propia reputación en el segmento del mercado en que opera, cuando no le exponen derechamente a su pérdida como consecuencia de su usurpación y prevalencia por otro para entrar en segmentos distintos del mismo mercado.

(4) Al fundamento de la represión del aprovechamiento indebido, sin embargo, no son del todo ajenas consideraciones propias de la deslealtad frente a los consumidores, y en particular la evitación y sanción de la puesta en circulación de información incorrecta. En efecto, la reputación es igualmente una fuente de información para el mercado, y los

elementos a que se encuentra asociada y cuya utilización se halla en la base de la explotación de la reputación ajena son mecanismos de transmisión de información, que el consumidor valora en un doble momento: en el momento de formar sus preferencias y adoptar sus decisiones en el mercado (sobre la importancia de la reputación para superar las carencias informativas en el mercado, M. MONTEAGUDO, *La protección de la marca renombrada*, pág. 60-64), y posteriormente, transmitiendo socialmente una determinada imagen que el consumidor quiere ofrecer de sí mismo. Siendo ello así, la reputación no sólo constituye un destacado activo concurrencial sino que, desde la óptica de los consumidores y del funcionamiento del mercado, promueve también sin duda la racionalidad de la conducta del consumidor (pues no hay razón para suponer que la calidad, la moda, el esnobismo..., por más que alguno pueda atreverse a considerarlos discutibles o poco igualitarios, no contribuyen también a definir, tanto como cualquier otro factor de corte más objetivo, una conducta racional en términos de maximización de utilidades). En consecuencia, no parece arriesgado sostener que la explotación de la reputación ajena, junto al aspecto tradicionalmente destacado de deslealtad contra los competidores, combina, al menos bajo ciertas condiciones, otros más próximos a la deslealtad de los consumidores, como sucede en el caso de que pueda producirse el fraude de sus expectativas. Todo ello, evidentemente, es ajeno a las nociones de confusión o engaño; de ahí la necesidad de un tipo propio.

(5) Los términos en que está tipificada con carácter general la explotación de la reputación ajena en el párrafo primero del artículo 12 de la Ley de Competencia Desleal son lo suficientemente amplios como para comprender esta compleja dimensión o efecto desleal. Sin embargo, la inclusión del aprovechamiento indebido de la reputación ajena entre las circunstancias determinantes de la deslealtad de la imitación [v. **Art. 11 (30) a (34)**] determina, por la naturaleza misma de las cosas, que *prima facie* los supuestos de hecho en que el aprovechamiento de la reputación ajena dé lugar a un expolio del esfuerzo y una obstaculización de la actividad ajenas deban enjuiciarse como actos de imitación, por lo que el artículo 12 de la Ley de Competencia Desleal difícilmente encontrará aplicación en la práctica para estos grupos de casos. En efecto y al margen del propósito de ordenar de forma sistemática el catálogo legal de actos de competencia desleal, la tipificación dual de lo que, en última instancia, es un mismo ilícito se explica porque cada uno de estos tipos posee un distinto ámbito objetivo: la imitación desleal queda constreñida a los supuestos en los que el aprovechamiento de la reputación ajena deriva de la reproducción de prestaciones, mientras que el tipo rubricado como «explotación de la reputación ajena» comprende aquellas conductas conducentes a un aprovechamiento indebido de la reputación ajena que consisten en el empleo de signos distintivos ajenos de cualquier clase (marcas, nombres comerciales, denominaciones de origen, indicaciones de procedencia, etc.) [en esta línea, SAP *Barcelona* 25-III-1998 «cochecito de bebé»].

(6) Desde otro punto de vista, el reproche de deslealtad reservado a los actos de explotación de la reputación ajena no constituye un supuesto de protección de las propias prestaciones, elevada la reputación a la categoría de prestación, esto es, como mecanismo que reserva la explotación y aprovechamiento de los elementos a que se encuentra asociada a las personas que la hayan promovido con sus esfuerzos e inversiones, tanto mediante su directa utilización como mediante la concesión de autorizaciones de uso a terceros a cambio de una contraprestación. Esta postura, que cuenta con importantes partidarios en el Derecho comparado, se aviene mal con el artículo 12 de la Ley de Competencia Desleal y, en particular, con su párrafo segundo, que reputa desleal el empleo de signos distintivos ajenos o de denominaciones de origen falsas acompañadas de la indicación de la verdadera procedencia o de expresiones asociativas. Como es bien sabido, la utilización de una denominación de origen está reservada exclusivamente a los productos que respondan a las condiciones fijadas en el correspondiente Reglamento de la Denominación de Origen y a las personas inscritas

en el Registro de cada denominación de origen. Esta posibilidad de uso no reporta a los legitimados la explotación autónoma de la denominación de origen ni, desde luego, les faculta para conceder licencias de explotación a terceros. La deslealtad de las conductas parasitarias no se halla, por tanto, ni en éste ni en los demás casos, en la valía del propio signo o denominación y en la mera invasión de un (pretendido) espacio de disfrute exclusivo reservado a su titular.

3 LA ACCIÓN RELEVANTE

(7) La acción tipificada como explotación de la reputación ajena se encuentra básicamente definida por su resultado (efectivo o posible): aprovechamiento indebido de las ventajas de la reputación adquirida por un tercero en el mercado, sea de su reputación industrial, comercial o profesional. A esta amplia definición acompaña una ejemplificación de los supuestos más importantes: empleo de signos distintivos ajenos o de denominaciones de origen falsas. De ahí que, en primer lugar, la acción relevante comprenda no sólo la utilización de signos distintivos y denominaciones geográficas ajenas, sino también todo acto que se revele adecuado para producir semejante resultado, sin que con todo pueda desconocerse que de común esto se realizará mediante el empleo, de una u otra forma, de signos distintivos. En este sentido, y en segundo lugar, debe asignarse un contenido amplio tanto al término «empleo» como a la expresión «signos distintivos», a lo que en particular está principalmente vinculada la fuerza expansiva de la definición general.

(8) A estos efectos, empleo comprende cualquier clase de utilización de los signos distintivos ajenos, sea propiamente a título de signo distintivo (esto es, para indicar la procedencia, según los casos, empresarial o geográfica de las actividades, productos, servicios o establecimientos), sea de otra forma, como en la ornamentación de los productos o en la publicidad u otras modalidades de promoción de actividades, productos, servicios o establecimientos, aun cuando el tercero se valga además de sus propios signos distintivos para revelar la verdadera procedencia empresarial o geográfica de su oferta.

(9) De otro lado, si la contraposición entre signos distintivos y denominaciones de origen que se encuentra en el párrafo segundo del artículo 12 de la Ley de Competencia Desleal induce a pensar que la primera expresión se emplea en sentido estricto (marcas, nombres comerciales y rótulos), el carácter genérico con que se formula la acción típica permite extender el ilícito al empleo de cualquier otro medio que *de facto* establezca una vinculación entre la actividad, prestación o establecimiento al que se aplica (indebidamente) y con el que ahora se asocia en el tráfico y la reputación industrial, comercial o profesional de quien esté detrás de ellos. De ahí que en este contexto sea correcto referirse a «signo distintivo» con carácter general y, de otro lado, hacer del mismo y de sus características especiales la base de este acto de competencia desleal. Así las cosas, signo distintivo bien puede entenderse como categoría genérica, que comprende todos los elementos o medios que *de facto* son idóneos para transmitir al consumidor informaciones de interés acerca de las actividades, prestaciones o establecimientos en relación con los que se emplean de cualquier modo.

(10) El contenido de esta información, sin embargo, no es uniforme. Existe una información propia de cada particular especie de signo distintivo, que es, en su caso, la considerada por el legislador para establecer y organizar su protección jurídica como modalidades de propiedad industrial y que en esencia son el origen empresarial de los productos o servicios, actividades y establecimientos (marcas, nombres comerciales y rótulos), o bien la procedencia geográfica de los productos indicando además la influencia que posee el medio natural o, en su caso, las materias primas y los métodos de elaboración en sus características y calidad (denominaciones geográficas, que

comprenden denominaciones de origen e indicaciones de procedencia: denominaciones específicas de los productos alimenticios y ciertas denominaciones de calidad), o bien únicamente la calidad de los productos cuando es debida al empleo de determinados métodos (denominaciones genéricas de los productos alimenticios). En el ámbito del Derecho contra la competencia desleal y con independencia de los mecanismos tuitivos que puedan resultar de su normativa particular, estas funciones, que en principio pueden considerarse las funciones básicas y típicas de los signos distintivos, son protegidas a través de la represión de la confusión y del engaño (v. **Art. 6** y **Art. 7**). En consecuencia, el empleo de signos distintivos no entra en la órbita de la explotación de la reputación ajena por razón de la interferencia en la normal transmisión de la información que les es propia, esto es, en el ordinario cumplimiento de su función básica y típica (en esta línea, SSAP *Madrid* 13-XII-1994 «catálogos de muebles de cocina», y *Málaga* 3-VI-1997 «perfumes de Chanel»).

(11) Los contenidos informativos encerrados en los signos distintivos que han de posibilitar que su empleo indebido determine una explotación de reputación ajena son otros, que poseen un carácter colateral o atípico, esto es, distintos de aquellos sobre los que, *hic et nunc*, se basa la construcción de los respectivos sistemas especiales de protección o, de otro lado, sobre los que se puede afirmar la existencia de confusión o engaño desleales. Se trata de contenidos informativos que ni son propios de una especie de signo distintivo, ni son necesariamente desarrollados por todos y cada uno de los signos distintivos que de hecho se usan en el tráfico. En particular, los signos distintivos tienen relevancia en este contexto en cuanto son elementos adecuados para condensar la reputación, esto es, el buen nombre o fama de quien los emplea, de sus actividades, prestaciones o establecimientos, cualquiera que fuere la razón o el origen de esta imagen (calidad, moda, esnobismo...), y para transmitir esta información al público. Con todo, debe advertirse de la frecuencia con que la práctica no presta la debida atención a las diferencias existentes entre los tipos y, en particular, de la indebida acumulación de los artículos 6 y 12 de la Ley de Competencia Desleal en la fundamentación jurídica de demandas y sentencias (*ad ex.* STS 11-VII-1997 «El Remiendo Alavés», y SSAP *Las Palmas de Gran Canaria* 8-III-1991 «perro con cesta», *La Coruña* 4-VII-1991 «artículos para niños», *Barcelona* 28-II-1994 «G.T.C.G., S. A. c. G. y C. de D., S. L.», *Baleares* 9-VI-1994 «Can Elías/Pianos Ca N'Elías», *Las Palmas de Gran Canaria* 24-VI-1994 «solicitud de marca», *Palma de Mallorca* 23-IX-1994 «Levi's 501», *Madrid* 6-XI-95 «Silex», *Madrid* 8-V-1996 «King's College, S. A. c. King's Academy-Idiomas, S. L.», *Granada* 6-XI-1996 «difusión por exempleado de manifestaciones sobre su anterior empresa», *Madrid* 22-IV-1998 «triángulo con fondo verde y blanco», *Cantabria* 20-IV-1998 «Revuelta»).

4 LA DETERMINACIÓN DEL APROVECHAMIENTO DE LA REPUTACIÓN AJENA

(12) La elaboración de las pautas para determinar la existencia de aprovechamiento de la reputación ajena ha de partir de una premisa previa: no todo acto que aproveche la reputación ajena constituye un acto de competencia desleal, sino sólo aquel que, en atención al conjunto de circunstancias concurrentes, pueda reputarse indebido. No obstante la implícita necesidad de efectuar una valoración caso por caso, parece posible proponer unos criterios generales de enjuiciamiento. A nuestro juicio, el método más adecuado consiste en la formulación de reglas comparativas que puedan acoplarse a las variantes que presentan las actuaciones de los agentes económicos.

a La reputación del signo

(13) El primer factor que debe considerarse es, sin duda, la intensidad de la reputación, de la fama o buen nombre que atesora y transmite el signo al público de los consumidores, cimentada en una pluralidad de circunstancias: calidad, gustos, modas,

aspiraciones sociales, originalidad y atractivo del signo..., todas ellas en gran medida ligadas a la naturaleza de la actividad, prestaciones o establecimientos inicialmente distinguidos con el signo. En el mercado, en efecto, fama y buen nombre se traducen en prestigio y valor comercial, concretado tanto en la capacidad de atracción de la clientela, como en la posibilidad de que la utilización de los signos entrañe la asociación e incluso la traslación de aquella fama o buen nombre a la actividad, prestaciones o establecimiento de quien indebidamente los emplea y, en su caso, la defraudación de las expectativas del público. Tales resultados ciertamente serán tanto más probables cuanto más intensa sea la fama o buen nombre de que goza el signo distintivo en el tráfico.

b La implantación del signo

(14) Sentado lo anterior todavía es precisa la presencia de un segundo elemento para que la utilización de un signo distintivo pueda comportar una explotación de reputación ajena: la implantación del signo distintivo en el mercado o, si se prefiere, su notoriedad entre el círculo de destinatarios de las actividades, prestaciones o establecimientos promocionados con su empleo. A decir verdad, sin la necesaria implantación del signo distintivo empleado no existe posibilidad de explotación de la reputación ajena. El grado mínimo de implantación necesario para sobrepasar el umbral que posibilita la explotación de la reputación ajena se debe situar en el reconocimiento del signo en cuestión y en la asociación más o menos uniforme de fama o buen nombre por la mayoría de los destinatarios naturales de las actividades, prestaciones o establecimientos promocionados con el empleo no autorizado del signo. Traspasado este umbral, y como es obvio: la notoriedad corre paralela con la capacidad de atraer la atención del público, tanto mayor será el riesgo de explotación de una reputación ajena cuanto más amplia sea la implantación del signo empleado en el mercado.

c El esfuerzo realizado para propiciar la reputación del signo

(15) Junto a estos presupuestos centrales de la protección (atesoramiento de fama o buen nombre y notoriedad), la represión de las conductas parasitarias debe tener en cuenta también, como elemento adicional que se sitúa en un segundo plano, el esfuerzo y las inversiones desplegadas para propiciar el prestigio y reputación del signo en el tráfico. No es posible, desde luego, fundar el reproche de deslealtad de la explotación de reputación ajena sólo en este factor, porque las inversiones y el esfuerzo que no han fructificado en la concesión de un derecho de exclusión no son merecedores de protección *per se* (arg. ex art. 11.1 LCD) y la reputación tampoco genera un halo de exclusividad protegido igualmente *per se* [v. **(6)**]. Ahora bien, nada empece la consideración de estos factores como sustrato de la reputación lograda en el tráfico y, por ello mismo, tanto del propio mérito (eficiencia) sobre el que se asienta la posición aventajada de quien es titular de los signos que atesoran dicha reputación, como del demérito concurrencial (la ineficiencia) de la conducta del parásito. ASÍ, a mayor grado de dedicación y esfuerzo en el fomento del prestigio, con mayor probabilidad puede concurrir un aprovechamiento indebido y tanto más justificada está la protección frente a conductas parasitarias (de este razonamiento se hacen eco, en efecto, la SAP *Málaga* 3-VI-1997 «perfumes de Chanel», y la SJPI *La Almunia de Doña Godina* 25-XI-1992 «Panamá Jack»).

d Proximidad competitiva

(16) Una ulterior circunstancia que debe ser considerada en este contexto es la proximidad competitiva existente entre las áreas de actividad del titular del signo o de los legitimados para su utilización, de un lado, y las de aquel que lo utiliza, de otro. En

principio y como regla general, es obvio que cuanto más próximas sean las áreas, más evidente es el riesgo de apropiación de la reputación ajena.

(17) Ahora bien, asimismo es sobradamente conocido que la reputación posee un sustrato complejo, al que se incorporan tanto elementos objetivos (especialmente el nivel cualitativo de los productos o servicios originarios), como subjetivos (imagen, moda...). Cuando el peso de estos últimos es determinante, la distancia competitiva entre los productos o servicios originarios y aquellos para los que el tercero recurre a los signos distintivos ajenos puede ser mayor. Éste es, en particular, el caso de los signos asociados a productos o servicios de lujo y prestigio: en estos supuestos, el consumidor adopta su decisión de compra, no tanto en función de las cualidades objetivas del producto, sino primordialmente en atención a la imagen que transmite el signo, y en particular que transmite tanto de la actividad, prestación o establecimiento con el que se pone en relación como, especialmente, del mismo consumidor que entra en contacto o contrata (y en su caso luce) dicha actividad, prestación o establecimiento. Lo mismo puede afirmarse para la publicidad adhesiva porque, aun cuando las respectivas prestaciones sean distintas y no surja confusión respecto al origen o engaño acerca de la naturaleza, procedencia geográfica o características de la prestación, la contemplación de un signo familiar y prestigioso o la referencia al mismo en el marco de la publicidad lleva al consumidor, por razón la vinculación con el signo renombrado, a atribuir un crédito a la nueva actividad, producto, servicio o establecimiento cuanto menos inicialmente.

(18) En un sentido negativo, y en estrecha relación con lo anterior, la apropiación de la reputación ajena no presupone la homogeneidad del grupo de consumidores al que se dirigen el titular de los signos que atesoran reputación y el tercero no autorizado. En efecto, el aprovechamiento de la reputación también será posible, al margen de la cercanía o no de los productos o servicios ofertados, cuando el grupo de destinatarios de la acción de uno y otro no coincida sustancialmente [en esta línea, J. M.^a DE LA CUESTA, en A. BERCOVITZ (coord.), *La Regulación contra la Competencia Desleal*, pág. 49-50]. Los adquirentes de los productos o servicios ofrecidos con usurpación de la fama ajena, normalmente de escaso valor y dirigidos a un sector del mercado diverso de aquel otro en que se han establecido los signos reputados, reconocen en cualquier caso el signo renombrado, y en ello estriba precisamente su decisión de compra. En la posibilidad de entrar en un sector del mercado distinto o de llegar a consumidores que no son. aquellos con los que tradicionalmente se relaciona el titular de los signos reputados, se halla el factor en que reside tanto el interés del tercero en utilizarlos como el peligro para la posición concurrencial ventajosa de su titular y el riesgo de que las expectativas de imagen del destinatario tradicional de las prestaciones originales se vean defraudadas.

e Aprovechamiento indebido

(19) La conducta que, conforme a los factores expuestos hasta ahora, pudiera entrañar un aprovechamiento de la reputación ajena no constituye, sin embargo, un acto de competencia desleal por explotación de la reputación ajena en todos los casos, sino únicamente en aquellos supuestos en que dicho aprovechamiento sea indebido. Este extremo depende de la legitimidad de la conducta enjuiciada.

(20) Esta circunstancia, aunque descansa en una noción de perfiles imprecisos, no ha de resultar tanto de una valoración *ad hoc* de los intereses presentes en cada caso, cuanto de una autorización, sea explícita o implícita pero siempre evidente, de dicha conducta por parte de la legislación relativa a signos distintivos o a la represión de la competencia desleal. En particular, la exigencia de que el aprovechamiento sea indebido como condición necesaria para formular el reproche de deslealtad en este ámbito tiene

un componente eminentemente negativo, y en particular asegura, en lo esencial, que no se reprimirán como explotación de la reputación ajena aquellas conductas admitidas por el ordenamiento. La intervención del legislador en este sentido obliga coherentemente a permitir que, en el caso de que no concurren circunstancias excepcionales, el uso del potencial comunicativo de la reputación que pueda poseer un signo distintivo no constituya en estos supuestos un aprovechamiento indebido del mismo. Así, por ejemplo y en primer término, esta condición asegura que el titular de una marca no podrá acudir a la acción de competencia desleal con el fin de impedir la realización de actos de utilización de su marca amparados por alguna de las excepciones al derecho de marca bajo el pretexto de que de tal forma se produce una explotación de reputación ajena. Dicho en otros términos, la determinación legal según la cual ciertos actos de utilización de una marca no constituyen un acto de violación del correspondiente derecho de exclusiva asume y tolera el posible aprovechamiento de la reputación asociada a la marca en cuestión, por lo que la inclusión de la explotación de la reputación ajena entre los actos de competencia desleal no puede servir para ampliar el alcance de la protección jurídica otorgada a las marcas. Así, no ha de constituir competencia parasitaria la utilización de una marca renombrada cuando se haya agotado el correspondiente derecho (art. 32 LM), por ejemplo en la publicidad relativa a los productos ofrecidos en un establecimiento, a salvo obviamente de la presencia de motivos legítimos que justifiquen la reacción del titular (*cf.* STJCE 4-XI-1997, asunto C-337/95 «Parfums Christian Dior SA y Parfums Christian Dior BV c. Evora BV»), como tampoco lo ha de constituir la utilización por tercero, de buena fe y no como marca, de su nombre completo y domicilio, de indicaciones de especie, calidad, cantidad, destino, valor, procedencia geográfica o época de producción de un producto o de prestación de un servicio cuando cualquiera de estos extremos coincide con el signo registrado como marca (art. 33.1 LM; *cf.* STJCE 23-II-1999, asunto C-63/97 «Bayerische Motorenwerke AG y BMW Nederland BV c. Ronald Karel Deenik»), o el uso por tercero de la marca ajena a fin de indicar el destino de un producto o de un servicio: accesorios o piezas sueltas, siempre de conformidad con las prácticas leales en materia industrial y comercial (art. 33.2 LM). De otro lado, y en segundo término, la falta de legitimidad como presupuesto de la deslealtad del aprovechamiento de la reputación ajena asegura que no se frustrará *per se* la liberalización de los actos de comparación en lógica coherencia con el hecho de que la deslealtad de la comparación sea enteramente ajena al aprovechamiento de reputación ajena, a pesar de que probablemente está implícita en la contraposición que haga referencia a un signo distintivo renombrado [v. **Art. 10 (8)**].

5 GRUPOS DE CASOS

(21) La explotación de la reputación ajena puede ser el resultado de una pluralidad de conductas, de las cuales sólo una ha merecido la expresa consideración del legislador: la utilización de signos distintivos ajenos o denominaciones de origen acompañadas de indicaciones acerca de la verdadera procedencia o de términos asociativos. Ahora bien, igualmente tienen cabida en el ámbito del precepto la utilización innecesaria de la marca ajena en accesorios y recambios, la alusión injustificada a antiguas relaciones de negocio con otra empresa, y la utilización de denominaciones de origen de gran fama para productos que no guardan relación con el amparado por la denominación de origen. Pero, además, y éste es tal vez su ámbito más relevante, la deslealtad de las conductas expropiatorias de la reputación ajena permite completar la deficiente protección que el Derecho de marcas reserva a la marca renombrada.

a Utilización de términos o expresiones asociativas

(22) La utilización de términos o expresiones asociativas es supuesto que comprende la utilización indebida de los signos distintivos ajenos acompañados de indicaciones acerca de la verdadera procedencia de las actividades, prestaciones o establecimientos

distinguidos con ellos o de expresiones tales como «modelo», «sistema», «tipo», «clase» y similares (art. 12 II LCD). En estos casos, se produce una adhesión, una equiparación y apropiación de la fama y buen nombre vinculados a un signo ajeno con el fin de promocionar actividades, prestaciones o establecimientos distintos de los originales, precisamente en el mismo sector (aunque de común no en el mismo segmento) del mercado en que el signo parasitado ganó su reputación (v. SAP *Málaga* 3-VI-1997 «perfumes de Chanel»). La necesidad de acudir a la explotación de la reputación ajena para combatir este grupo de casos resulta de la insuficiencia de los derechos de exclusiva de que pueden ser objeto los signos distintivos empleados indebidamente y de la inexistencia de un riesgo de confusión o error que permitiera considerarlos como acto de confusión o de engaño. En estos casos, y como es obvio, la utilización no autorizada del signo ajeno no conduce a la confusión en el mercado, reprimible sea a través de las acciones reconocidas por los particulares sistemas de protección jurídica de los signos distintivos, sea como actos de confusión mediante la acción de competencia desleal; en efecto, tanto las indicaciones que advierten de la verdadera procedencia, como la utilización de los términos asociativos antes indicados revelan al consumidor que no se halla en presencia de las actividades, prestaciones o establecimientos originales. Igualmente, el empleo de términos asociativos y el recurso a menciones deslocalizadoras junto a denominaciones de origen falsas evita el riesgo de engaño.

b Utilización de una marca ajena en relación con accesorios o recambios

(23) La utilización de la marca ajena para accesorios o recambios se halla amparada *prima facie* por una de las clásicas limitaciones al derecho de marca (art. 33.2 LM), según la cual el titular de la marca no podrá prohibir que los terceros utilicen la marca cuando sea necesario para indicar el destino de un producto o de un servicio, en particular en el caso de accesorios o piezas sueltas, siempre que ese uso se realice conforme a las prácticas leales en materia industrial o comercial. Esta excepción se asienta en la ineludible necesidad de emplear la marca ajena para comunicar a la clientela la finalidad y utilidad de los accesorios y recambios fabricados por un tercero y, por lo tanto, en la necesidad de aprovechar el caudal informativo que posee la marca ajena para mantener abierto el mercado de accesorios y recambios a los terceros. No por ello, sin embargo, puede considerarse que es lícita cualquier forma de utilización de la marca ajena con este fin. Antes bien, sólo puede entenderse justificada y, por ello, admisible la utilización que sea oportuna para informar acerca de la finalidad y utilidad de accesorios y recambios y, por otra parte, que establezca claramente la falta de conexión entre el titular de la marca con la que se distinguen los productos principales y el fabricante o distribuidor de los accesorios y recambios. En los supuestos en los que no concurren estas condiciones, la utilización de una marca ajena en relación con accesorios o recambios puede constituir un supuesto de violación de derecho de marca si induce a confusión o asociación a los consumidores, así como un acto de competencia desleal por explotación de la reputación ajena cuando, no obstante el deslinde absoluto entre la procedencia empresarial del producto principal y de los accesorios y recambios y la falta de conexión entre el titular de la marca y el oferente de los accesorios y los recambios, el empleo de la marca ajena, por las circunstancias en que tenga lugar, traslade a los accesorios y recambios la reputación de los productos principales (*cf.* STS 29-XI-1993 «Femsa», AAP *Vizcaya* 1-II-1999 «adaptable a Sensor»).

c Utilización de indicaciones relativas a la existencia de relaciones con un tercero

(24) Puede incurrir igualmente en deslealtad por explotación de la reputación ajena la utilización de indicaciones reveladoras de la existencia de relaciones o vínculos negociales presentes o pasados con otro agente económico que goza de un prestigio

reconocido [v. J. M.^a DE LA CUESTA, en A. BERCOVITZ (coord.), *La Regulación contra la Competencia Desleal*, pág. 49 Y C. LEMA y J. GÓMEZ MONTERO, *Actualidad Civil*, 1995, pág. 652]. No son éstas las referencias falsas al vínculo con otra empresa, que constituyen, en su caso, un acto de engaño [v. **Art. 7 (63)**]. No son tampoco las referencias (falsas o verdaderas) integradas en marcas, nombre comercial, rótulo de establecimiento o en cualquier otro medio de identificación en el tráfico, que determina de común la existencia de un riesgo de confusión, ya sea en sentido estricto o amplio, y son combatibles mediante las oportunas acciones por violación. Por el contrario, en el ámbito de la explotación de la reputación ajena entran con toda propiedad las conductas que, sin producir engaño o confusión, persigan apropiarse injustificadamente de la reputación ganada por otro mediante la realización y difusión de manifestaciones que declaran o aluden a la existencia de vínculos de cualquier índole con otro agente económico; como v. *gr.* la existencia en el pasado de un contrato de distribución, la realización de actividades en común, la incorporación de trabajadores cualificados procedentes de la empresa de prestigio... (*cfr.* SSAP *Cantabria* 1-IV-1993 «esperando seguir contando con su confianza», *Valladolid* 26-V-1997 «Flexibreaks Internacional, S. A.», *Lleida* 19-V-1998 «clínica dental»). Con todo, no puede considerarse desleal toda mención o alusión a tales vínculos; es necesario considerar y valorar cuidadosamente la presencia de razones que pudieran justificar su empleo desde un punto de vista concurrencial: así, por ejemplo, parece estar justificada la referencia a estos vínculos cuando sea determinante de la cualificación empresarial de quien recurre a la referencia [v. J. M.^a DE LA CUESTA, en A. BERCOVITZ (coord.), *La Regulación contra la Competencia Desleal*, pág. 49].

6 EXCURSUS. LA PROTECCIÓN DE LA MARCA RENOMBRADA

Bibliografía: M. AREÁN, «Marca notoria, Marca renombrada», en *La protección de la marca por los Tribunales de Justicia*, CGPJ-Andema, Madrid, 1993, pág. 263 ss.; Id., «La sombra de la marca prestigiosa es alargada», *CJPI*, núm. 10, 1992, pág. 7 ss.; Id., «Tres apuntes sobre la notoriedad y el prestigio de las marcas», en *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, T. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pág. 175 ss.; A. BERCOVITZ, «Marca notoria y marca renombrada en el Derecho español», en *Colección de trabajos sobre propiedad industrial. Homenaje a J. Delicado*, GRUPO ESPAÑOL DE LA AIPPI, Barcelona, 1996, pág. 61 ss.; J. M.^a DE LA CUESTA, «Supuestos de competencia desleal por confusión, imitación y aprovechamiento de la reputación ajena», en A. BERCOVITZ (coord.), *La regulación contra la competencia desleal en la Ley de 10 de enero de 1991*, BOE-Cámara de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 1992, pág. 35 ss.; C. FERNÁNDEZ NOVOA, *Fundamentos de Derecho de marcas*, Montecorvo, Madrid, 1984; Id., *Derecho de marcas*, Montecorvo, Madrid, 1990; Id., *El sistema comunitario de marcas*, Montecorvo, Madrid, 1995; J. MASSAGUER, «Algunas cuestiones básicas acerca de la marca renombrada», *Aranzadi Civil*, núm. 23, 1994, pág. 11 ss.; J. MASSAGUER y M. MONTEAGUDO, «Las normas relativas a las marcas de fábrica o de comercio del Acuerdo sobre los ADPIC», en J. L. IGLESIAS (dir.), *Los derechos de propiedad industrial en la Organización Mundial del Comercio*, T. I, IDEI, Madrid, 1997, pág. 153 ss.; M. MONTEAGUDO, *La protección de la marca renombrada*, Civitas, Madrid, 1995.

a Aproximación al concepto de marca renombrada

(25) Hoy por hoy, ya la espera de una reforma del Derecho de marcas, el rol más destacado que puede aguardar a la explotación de la reputación ajena como acto de competencia desleal es probablemente el aseguramiento de la tutela reforzada que requieren las marcas renombradas. Como es bien sabido, el destacado y peculiar valor competitivo que poseen las marcas renombradas puede ser explotado económicamente de diversas formas, entre ellas mediante su utilización como medio para distinguir

prestaciones diversas de aquellas inicialmente distinguidas, mediante su utilización publicitaria o incluso mediante su utilización ornamental (*merchandising*). La especial capacidad informativa y, gracias a ella, expansiva de las marcas renombradas es factor que contribuye tanto a incrementar la transparencia del mercado, como a fomentar los esfuerzos por la mejora de la calidad y la mayor aproximación a los gustos del público de los consumidores. Su desarrollo y preservación son, por lo tanto, también efectos deseables en una economía de mercado y, por consiguiente, dignos de tutela en un sistema de competencia por eficiencia no sólo frente a las conductas que puedan originar confusión más allá del círculo de los productos o servicios similares, sino también frente a las conductas parasitarias y frente a las conductas destructivas que bien lesionen el renombre, bien lleven a su dilución.

(26) La protección de la marca renombrada no es, desde luego, cuestión desconocida en el sistema español de marcas, pero se reduce a la prohibición relativa de registro que afecta a los signos o medios que supongan un aprovechamiento indebido de la reputación de otros signos o medios registrados [art. 13. c) LM]. En la delimitación del *ius prohibendi* , por el contrario, el legislador español ha optado por una regulación de corte clásico, fiel a los tres elementos estructurales clásicos del derecho de marca: la exclusiva consideración de la utilización a título de marca como único acto de explotación que puede constituir violación de marca, la confusión y asociación (inducción a errores en nuestro Derecho positivo: art. 31 LM) como criterios de ilicitud y, en fin, el principio de especialidad como ámbito en el que se debe apreciar la confusión y asociación. De tal forma, el derecho de marca, así definido y delimitado legalmente, no tutela frente a la confusión o asociación que se produzca más allá del principio de especialidad, como tampoco tutela la aptitud de la marca renombrada para transferir la reputación de que goza en el tráfico a los productos o servicios a que se aplica, ni su dimensión publicitaria y ornamental. Estas constricciones del Derecho de marcas obligan *de lege data* a acudir a la legislación contra la competencia desleal para completar la tutela de las marcas renombradas, en la medida en que su utilización no autorizada puede constituir, según los casos, un acto de confusión [v. **Art. 6 (60) y (61)**], un acto de explotación de la reputación ajena o un acto de obstaculización. A continuación se examinarán tanto los casos en que la utilización de la marca renombrada constituye una conducta parasitaria encuadrada en el artículo 12 de la Ley de Competencia Desleal, como también, y no obstante el desajuste sistemático, los casos en que constituye una conducta lesiva del renombre o comporta un riesgo de dilución, cuya deslealtad deriva de la infracción de la cláusula general del artículo 5 de la Ley de Competencia Desleal. Todo apunta, no obstante, a que en un futuro relativamente próximo la protección jurídica de las marcas renombradas acabará por ubicarse, también en el caso español, en el sistema de marcas [v. **Art. 6 (49) a (52)**].

b El aprovechamiento de la reputación de la marca renombrada

(27) Las marcas renombradas atesoran una reputación, fruto de inversiones y esfuerzos realizados por su titular, que acaba por dotarlas de un valor competitivo propio, desligado de los productos o servicios a los que se aplicó en primer término y, así, por permitir que se apliquen a otras prestaciones con el resultado de trasladar a estas otras prestaciones la imagen y representaciones positivas asociadas a la marca, o que se utilicen como instrumento publicitario e incluso como elemento configurativo u ornamental de determinados productos. Las necesidades de protección que se siguen de este valor competitivo son distintas de las que tutela la represión de la confusión, incluso en su acepción más amplia. En efecto, existen constelaciones de casos en las que el empleo no autorizado de la marca renombrada o de un signo similar, sin mediar confusión, propicia una relación intelectual en el consumidor que atrae su atención hacia un producto o servicio de forma especialmente intensa, cuando no le transmite la reputación que simboliza pese a la falta de semejanza entre los productos o servicios

del competidor y los originarios. En ambos casos, la utilización de la marca renombrada aprovecha la política de calidad y los esfuerzos publicitarios del legítimo titular o el valioso caudal informativo que el consumidor asocia al signo.

(28) La protección frente a la explotación de la reputación de las marcas renombradas ha hallado un primer reconocimiento en el sistema de marcas, mediante la prohibición de registro relativa que afecta a los signos o medios que supongan un aprovechamiento indebido de la reputación de otros signos o medios registrados [art. 13. c) LM]. A estos efectos, el aprovechamiento indebido será necesariamente el que se produzca ulteriormente con el uso de la marca registrada, como consecuencia de la ineludible expoliación de las cualidades vinculadas por el público a la marca renombrada. En el caso de que se ejercite la acción de nulidad sobre la base de esta prohibición de registro (art. 48 LM), el indebido aprovechamiento de la reputación se debió producir ya en el momento de la concesión; esto es, la reputación supuestamente usurpada debía existir ya al tiempo de la solicitud de la marca posterior y, en consecuencia, la reputación que una marca pueda ganar con el uso no es causa de nulidad ni de caducidad para aquellas marcas solicitadas ulteriormente que tengan por objeto un signo idéntico o similar, por más que se beneficien de la reputación lograda por una marca que deviene renombrada (y sin perjuicio de que pueda reprimirse como acto de competencia desleal cualquier maniobra o práctica tendente a asociar la propia marca con la afamada). A este ámbito puede traerse la jurisprudencia formada en interpretación y aplicación del artículo 124.13 del Estatuto sobre Propiedad Industrial que ha rechazado el registro, para productos o servicios diversos, de marcas idénticas o similares a otras renombradas preexistentes por entender que las primeras eran «falsa indicación de procedencia, de crédito y de reputación industrial», acertando a vislumbrar que el fundamento de la ilicitud de estas prácticas radicaba en el ilegítimo aprovechamiento de la reputación ajena [SSTS (Sala 4.ª) 7-II-1959 «CocaCola/Jabones Koka-kola», (Sala 4.ª) 2-IV-1963 «Ronson/Rocson», (Sala 4.ª) 21-XII-1973 «Dolan/Dolan», (Sala 3.ª) 21-VI-1974 «R/R», (Sala 3.ª) 30-III-1976 «Real Madrid/El Real de Madrid», (Sala 3.ª) 23-II-1983 «Rondel/Rondel»]; sobre esta jurisprudencia, v. C. FERNÁNDEZ NOVOA, *Fundamentos de Derecho de marcas*, pág. 298]. Ninguna utilidad tiene, en cambio, la línea jurisprudencial, antes errónea y ahora abiertamente incompatible con numerosos preceptos legales [arts. 1, 12.1, 13. a) y 31.1 LM], que elude la aplicación de la regla de la especialidad cuando existe identidad entre los signos y son diferentes los productos o servicios para los que se solicita su registro como marca [SSTS (Sala 3.ª) 18-XII-1974 «Agfa/Agfa», 14-V-1976 «Bambino», 30-VI-1976 «Nike», 5-V-1986 «Tucan/Tucan», 26-III-1988 «Cif/Cif», 22-VII-1989 «Barça/Anís Barça», 21-II-1991 «Midas/Midas» y todavía más recientemente, de forma difícilmente comprensible, STS (Sala 1.ª) 2-VI-1998 «Puma»]; pero correctamente STS (Sala 3.ª) 17-VII-1989 «La Pajarita».

(29) La tutela frente a la utilización del signo que se aprovecha injustificadamente de la reputación de la marca renombrada, en cambio y como queda dicho, no ha hallado cabida en el sistema de marcas, por lo que debe ser fundada en la explotación de la reputación ajena como acto de competencia desleal. La estructura de este acto de competencia desleal coincide enteramente con la protección prevista para las marcas renombradas en la Directiva de Marcas frente a conductas parasitarias: el renombre como presupuesto, el aprovechamiento de la reputación ajena como conducta relevante y la falta de legitimidad de la conducta como criterio de ilicitud. La utilización de una marca renombrada constituirá un acto de competencia desleal por explotación de la reputación ajena, en particular, en los supuestos de publicidad adhesiva. También lo será en los supuestos en que la marca renombrada sea empleada como elemento configurativo u ornamental de un producto, que podrán constituir además un acto de confusión cuando el titular de la marca renombrada conceda *de facto* licencias de *merchandising* a través de las cuales pueda establecerse la realidad o el riesgo de una errónea percepción de la procedencia empresarial [v. **Art. 6 (78) a (81)**].

c La lesión del renombre

(30) La lesión de la marca renombrada se produce también en aquellos supuestos en que su utilización genera asociaciones o representaciones negativas. Así sucede en los casos en que se aplica para distinguir productos o servicios de escasa calidad o de una naturaleza o características incompatibles con la reputación que atesora la marca, así como en los casos en que se emplea por empresas de mala reputación, o se degrada el renombre de otro modo.

(31) No es infrecuente que la lesión del renombre discurra paralela a un acto de competencia parasitaria, como sucede cuando la marca renombrada se aplica para distinguir prestaciones de una escasa calidad destinadas al mismo grupo de consumidores al que se dirige el titular de la marca. En estos supuestos, la utilización de la marca renombrada permite penetrar con garantías de éxito en el mercado gracias a la usurpación de la reputación ajena y, de otro lado, perjudica de forma inmediata al titular de la marca renombrada, ya que los consumidores, atraídos inicialmente por el prestigio de la marca en el sector del mercado en que opera, verán sus expectativas defraudadas al comprobar la escasa calidad de los productos o servicios. La decepción podrá trasladarse también a la oferta del titular de la marca, socavando de esta forma las bases de su preeminente posición competitiva. Sin embargo, la lesión del renombre no está acompañada del aprovechamiento de la reputación ajena en todos los casos. No lo está, por ejemplo, cuando su lesión sea efecto de la utilización de la marca renombrada en casos de denigración [v. **Art. 9 (23) a (26)**] o de venta a pérdida [v. **Art. 17 (41) a (46)**]. Ahora bien, incluso en otros supuestos, tal vez menos evidentes, el perjuicio para el renombre no se traduce tampoco en un aprovechamiento de la reputación ajena. Este último acto de deslealtad requiere, como es sabido, que la apropiación de la fama ajena sea posible lo que, a su vez, presupone entre otros factores la compatibilidad de las prestaciones. Así las cosas, el tercero no buscará parasitar el caudal de crédito que atesora otro en el mercado porque la distancia competitiva entre las respectivas prestaciones lo impide, sino meramente aprovechar la difusión y el reconocimiento de la marca en el mercado para provocar un contraste que atraiga la atención del público de los consumidores. Así ocurre frecuentemente cuando la marca renombrada se utiliza en conexión con productos o servicios del todo incompatibles con los originarios.

(32) La represión de la lesión al renombre de una marca, por lo tanto, no queda enmarcada en la represión de la explotación de la reputación ajena, sino entre los actos de obstaculización mediante el recurso a la cláusula general de prohibición de la competencia desleal [v. **Art. 5 (25)**]. Como consecuencia de ello, la deslealtad de los actos de utilización que perjudiquen el renombre de una marca queda también sometida a la misma condición de que depende la deslealtad de la obstaculización, esto es, a la carencia de justificación, que puede hallarse bien en el ejercicio de derechos constitucionalmente reconocidos, bien en la conformidad con las exigencias funcionales del sistema de libre competencia. En el primer sentido, no será desleal el empleo de la marca renombrada realizado al amparo de derechos fundamentales como el derecho a expresar y difundir libremente pensamientos, ideas y opiniones, a la producción y creación literaria, artística y científica, a la libertad de cátedra, o a comunicar o recibir libremente información veraz (art. 20.1 CE); para todo ello se prestan especialmente las marcas renombradas, por su aptitud para identificar fenómenos socio-culturales, grupos de personas o formas de vida. Este amparo debe valer también en los casos en que existe propiamente una finalidad concurrencial, como en aquellos en que se produce una proporcional utilización satírica o crítica de la marca renombrada como reclamo para promover otras prestaciones, siempre que con ello no se incurra en una práctica parasitaria o de otro modo desleal. En el segundo sentido, y de forma paralela a cuanto sucede en relación con la exigencia de falta de legitimidad del aprovechamiento de la

reputación ajena como presupuesto de la deslealtad, no será un acto de obstaculización desleal el uso de una marca admitido por el ordenamiento aun cuando pudiera llegar a revelarse lesivo para su renombre, como especialmente podría suceder en ciertos supuestos en que la marca renombrada se ha agotado y no concurren especiales circunstancias que ello no obstante justifiquen la acción del titular (art. 32 LM): empleo de la marca renombrada en la comercialización y en la publicidad relativa a productos que han sido objeto de importaciones paralelas, puestos a la venta en establecimientos no integrados en la red de distribución selectiva o de franquicia organizada por el titular de la marca [ventas grises: v. **Art. 14 (43)**] o, en general, en establecimientos alejados de la imagen propia de la marca renombrada, como *discounters* o cooperativas de consumo.

d El riesgo de dilución

(33) El riesgo de dilución de una marca renombrada consiste en la pérdida de una especial fuerza distintiva y publicitaria emanada de una estrecha vinculación entre la marca, su titular y los productos o servicios a los que se aplica, producida como consecuencia de su utilización por terceros no autorizados para productos o servicios distintos de aquellos para los que está registrada.

(34) La protección frente al riesgo de dilución es uno de los temas clásicos del Derecho de marcas que, paradójicamente, se organiza fuera del sistema de marcas. En efecto, la protección frente al riesgo de dilución (en el Derecho comparado) se construyó inicialmente a partir de la responsabilidad extracontractual general —al margen por lo tanto del sistema de marcas (impedía que constituyera una infracción del derecho de marca, entre otros extremos, la confusión como criterio de ilicitud) e incluso al margen de la represión de la competencia desleal (impedía que constituyera un acto de competencia desleal, en particular, la exigencia de una relación de competencia como presupuesto del ilícito)—, y se configuró con unos rigurosos requisitos, únicamente satisfechos por las llamadas marcas de alto renombre: aquellas marcas dotadas de un extraordinario potencial distintivo derivado de su implantación sobresaliente, posición exclusiva y estima en el mercado (sobre el origen histórico de esta figura, v. M. MONTEAGUDO, *La protección de la marca renombrada*, pág. 40, 124, 145). La Directiva de Marcas, al integrar también la protección frente a la dilución en el ámbito de la protección otorgada por el *ius prohibendi* a las marcas renombradas, ha olvidado tan estrictos presupuestos y ha hecho del renombre la sola condición que ha de reunir una marca para quedar tutelada ante los usos que puedan dar lugar a que pierda su carácter distintivo [arts. 4.4. a) y 5.2 DM]; semejante olvido, sin embargo, es más aparente que real (sobre la continuidad entre la protección de las marcas de alto renombre ante la dilución y la protección de las marcas renombradas ante la pérdida de distintividad recogida en la Directiva sobre Marcas, v. MONTEAGUDO, *La protección de la marca renombrada*, pág. 275 ss.).

(35) En el Derecho positivo español no existe norma específicamente destinada a asegurar la tutela de las marcas renombradas frente al riesgo de dilución; la superación de la relación de competencia como supuesto del ilícito permite, sin embargo, que este grupo de casos pueda ser reprimido como acto de competencia desleal. En particular, ni la prohibición relativa de acceso al registro del artículo 13. .c) de la Ley de Marcas, ni la represión de la explotación de la reputación ajena ofrecen un fundamento normativo suficiente para acoger íntegramente la protección frente al riesgo de dilución en la medida en que ambas se sustentan en, al menos, una relativa homogeneidad de los productos o servicios, cuando el riesgo de dilución surge precisamente con la generalización indiscriminada en la utilización para cualquier clase de productos o servicios, aun los más distanciados competitivamente. Así las cosas, la dilución se presenta como la interferencia de un tercero en el normal desenvolvimiento de la política

y estrategia de explotación de la marca renombrada por su titular, cuando no comporta la eliminación de una valiosa ventaja competitiva. De ahí que la utilización de una marca renombrada que pueda entrañar un riesgo de dilución constituya un acto de obstaculización y, en su caso, incluso de destrucción, al amparo de la cláusula general [v. **Art. 5 (25)**]. Si la dilución consiste en la pérdida de fuerza distintiva, de un lado, y, de otro, la obstaculización del aprovechamiento de la fuerza distintiva o su destrucción determinan la deslealtad, es obvio que la fuerza distintiva, la intensidad de la vinculación establecida por la marca con su titular y los productos o servicios a que se aplica deben alcanzar un nivel excepcional, así como igualmente es necesario que dicha vinculación sea reconocida en el mercado y que la marca transmita una información que exceda de la sola indicación de procedencia o calidad. De otro modo, en efecto, se extendería la protección de la marca más allá del límite institucional que en nuestro sistema traza el principio de especialidad y, por ello, se abriría una posibilidad de monopolización de signos que el legislador abiertamente ha querido excluir. De ahí que, como tradicionalmente fue, tanto la extraordinaria implantación de la marca, como su exclusiva utilización por el titular y el considerable aprecio del público se conviertan en condiciones necesarias para afirmar la deslealtad de la utilización de una marca por riesgo de dilución. Sólo bajo estas condiciones puede la utilización de la marca renombrada para productos o servicios que no son idénticos o similares perjudicar a la exclusividad relación que establece entre su titular y sus productos o servicios (e. FERNÁNDEZ NOVOA, *Fundamentos de Derecho de marcas*, pág. 306-308). Y de ahí también que parezca adecuado mantener la categoría clásica de las «marcas de alto renombre» para identificar a las marcas renombradas que pueden quedar protegidas frente al riesgo de dilución.

Artículo 13.VIOLACIÓN DE SECRETOS

1. Se considera desleal la divulgación o explotación, sin autorización de su titular, de secretos industriales o de cualquier otra especie de secretos empresariales a los que se haya tenido acceso legítimamente, pero con deber de reserva, o ilegítimamente, a consecuencia de alguna de las conductas previstas en el apartado siguiente o en el artículo 14.

2. Tendrá asimismo la consideración de desleal la adquisición de secretos por medio de espionaje o procedimiento análogo.

3. La persecución de las violaciones de secretos contempladas en los apartados anteriores no precisa de la concurrencia de los requisitos establecidos en el artículo 2. No obstante, será preciso que la violación haya sido efectuada con ánimo de obtener provecho, propio o de un tercero, o de perjudicar al titular del secreto.

Bibliografía

E. GALÁN, «La creación asalariada del "software" y el secreto empresarial en la tutela del "software"», en *Derecho mercantil de la Comunidad Económica Europea, Estudios en Homenaje a José Girón Tena*, Civitas, Madrid, 1991, pág. 411 s.; ID., «Supuestos de competencia desleal por violación de secretos», en A. BERCOVITZ (coord.), *La regulación contra la competencia desleal en la Ley de JO de enero de 1991*, BOE-Cámara de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 1992, pág. 91 ss.; A. FONT, *La protección internacional del secreto empresarial*, Eurolex, Madrid, 1999; J. A. GÓMEZ SEGADÉ, *El secreto industrial (Know-how): concepto y protección*, Tecnos, Madrid, 1974; ID. «Secreto industrial», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995, pág. 6084 ss.; M.^a L. LLOBREGAT, «Aproximación al concepto de secreto empresarial», en *Estudios de derecho mercantil. Homenaje al Profesor Justino Duque Domínguez*, vol. II, Valladolid, Universidad de Valladolid, 1998, pág. 1035 ss.; J. MASSAGUER, *El contrato de licencia de know-how*, Librería Bosch, Barcelona, 1989; ID., «Los secretos industriales y comerciales y su transmisión: Régimen jurídico», en J. I. FONT, J. J. NAVARRO y R. VÁZQUEZ (coord.), *Derecho de la Propiedad Industrial*, Cuadernos de Derecho y Comercio, Monográfico, 1994, pág. 167 ss.; P. PORTELLANO, «Protección de la información no divulgada», en J. L. IGLESIAS (dir.), *Los derechos de propiedad industrial en la Organización Mundial del Comercio*, T. I, IDEI, Madrid, 1997, pág. 363 ss.

Doctrina-comentario

Sumario:

- [1.Introducción](#)
- [2.El secreto empresarial](#)
 - [a.Concepto de secreto empresarial](#)
 - [b.Requisitos del secreto empresarial](#)
- [3.Encuadramiento sistemático](#)
- [4.La conducta relevante](#)
 - [a.Divulgación](#)
 - [b.Explotación](#)
 - [c.Adquisición](#)
- [5.Las circunstancias determinantes de la deslealtad](#)
 - [a.La finalidad de la divulgación, explotación o adquisición](#)

- b.Las circunstancias determinantes de la deslealtad de la divulgación y explotación
- c.Las circunstancias determinantes de la deslealtad de la adquisición

1 INTRODUCCIÓN

(1) La tipificación de la violación de secretos entre los actos de competencia desleal constituye una novedad en el Derecho español, que con anterioridad a la Ley de Competencia Desleal sólo conoció normas efectivamente aplicables para su protección en el ámbito jurídico penal (v. J. A. GÓMEZ SEGADE, *El secreto industrial* , pág. 359 ss.). Estos actos, por lo demás, pasaron desapercibidos al elenco de actos de competencia desleal recogido en la Ley de Marcas. Siempre desde la perspectiva del Derecho contra la competencia desleal, el régimen de la violación de secretos se completa, con el alcance y ámbito de aplicación que le es propio, con lo dispuesto en el artículo 39 del Acuerdo sobre los Aspectos del Derecho Contra la Competencia Desleal relacionados con el Comercio.

(2) La inclusión de la violación de secretos empresariales en el catálogo de actos de competencia desleal no es sino una pieza en el entero sistema de protección jurídica de los secretos empresariales. Dicha protección jurídica se organiza, en efecto, a través de diversas normas jurídico-civiles, entre las que se cuenta el artículo 13 de la Ley de Competencia Desleal, y jurídico-penales. Entre las primeras deben mencionarse, incluyendo algunos preceptos que sólo inciden en este ámbito de forma indirecta y para particulares supuestos de hecho, las normas relativas al derecho a la patente [arts. 7. a) , 10.1, 11, 12, 112.1. d) y 113.1 LP] y al derecho de explotación anterior o de preuso (art. 54 LP), al derecho de autor [arts. 1, 2 y 10.1. a) , f) y g) LPI], al sistema de registro de topografías de productos semiconductores (art. 4.2 LTPS), a las prohibiciones legales de competencia (arts. 136 a 138, 148 11 y 288 CCom., art. 65 LSRL, art. 132.2 LSA), al deber de secreto que pesa sobre los administradores de sociedades de capitales (art. 132.2 LSA, art. 15 LSRL) y sobre los trabajadores, sea en general [arts. 5. a) , 20.2 y 54.2 b) ET] o en el marco de invenciones laborales (art. 18 LP), a las que pueden sumarse los principios generales sobre responsabilidad por *culpa in contrahendo*. Entre la protección jurídico-penal de los secretos empresariales destacan la tipificación de los diversos delitos de violación de secretos (arts. 278 a 280 CP).

2 EL SECRETO EMPRESARIAL

(3) A pesar de su importancia económica, en Derecho español todavía se carece de una terminología unitaria para designar el conjunto de informaciones confidenciales concernientes a los distintos ámbitos de la actividad empresarial. Buena prueba de ello es, sin duda, que en la Ley de Competencia Desleal se llegan a manejar hasta tres expresiones diversas: «secretos», «secretos industriales» y «secretos empresariales». Y es lo cierto que tanto en la práctica como en la legislación se emplean habitualmente estas tres expresiones, y todavía algunas más, como «conocimientos secretos no patentados aplicables a la actividad productiva» [v. art. 1. a) del R. D. 1750/1987], «secreto comercial» (art. 4.2 LPJTPS), «conocimientos secretos industriales o comerciales» [v. art. 4.1. c) LDC], o «know-how» [v. art. 1.1. c) y f) del R. D. 157/1992, STS 24-X-1979 «Mayo, S. A. c. Thomson Brandt, S. A.», y J. A. GÓMEZ SEGADE, *El secreto industrial* , pág. 159-163, J. MASSAGUER, *El contrato de licencia de know-how* , pág. 35-40).

a Concepto de secreto empresarial

(4) Secretos industriales y secretos comerciales sólo son categorías de la más amplia noción de secreto empresarial, de la forma en que se desprende del propio artículo 13.1

de la Ley de Competencia Desleal. Los secretos industriales consisten, en una enumeración simplemente ejemplificativa, en información relativa a la fabricación de un determinado producto, a la aplicación de un determinado procedimiento, a la producción y prestación de un determinado servicio o la concepción, composición, propiedades, características, aplicaciones, utilización... de un producto o servicio, a la organización, mantenimiento y optimización de una planta o instalación industrial, de un proceso de fabricación o de una máquina... y, en fin, en cualquier información relacionada con el ámbito técnico-productivo de la actividad económica. Los secretos comerciales, por su parte y de nuevo en términos que sólo pueden ser descriptivos y escasamente exhaustivos, comprenden información relativa a la organización y planificación de la actividad interna de la empresa, como es la concerniente a los aspectos relacionados con la administración y financiación; a los clientes, como es la información relativa a su identidad, localización, preferencias, hábitos de compra, negociaciones precontractuales, condiciones contractuales practicadas con ellos (v. SSAP *Lleida* 9-VI-1995 «fichero de clientes», *Pontevedra* 18-IX-1997 «Tisega, S. L. c. Insega, S. L.»); a los proveedores, que comprende cuestiones del tipo de las propias de la información sobre clientes; a las estrategias, planes, decisiones, deliberaciones, estudios, análisis sobre cuestiones industriales, organizativas, promocionales o financieras..., y en general toda la información perteneciente al ámbito estrictamente comercial, organizativo y financiero de la empresa.

(5) Por su parte, los secretos empresariales constituyen una categoría genérica que comprende a las dos anteriores y que, a la vista de la práctica y especialmente de los efectos de su protección jurídica a través de la represión de la competencia desleal, puede estimarse en la actualidad esencialmente coincidente con el anglicismo *know-how*. Los secretos empresariales, que carecen de definición legal, son en este sentido el conjunto de conocimientos o informaciones que no son de dominio público (secretos), que son necesarios para la fabricación o comercialización de un producto, para la producción o prestación de un servicio o bien para la organización y financiación de una empresa o de una unidad o dependencia empresarial, y que, por ello, procuran a quien los domina una ventaja (lo que no significa necesariamente que le proporcionen una posición mejor que la ostentada por el resto de los competidores o, lo que es lo mismo, que éstos mejoraran necesariamente su posición si pudieran disponer de ellos) que se esfuerza en conservar evitando su divulgación (conforme en lo esencial con la definición descriptiva y amplia que siguiendo los pasos de la doctrina proporcionó la STS 24-X-1979 «Mayo, S. A. c. Thomson Brandt, S. A.»). A la vista de lo expuesto, a continuación emplearé la expresión «secretos empresariales», entendiéndolo que no tiene mayor alcance que la suma de secretos industriales y comerciales.

(6) Los secretos empresariales constan de un elemento inmaterial o intelectual y de un elemento material o corpóreo. Su elemento inmaterial es, como queda dicho, una información, fruto de la experiencia en el desempeño de una actividad industrial o comercial o bien fruto de la investigación y experimentación, relativa al ámbito de lo industrial o lo comercial en los términos amplios que antes se indicaron [v. **(4)**]. El elemento material son los escritos, soportes informáticos, cintas electromagnéticas, fotografías, planos, proyectos, modelos, maquinaria... que incorporan la información de que en cada caso se trate. El secreto empresarial, en realidad, es el primer elemento; el segundo es un mero soporte corpóreo, que en realidad no aporta a la información un valor intrínseco adicional, sin que pueda desconocerse la utilidad y ventajas que proporciona el disponer de ellos para la aprehensión de la información en el curso normal del desarrollo de la actividad industrial o comercial.

b Requisitos del secreto empresarial

(7) Como tradicionalmente se ha destacado en la literatura y como ahora se recoge en las letras a) a c) del artículo 39.2 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, una información constituye secreto empresarial cuando es secreta, posee valor competitivo y se toman medidas para mantener el secreto. A mi modo de ver, en cualquier caso, el elemento esencial y básico es el primero (que se halla estrechamente vinculado con el tercero), al punto de que el valor patrimonial no debe ser apreciado en términos objetivos o abstractos (por referencia a la utilidad y valor que puede tener para los terceros en general), sino subjetivos o particulares (por referencia a la utilidad y valor que su titular confiere a la información en cuestión, y que en esencia se manifiesta en la preservación de su carácter confidencial).

(8) Una información que reúna estas condiciones no pierde su condición de secreto empresarial si en ella, además, están presentes los requisitos materiales para su protección a través de una modalidad de propiedad industrial o intelectual. Su titular, en efecto, tiene total libertad para desestimar el acceso al sistema de derechos de propiedad industrial y, en su lugar, preferir la protección, a todas luces menos intensa aunque potencialmente más duradera, de que gozan los secretos empresariales. Del mismo modo, su titular puede beneficiarse conjuntamente de ambos sistemas de protección cuando la obtención del correspondiente derecho de propiedad industrial o intelectual no dé lugar a la divulgación del secreto (como ocurre *ad ex.* en el caso de las topografías de productos semiconductores, donde incluso cuando media inscripción las partes secretas de la topografía no son accesibles para los terceros). Otro tanto puede decirse en relación con la protección de la información a través de propiedad intelectual, en el bien entendido de que, en su caso, la protección se gana por el mero hecho de la creación (art. 1 LPI) y, en su caso (obras susceptibles de ser objeto de derecho de autor), comprende el derecho de divulgación (art. 14.1.º LPI). Conviene indicar, no obstante, que la divulgación de algunas obras en el sentido considerado en materia de propiedad intelectual (art. 4 LPI) y por motivos de orden técnico, no comporta sin embargo una divulgación de la información secreta que incorporan; éste es precisamente el caso de los programas de ordenador, en relación con los cuales se protegen los secretos empresariales incorporados incluso en los supuestos de que se inscriban en el Registro General de la Propiedad Intelectual [*cf.* art. 101 11 LPI y arts. 14.7. a) y 32 RGPI]. De hecho, esta opción no hace sino reconocer la diversidad de objetos: el derecho de autor recae sobre la expresión (en el caso de los programas de ordenador sobre la expresión de la secuencia de instrucciones en que consiste), y no sobre la idea (en el caso de los programas de ordenador, la secuencia de instrucciones en sí misma considerada y las funciones que está llamada a cumplir); de ahí se sigue la posibilidad de que en los supuestos en los que no se haya hecho público el código fuente, la documentación preparatoria, la documentación técnica y/o el manual de uso se acuda indistintamente a los derechos de explotación conferidos por la propiedad intelectual sobre estas creaciones intelectuales o a la acción de competencia desleal para combatir su utilización en casos de apropiación ilegítima.

(9) La información es secreta cuando los terceros, y en particular los terceros interesados en disponer de ella, no tienen conocimiento en general de la misma, bien de la totalidad de la información, bien de una parte esencial de la misma o bien del resultado de la interacción de sus partes. El secreto no exige conocimiento individual de la información. El hecho de que una pluralidad de personas disponga de ella no destruye esta condición cuando se trate de personas vinculadas por su pertenencia a una organización, factor que explica su conocimiento, y sometidas, por virtud misma de las relaciones que fundan y gobiernan su pertenencia a la organización, a un deber de confidencialidad —como puede ser el caso de trabajadores y administradores sociales—, o cuando se trate de personas a las que les ha sido revelada la información bajo el deber legal de mantener su carácter confidencial —como puede ser el caso del personal de la administración de

justicia, de las autoridades de defensa de la competencia, de las autoridades técnicas, de la administración sanitaria... —, o una obligación convencional de secreto, incluso derivada de principios generales a falta de pacto expreso al respecto —como puede ser el caso de licenciarios y sublicenciarios, de agentes, de contratistas y subcontratistas, de proveedores, de consultores y asesores... —. De otra parte, la información no deja de ser secreta a estos efectos por el hecho de que pueda ser conocida a través de estudios e investigaciones, siempre que no sea fácilmente accesible o su adquisición resulte especialmente costosa; esta circunstancia se puede apreciar tanto en términos cualitativos, atendiendo al avance de la información respecto al estado de conocimientos industriales y comerciales del sector, como, sobre todo, en términos cuantitativos, atendiendo a los costes que se deberían afrontar y al tiempo que se debería emplear para desarrollar u obtener la información en cuestión. En este sentido, también podrá considerarse secreto el producto o procedimiento cuya composición o cuyos pasos puedan ser conocidos a través del *reverse engineering*: debe notarse, en efecto, que la tutela del secreto empresarial no puede invocarse para impedir el descubrimiento, y en su caso la ulterior utilización, de la información a través del *reverse engineering*, sino la difusión indebida o adquisición ilegítima de la misma (a través de medios diversos del *reverse engineering*) y su ulterior uso, con el implícito ahorro de los costes (en buena parte de los casos, nada despreciables) que comporta la ingeniería inversa.

(10) Por el contrario, no pueden considerarse secretas, y por lo tanto no pueden ser objeto de secreto empresarial, aquellas informaciones que forman parte de las habilidades, capacidades y experiencia profesionales de carácter general de un sujeto, ni tampoco el conocimiento y relaciones que pueda tener con la clientela, aun cuando dichas habilidades, capacidades y experiencia o dicho conocimiento y relaciones se hayan adquirido precisamente en el desempeño de unas determinadas funciones para un cierto principal (*v. SSAP Asturias* 18-VI-1997 «Carbones Manuel Asturias, S. L. c. Carbones Méndez y Menéndez, S. L. y otros», *Valencia* I-IX-1997 «Electromedical»). La diferenciación entre estos conceptos y el de secreto no es en absoluto sencilla, y como es obvio únicamente podrá realizarse caso por caso, en atención a las particulares circunstancias de hecho, aunque pueden avanzarse algunas reglas: parecen pertenecer en principio al ámbito del secreto empresarial, y no al de la formación personal y capacitación profesional, los conocimientos que se adquieren como consecuencia del desempeño de un puesto de responsabilidad y confianza, o aquellos que no es posible retener en la memoria.

(11) Finalmente, la información no ha de ser nueva: el secreto reemplaza a la novedad como requisito de protección (integran este requisito en la noción de secretos empresariales, *SAP Barcelona* 1-II-97 «transitarios» y, desde otra perspectiva, *SAP Madrid* 10-VI-96 «competencia de expleado»). De tal suerte, por ejemplo, un procedimiento de fabricación ya conocido puede ser objeto de un secreto empresarial si su aplicación por una determinada empresa no es sabida por sus competidores y ello le proporciona una ventaja (en los términos subjetivos o particulares que a continuación se explican).

(12) Y éste es el significado del segundo de los requisitos pedidos para que una información pueda ser un secreto empresarial. Valor competitivo es la ventaja de que goza la empresa que conoce y aplica la información secreta frente a las empresas (competidores actuales o potenciales) que carecen de ella (integra este requisito en la noción de secretos empresariales, *SAP Navarra* 10-VI-1998 «Alfacel, S. A. c. Viscofán, S. A.»), y que, como en cierto modo se ha apuntado anteriormente, no debe afirmarse o negarse en términos absolutos o abstractos (en relación con la generalidad) sino en términos relativos o particulares, en atención a las estrategias y actuaciones que en particular permite realizar a su titular, y que sus competidores (actuales o potenciales)

no pueden realizar ni prevenir o neutralizar por anticipado o mediante una reacción inmediata (o sencillamente: desconocen que no han de preocuparse por ellas). En otros términos, la consideración de secreto empresarial no depende de lo más o menos valiosa que pueda resultar la información en términos absolutos, esto es, por comparación con los conocimientos de que en efecto disponen o a que pueden acceder libremente los competidores, o lo que es lo mismo con independencia de que el hecho de disponer de la información correspondiente efectivamente coloque a los competidores en una mejor posición de la que ocupan cuando carecen de ella. De tal modo, puede asumirse que son secretos empresariales, por ejemplo, los datos operativos o de rendimiento de una máquina, de un procedimiento o de una planta industrial, incluso en el caso de que su efectiva utilidad no se haya comprobado o, en su caso y tras su análisis, resulten irrelevantes (en la misma irrelevancia radica el interés por estos datos, que en principio bien pueden servir de base para la ulterior mejora o para el desarrollo de toda clase de innovaciones en la máquina, procedimiento o planta industrial de la que proceden), siempre que sean confidenciales y, en el sentido que más adelante se indicará, se haga lo preciso para mantener su reserva.

(13) Sentado el carácter secreto de la información, puede presumirse igualmente la voluntad de preservarlo. De hecho y en su caso, la misma circunstancia de que el conocimiento de la información secreta se realice precisamente en el marco del cumplimiento de una determinada relación jurídica o bien que deba obtenerse ilegítimamente, revela la decisión de mantener la confidencialidad de la información. En este mismo orden de ideas, estrechamente vinculado con el carácter secreto de la información, y al tiempo manifestación de la voluntad y decisión de preservar su valor competitivo, se encuentra la adopción de las medidas que en el caso se revelen apropiadas y razonables para evitar la divulgación de la información, tanto hacia el exterior, impidiendo que los terceros puedan acceder a la información (controles de seguridad, restricción de la información proporcionada en documentos y otros soportes distribuidos entre el público, ocultación de elementos secretos visibles...), como hacia el interior, disponiendo lo necesario para que únicamente accedan a la información únicamente los empleados y colaboradores que por sus funciones en la organización empresarial deban conocerla o manejarla (mediante la introducción de códigos de acceso, la conservación de los materiales relevantes o la utilización de la información en lugares de acceso restringido, la colocación de advertencias adecuadas sobre los documentos u otros soportes...) y siempre sometidos a una obligación de secreto.

3 ENCUADRAMIENTO SISTEMÁTICO

(14) Los secretos empresariales son bienes inmateriales (como pacíficamente viene señalándose en la doctrina: *per omnia* J. A. GÓMEZ SEGADE, *El secreto industrial*, pág. 69-85), cuya protección jurídica no se basa en la tutela de una hipotética esfera de reserva o intimidad empresarial o profesional, sino en la preservación de los resultados del propio esfuerzo y en el fomento del avance industrial y comercial también mediante el propio esfuerzo, y no a través de la apropiación del esfuerzo ajeno.

(15) Sin perjuicio de lo anterior, actualmente no es posible pasar por alto que los secretos empresariales, al menos formalmente y desde una perspectiva positiva, son en particular modalidades de propiedad intelectual, como se sigue de la inclusión de la protección de la información no divulgada en el ámbito de la propiedad intelectual en el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (*cfr.* arts. 1.2 y 39 ADPIC). Ciertamente, esta calificación no predetermina el contenido de la protección jurídica, esto es, no implica la asignación de un derecho de exclusión a los titulares de secretos empresariales (como de hecho muestra igualmente el art. 39 ADPIC), pero no es tampoco anecdótica. En efecto, por su virtud se traslada a la protección jurídica de los secretos empresariales toda la superestructura

de protección jurídica de la propiedad intelectual (en el sentido del ADPIC), integrada por algunos principios y reglas que no rigen en materia de represión de la competencia desleal (ni aún teniendo en cuenta que la represión de la competencia desleal es considerada protección de la propiedad industrial en el sentido del art. 1.2 CUP), como son, a título de ejemplo, el principio de nación más favorecida (art. 4 ADPIC), las exigencias establecidas en materia de observancia de los derechos de propiedad intelectual (art. 41 ss. ADPIC) o el sometimiento de los eventuales incumplimientos de lo previsto en el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio al sistema de prevención y solución de diferencias allí previsto (art. 64 ADPIC).

(16) Como queda apuntado, el ordenamiento no reconoce expresamente ni otorga un derecho exclusivo de explotación o de exclusión que tenga por objeto el secreto empresarial y que pueda oponerse a todos los terceros, como ocurre con otros bienes inmateriales. Pero entre la persona que posee un secreto empresarial, que lo conoce y decide mantenerlo oculto, y la información que lo integra no sólo existe una relación fáctica, sino también jurídica. Los secretos empresariales son, en efecto, objeto de una especial tutela por parte del ordenamiento, que no ha cristalizado en la atribución de un específico *ius prohibendi* o derecho subjetivo, sino que se compone de distintas facultades reconocidas a través de disposiciones de distinta procedencia y naturaleza. La protección jurídica de los secretos empresariales salvaguarda la situación de monopolio fáctico que se sigue de la decisión de mantener dicho avance en secreto como estrategia competitiva (como forma de aprovechamiento de los resultados de la propia actividad que se juzga más oportuna y conveniente) y, por ello, únicamente en tanto en cuanto la información en cuestión no haya sido obtenida por terceros de forma independiente, a través de su propio esfuerzo innovador (esfuerzo que, como el que conduce a la consecución de la información que se decide mantener confidencial, no es sinónimo de grandes inversiones en términos de recursos y tiempo, sino de actividad propia). Detrás de ello no puede adivinarse la existencia de un sistema de recompensa por la consecución de un avance industrial o comercial; pero no es menos cierto que la protección jurídica de los secretos empresariales encuentra su fundamento en el interés de la generalidad existente en la innovación, en el aseguramiento de que el esfuerzo innovador no será frustrado por ciertas actuaciones que permiten a otros acceder o aprovechar el secreto.

(17) En particular, la protección jurídica que la represión de la competencia desleal procura al titular de un secreto empresarial comprende, además de la declaración de deslealtad del acto de violación enjuiciado, la orden de suspensión de la explotación desleal del secreto empresarial o bien de prohibición de la divulgación o explotación desleales si no han tenido lugar todavía, que, sin embargo, no debe mejorar injustificadamente la posición competitiva del titular del secreto empresarial, por lo cual debe estar doblemente limitada en el tiempo, de forma que no se extienda más allá del momento en que los conocimientos en cuestión pierdan su carácter secreto y se encuentren generalmente disponibles para los operadores económicos en el particular sector de negocios, ni más allá del período de *reverse engineering*, esto es, del tiempo que el infractor hubiera razonablemente necesitado para obtener por sí mismo la información en cuestión; la remoción de los efectos producidos por la violación del secreto empresarial, de modo particular la restitución de los soportes que contengan el secreto empresarial y obren en poder del demandado, así como, en su caso, la destrucción de los productos fabricados con el secreto empresarial que se hallen en poder del demandado o su asignación en favor del titular del secreto empresarial, siendo en tal supuesto compensado su valor con el que deba satisfacerse en concepto de indemnización de daños y perjuicios o de reparación del enriquecimiento injusto; el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la violación del secreto empresarial, cuando haya intervenido dolo o culpa del agente; así como, por tratarse de

la violación de una posición jurídica de contenido económico análogo a un derecho de exclusiva que en su caso reporta al infractor un determinado provecho sea en forma de ingresos o de ahorro de costes, la satisfacción del enriquecimiento injusto que de este modo pueda haber experimentado el que divulgó o explotó deslealmente el secreto empresarial [v. **Art. 18 (46) a (49)**].

4 LA CONDUCTA RELEVANTE

(18) La tipificación de la violación de secretos entre los actos de competencia desleal no ha establecido una protección de los secretos empresariales que permita a su titular excluir a cualquier tercero de todo contacto con ellos, sino sólo un mecanismo para reprimir ciertas conductas —en particular, la adquisición, divulgación y explotación de secretos empresariales que no son reprochables por sí mismas, sino por las circunstancias en que tienen lugar.

a Divulgación

(19) La divulgación comprende toda comunicación hecha por cualquier medio que permita su ulterior utilización. La divulgación comprende, en consecuencia, tanto la difusión o revelación del secreto empresarial al público en general, como su descubrimiento o revelación a una o varias personas no autorizadas —sea por el titular del secreto, sea legalmente para entrar en conocimiento del mismo, incluso en el caso de que se impusiera una obligación de confidencialidad a este tercero o a estos terceros; por lo tanto, entre los receptores de la divulgación pueden contarse también las personas pertenecientes a la organización del titular del secreto que por razón del cargo no debían tener acceso a la correspondiente información, pero no los funcionarios públicos que por razón de su cargo y en el marco de sus competencias estén legitimados para recabar la información de que se trate. No se exige, en cambio, que el destinatario de la comunicación utilice de hecho el secreto revelado, que le reporte un provecho o que pueda comprenderlo.

(20) La divulgación puede producirse mediante una revelación o comunicación activa (puesta en conocimiento directo) o pasiva (facilitación al tercero del acceso al secreto empresarial, de modo que pueda tomar conocimiento del secreto por sí). Sin embargo, la falta de diligencia en la adopción de las medidas de seguridad necesarias que aprovecha el tercero, sin connivencia con el poseedor del secreto empresarial, para acceder a la información secreta no constituye divulgación a estos efectos, naturalmente sin perjuicio de la responsabilidad contractual o extracontractual a que haya lugar por el incumplimiento de la obligación de secreto correspondiente.

(21) Como se deduce de lo anterior, la razón que determina la deslealtad no es la pérdida del carácter secreto de la información divulgada, sino la pérdida del valor que su dominio, aunque tal vez inservible para otros, tiene para quien dispone de ella y la mantiene en secreto. De ahí que la difusión o comunicación a la generalidad deba reputarse desleal en todos los casos. En cambio, el descubrimiento a uno o varios terceros en particular puede escapar al reproche de deslealtad si se hace en condiciones subjetivas (por lo que hace al receptor o receptores de la comunicación) y objetivas tales que no provoquen ni puedan provocar la pérdida del valor que tiene para su titular, y en particular que el secreto sea ulteriormente divulgado (comunicado al público en general a uno o varios terceros) o explotado. En relación con esto último, no obstante, debe advertirse que en este caso se agudiza la configuración del acto de competencia desleal como ilícito de peligro, de modo que, en realidad, la comunicación a tercero o terceros carecerá de la entidad necesaria para ser considerada ilícita únicamente cuando su receptor no esté en condiciones de divulgarla ni de utilizarla, cuando afecte a conocimientos parciales y como tales absolutamente inservibles o cuando el público o

los terceros no hayan podido tomar efectivamente conocimiento de la información difundida o revelada.

b Explotación

(22) La explotación, por su parte, consiste en la utilización de la información secreta que sea idónea para aprovecharla con cualquier finalidad y de cualquier modo (v. SAP *Pontevedra* 18-IX-1997 «Tisega, S. L. c. Insega, S. L.»). No es necesario que además se produzca, o en su caso presuponga, la divulgación del secreto empresarial o que de otra forma se produzca entera la pérdida del valor del secreto empresarial en cuanto tal. Como tampoco se exige, desde otra perspectiva, que se produzca la comercialización de los productos o servicios fabricados o prestados con el empleo del secreto o, en términos generales, que su utilización reporte la efectiva obtención de cualquier clase ventaja al que lo usa o depare un efectivo perjuicio a su titular.

c Adquisición

(23) La adquisición del secreto empresarial tiene efecto tanto con la toma de conocimiento directo de la información que constituye su objeto, como mediante el apoderamiento de los documentos, registros, cintas, maquetas, prototipos o cualquiera otra clase de soportes en que se pueda contener dicha información, así como también mediante la reproducción o copia de dichos soportes con empleo de medios técnicos apropiados al efecto, o mediante la captación de la información relevante a través de cualquier procedimiento técnico que permita acceder a su contenido.

5 LAS CIRCUNSTANCIAS DETERMINANTES DE LA DESLEALTAD

(24) Como ha quedado apuntado, la divulgación, explotación y adquisición de secretos empresariales no constituyen *per se* actos de competencia desleal, sino sólo en la medida en que concurren determinadas circunstancias, una de carácter general, cual es la finalidad con que se realiza la acción relevante, y otras particulares, específicas de cada una de estas conductas.

a La finalidad de la divulgación, explotación o adquisición

(25) Para que cualquiera de las conductas típicas pueda ser considerada desleal no es preciso que se realice en el mercado y con fines concurrenciales (art. 2 LCD). Este requisito general ha sido sustituido por la exigencia de que el sujeto agente actúe con el fin de obtener un provecho propio o de un tercero o de perjudicar al titular del secreto (art. 13.3 LCD). De esta exigencia, por lo tanto, cabe predicar una doble naturaleza: si desde un punto de vista estructural define el supuesto de hecho a que resulta aplicable la Ley de Competencia Desleal en esta materia, desde una perspectiva funcional introduce una condición para que las conductas consideradas puedan ser tenidas por ilícitas. Sea como fuere, lo cierto es que el legislador ha sustituido en este supuesto la exigencia de realización en el mercado con finalidad concurrencial por la intención de obtener un provecho o causar un perjuicio. Detrás de ello, se esconde propiamente una ampliación del ámbito objetivo de la Ley de Competencia Desleal, puesto que la finalidad concurrencial, sin duda, queda comprendida en la finalidad de obtener un provecho propio o de tercero. En particular, esta ampliación permite comprender supuestos de espionaje industrial cuya finalidad última no es de carácter concurrencial (*ad ex*. científico, militar...), así como, desde otro punto de vista, los supuestos en que un trabajador, administrador o socio o alguien que lo ha sido, por despecho, divulga un secreto empresarial. En definitiva, se cubre cualquier acto de divulgación, explotación o adquisición que contravenga los legítimos intereses del titular del secreto empresarial.

(26) No será preciso, sin embargo, probar el efectivo ánimo de obtener un provecho o causar un perjuicio en la persona que divulga, explota o adquiere mediante espionaje un secreto empresarial ajeno; bastará con la prueba de que, atendidas las circunstancias del caso, su conducta no tiene otra explicación (*ad ex.* divulgación para evitar desastre ecológico, o el envenenamiento de la población...). Mientras que el provecho, tanto propio como ajeno, puede consistir, como ha quedado apuntado, en una mejora de cualquier naturaleza, y no debe limitarse a una mejora competitiva o patrimonial (en este sentido, J. A. GÓMEZ SEGADÉ, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, pág. 6087), el perjuicio ha de consistir en la pérdida del valor que encarna el secreto empresarial para su titular. En este segundo caso, se requiere un comportamiento doloso, y no meramente negligente. Y en ambos casos, por otro lado, basta con la intención, sin que sea exigible también la efectiva culminación del propósito.

(27) Desde una perspectiva global, esta previsión tiene una trascendencia de gran calado, en la medida en que hace del artículo 13 de la Ley de Competencia Desleal una norma de carácter general, válida en principio para la represión de cualquier acto de violación de secretos empresariales. Es necesario, por ello, una cuidadosa coordinación con las demás disposiciones que se ocupan, de forma más o menos directa, de la tutela de los secretos empresariales, y en particular con los aspectos procesales de las mismas. En este sentido, parece acertado estimar que debe darse preferencia a las acciones específicas sobre la acción de competencia desleal cuando aquéllas exijan la observancia de requisitos especiales para su interposición en la medida en que las pretensiones que se hagan valer queden comprendidas en ambas. Este puede ser el caso, *ad ex.*, de la relación entre la acción de competencia desleal y la acción de responsabilidad social contra los administradores ante una violación de secretos durante el desempeño de su cargo: no existe inconveniente para acudir a la acción de competencia desleal en cuanto se deduzcan pretensiones distintas de la indemnización de daños y perjuicios; para deducir ésta habrá que interponer la acción social de responsabilidad, o en todo caso cumplir debidamente los requisitos que se exigen para su interposición (*cfr.* STS I-XII-1993 «Palma Morón Hermanos, S. A.»).

b Las circunstancias determinantes de la deslealtad de la divulgación y explotación

(28) La divulgación y explotación de un secreto empresarial ajeno es desleal bien si se ha tenido conocimiento del mismo de un modo legítimo pero con deber de reserva y dicha divulgación o explotación se efectúan sin autorización de su titular, bien si se ha tenido conocimiento del mismo de un modo ilegítimo.

(29) La legitimidad en la toma de conocimiento del secreto empresarial normalmente descansa en una voluntaria comunicación hecha por su titular o por un tercero que cuente con su autorización, pero también podrá resultar del desarrollo del secreto empresarial por cuenta de su titular. En este sentido, conoce de modo legítimo un secreto empresarial el trabajador que obtiene la información correspondiente en el marco de su actividad laboral tanto porque le es comunicada a fin de que desempeñe su función, como porque la desarrolla precisamente en el desempeño de su función. Igualmente es legítimo el conocimiento del secreto empresarial adquirido mediante una comunicación acaecida en el marco de un procedimiento administrativo o judicial. Por su parte, el deber de secreto en relación con los secretos empresariales conocidos en tales circunstancias puede tener naturaleza legal o estrictamente convencional, y en este caso derivada de un pacto explícito o implícito, de una norma dispositiva o, en defecto de previsión al respecto, de las exigencias de la buena fe.

(30) Entre las obligaciones legales de secreto, y naturalmente siempre que tengan por objeto informaciones que según lo explicado anteriormente merezcan la condición de

secreto empresarial, pueden mencionarse, sin ánimo de exhaustividad, las impuestas a los funcionarios civiles del Estado respecto de los asuntos que conozcan por razón de su cargo [art. 80 del Decreto 315/1964, de 7 de febrero, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, en relación con los arts. 6. e) y 7. g) del Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado] así como a los funcionarios de la Administración de las Comunidades autónomas [*efr.* art. 108.2. e) del Decreto Legislativo 1/1997, de 31 de octubre, de la Generalitat de Cataluña, por el que se refunde en un texto único determinados textos legales en materia de función pública]; a las personas que tomen parte en la tramitación de los expedientes previstos en la Ley de Defensa de la Competencia o conozcan de los mismos por razón de su profesión o cargo respecto de los hechos de que hayan tenido conocimiento con este motivo (art. 52 LDC); a los servicios estadísticos sobre los datos personales (art. 13 de la Ley 12/1989, de 9 de mayo, sobre la Función Estadística Pública); a las personas o entidades que actúen en el mercado de valores o ejerzan actividades relacionadas con ellos sobre los datos e informaciones relativos a los valores y sobre la información privilegiada relativa a emisores o a valores de que puedan disponer (art. 81 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en la redacción dada por el art. 6 de la Ley 9/1991); a los responsables de ficheros automatizados y a los que intervengan en cualquier fase del tratamiento de los datos de carácter personal respecto de dichos datos (art. 10 de la Ley 5/1992, de 29 de octubre, sobre Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal); a los miembros de los órganos rectores y personal del Banco de España sobre las informaciones de carácter confidencial de que tuvieran conocimiento en el ejercicio de sus cargos (art. 6 de la Ley 13/1994, de 1 de junio, de Autonomía del Banco de España); a los miembros del comité de empresa respecto de las materias identificadas en los párrafos primero a quinto del artículo 64 del Estatuto de los Trabajadores y en general sobre las materias a las que la dirección atribuya expresamente carácter reservado (art. 65.2 ET); a las personas que ejerzan o hayan ejercido una actividad de ordenación y supervisión de entidades aseguradoras así como a quienes el Ministerio de Economía y Hacienda haya encomendado funciones respecto de las mismas sobre las informaciones confidenciales que reciban en este contexto (art. 75 de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados); a los operadores que presten servicios de telecomunicaciones al público o exploten redes de telecomunicaciones accesibles al público respecto del contenido de las comunicaciones (art. 49 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones); a los operadores de servicios postales sobre el contenido de las comunicaciones (art. 3 de la Ley 24/1998, de 13 de julio, de regulación del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales). En este grupo se puede incluir, además, el deber de secreto que pesa sobre determinados profesionales titulados, sea como obligación deontológica frecuentemente recogida en los estatutos del correspondiente colegio profesional sea como deber derivado de la tutela constitucional y legal de la intimidad de las personas. Atendidos los objetivos de política legislativa a que responde y la persona del obligado al secreto, queda fuera del ámbito de los deberes de secretos relevantes en este ámbito el impuesto al solicitante o titular de una patente en relación con las solicitudes de patentes o con las patentes sometidas a régimen de secreto (art. 119.5 LP).

(31) Entre los supuestos de obligaciones de secreto de naturaleza convencional han de mencionarse, como más destacadas, las obligaciones de guardar secreto que pesan, incluso tras la finalización de la correspondiente relación jurídica y como consecuencia de una previsión legal expresa que opera sin necesidad de ser activada mediante pacto o como consecuencia de las exigencias derivadas de la buena fe, sobre los trabajadores (art. 5 ET), sobre los agentes (art. 9 de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia), sobre los auditores de cuentas (art. 13 de la Ley 19/1988, de 12 de julio, sobre Auditoría de Cuentas), sobre los administradores de una sociedad de capitales

(art. 127.2 LSA, art. 61.2 LSRL), o sobre los patronos de las fundaciones (arg. ex art. 15 de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General, v. J. R. SALELLES Y R. VERDERA, *El Patronato de la Fundación*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 186). En relación con los trabajadores conviene insistir en que, aun cuando no existe precepto que imponga expresamente una obligación de secreto al trabajador tras la derogación del artículo 72 de la Ley del Contrato de Trabajo por obra de la Ley 11/1994, no es dudoso que la divulgación o explotación de un secreto empresarial por un trabajador queda dentro del ámbito de la deslealtad, y ello no sólo vigente el contrato de trabajo (v. SSTSJ *Madrid* 8-I-1991 «apropiación de fórmula química», *Madrid* 16-III-1992 «apropiación de relación de clientes», *Andalucía* 22-VI-1993 «revelación de datos sobre clientes», y en doctrina M. NOGUEIRA, *La Prohibición de Competencia Desleal en el Contrato de Trabajo*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 140), sino incluso tras su extinción, por ser éste, en todo caso, un deber derivado con carácter general de la buena fe (*cf.* STC 6/1988, de 21 de enero, «despido de redactor por declaraciones a agencia de noticias»), que por la propia naturaleza de las cosas extiende su vigencia tras la misma terminación del contrato de trabajo (v. SAP *Navarra* 10-VI-1998 «Alfacel, S. A. c. Viscofán, S. A.», STSJ *Canarias* 28-I-1993 «carta a suministrador del empresario», y en doctrina M. ALONSO y M.^a E. CASAS, *Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, 1997, pág. 330-304). Aunque frecuentemente concurrirán de hecho, la violación de una (lícita) prohibición de competencia establecida para después de la terminación de una relación laboral no constituye necesariamente una divulgación o explotación de secretos: si bien es cierto que, en la práctica, esta clase de pactos pretende asegurarse de que el antiguo trabajador no pondrá al servicio de un nuevo empleador ni aprovechará para sí los conocimientos secretos que pudiera haber adquirido de su anterior principal, no lo es menos, por un lado, que el objetivo de esta clase de cláusulas es más amplio, pues consiste igualmente en que no ponga al servicio de otros ni tampoco aproveche para sí habilidades, capacidades, experiencias y conocimientos sobre el sector que componen la formación y capacitación profesional del antiguo trabajador y no constituyen secretos empresariales, y, por otro, que la divulgación de secretos empresariales de un antiguo empleador no presupone necesariamente que el extrabajador preste sus servicios para un nuevo empresario ni que desarrolle por sí una actividad que entre en competencia con la de aquél.

(32) Asimismo, entre las obligaciones de secreto relevantes a estos efectos deben contarse las que de común se establecen en ciertos contratos, sea durante su vigencia o bien para después de extinguidos, como las dispuestas en los contratos de licencia de secretos empresariales, en los contratos de fabricación y suministro de ciertos componentes, en los contratos de consultoría, en los contratos de construcción... No hay duda que el quebrantamiento de estas obligaciones mediante la divulgación de los secretos constituye no sólo un incumplimiento de contrato, sino también un acto de competencia desleal. Más difícil es, sin embargo, determinar el enjuiciamiento que debe merecer la explotación de un secreto empresarial comunicado en el marco de cualquiera de estos contratos incumpliendo las condiciones (*ad ex.* territoriales, cuantitativas...) acordadas en el correspondiente contrato en relación con su utilización (presuponiendo en todo caso su conformidad a las normas de defensa de la competencia). A mi modo de ver, parece adecuado entender que la explotación que excede los lindes autorizados sólo constituye un ilícito contractual, y no además un supuesto de competencia desleal (en este sentido, aunque en relación con un caso distinto, SAP *Barcelona* 19-VII-95 «incumplimiento de pacto de no competencia»), puesto que, de un lado, el correspondiente pacto carece del alcance general que en todo caso se exige para que la infracción de un contrato pueda constituir un acto de competencia desleal [v. **Art. 5 (16)**] y, de otro lado, en el artículo 13 de la Ley de Competencia Desleal la clave de la deslealtad reside en estos casos en el riesgo de pérdida del valor del secreto que en la hipótesis ahora tratada no se produce.

(33) La divulgación y explotación de un secreto empresarial ajeno es desleal en todo caso si se ha tenido conocimiento del mismo ilegítimamente. Desde un punto de vista sistemático, y en especial a la vista de los intereses a que responde la represión de la violación de secretos como acto de competencia desleal (tutela del interés general en la innovación) y a la circunstancia determinante de la deslealtad (riesgo de que el secreto pierda su valor para su titular), no sería acertado, a mi juicio, limitar los supuestos de adquisición ilegítima que fundan la deslealtad de la ulterior divulgación o explotación a los expresamente mencionados en el artículo 13.1 de la Ley de Competencia Desleal, esto es, a la adquisición mediante espionaje industrial o procedimiento análogo (realizado personalmente o encargado a tercero) o mediante cualquiera de las conductas que integran la inducción a la infracción contractual; de especial interés es en este contexto la posibilidad de subsumir la conducta del tercero en el supuesto de aprovechamiento de una infracción contractual ajena no inducida, pues una de las circunstancias determinantes de su deslealtad es precisamente la difusión o explotación de secretos empresariales de terceros [v. **Art. 14 (36)**]. A estos supuestos han de sumarse, en efecto, cualesquiera otras adquisiciones que, a la vista de las circunstancias del caso puedan reputarse ilícitas, como son aquellas que, si es que no se pueden calificar de espionaje industrial [v. **(34)**], constituyen delito de descubrimiento de secretos de empresa (art. 278 CP), son el resultado de un abuso de confianza, presuponen una divulgación contraria a un deber de confidencialidad de cualquier naturaleza, o en términos generales una divulgación ilícita (como sería la del espía industrial que comercializa el secreto del que se ha apoderado a un tercero que no le encargó su adquisición). En relación con este último grupo de casos, debe tenerse en cuenta que tanto la divulgación como la explotación han sido tipificadas como delitos, con el solo requisito de que el sujeto activo tuviere conocimiento del origen ilícito del secreto empresarial (art. 280 CP). No debe ser distinto el resultado en el ámbito de la competencia desleal: el secreto empresarial ha sido adquirido en estos casos de forma ilegítima toda vez que la ilicitud de la comunicación y, en su caso, de la previa adquisición se extiende y afecta definitivamente a la posición del tercero, que no podrá ampararse en ninguna regla de protección de las adquisiciones *a non domino*. Sin embargo, no parece posible afirmar la existencia de una adquisición ilegítima cuando el secreto empresarial se hubiere divulgado de forma tal que formare parte del dominio público (en publicación científica o económica especializada o en publicación periódica de información general). En cualquier caso, si la divulgación no ha comportado la puesta en conocimiento del público en general sino sólo de una o varias personas determinadas, su conducta, en los casos de explotación consistente en la reproducción de prestaciones, podría ser enjuiciada como acto de imitación desleal por aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno (art. 11.2 LCD).

c Las circunstancias determinantes de la deslealtad de la adquisición

(34) La adquisición del secreto empresarial, esto es, la mera apropiación del soporte en que está incorporada la información que constituye su objeto o la toma de conocimiento de la misma de otra forma es constitutiva de un acto de competencia desleal si tiene lugar mediante «espionaje industrial o procedimiento análogo» (art. 13.2 LCD). En este contexto, espionaje industrial o procedimiento análogo es todo acto de apropiación indebida de los secretos empresariales ajenos, tanto de los soportes que los incorporan (documentos, discos o cintas electromagnéticas...) como en su caso de la propia información mediante los medios técnicos apropiados (fotografía, fotocopia, filmación, acceso a través de ordenadores...) o sin ellos (memorización). Estos actos resultan indebidos si quien los realiza no guarda con el titular una relación que le autorice su ejecución, o que le autorice su ejecución en la forma en que se hace. Oe ahí que también pueda cometer espionaje industrial quien pueda tener acceso legítimamente a los secretos (*ad ex.* un trabajador, un administrador o un socio) si, con el fin de divulgarlos

o explotarlos, se apropia de ellos en el sentido antedicho, esto es, sustrae los soportes que los incorporan, obtiene copias de los mismos o los retiene de cualquier modo.

(35) Asimismo es desleal la apropiación de secretos mediante la inducción a la infracción de deberes contractuales básicos, como sin duda es en todos los casos el deber de secreto, mediante la inducción a la terminación regular de un contrato (normalmente de trabajo, pero también de licencia de secreto empresarial o de suministro) o mediante el aprovechamiento de una infracción contractual no inducida (art. 14 LCD).

Artículo 14.INDUCCIÓN A LA INFRACCIÓN CONTRACTUAL

1. Se considera desleal la inducción a trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados, a infringir los deberes contractuales básicos que han contraído con los competidores.

2. La inducción a la terminación regular de un contrato o el aprovechamiento en beneficio propio o de un tercero de una infracción contractual ajena sólo se reputará desleal cuando, siendo conocida, tenga por objeto la difusión o explotación de un secreto industrial o empresarial o vaya acompañada de circunstancias tales como el engaño, la intención de eliminar a un competidor del mercado u otras análogas.

Bibliografía

J. A. GÓMEZ SEGADÉ, «Captación de empleados», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995, pág. 926 ss.; J. MASSAGUER, «Inducción a la infracción contractual», XV *ADI* 1993, pág. 35 ss.; ID., «Inducción a la infracción contractual», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995, pág. 3537 ss.

Doctrina-comentario

Sumario:

- 1.Introducción
- 2.Encuadramiento sistemático
- 3.Presupuestos comunes a todos los actos de inducción a la infracción contractual
- 4.Inducción a la infracción de deberes contractuales básicos
 - a.La acción relevante
 - b.Las circunstancias determinantes de la deslealtad
 - c.Las consecuencias jurídico-negociales de la deslealtad
 - d.Los grupos de casos
 - e.(sigue) Captación de clientela y factores de producción
 - f.(sigue)Pluriempleo ilícito
 - g.(sigue) Soborno de empleados y otros colaboradores
- 5.Inducción a la terminación regular de un contrato
 - a.La acción relevante
 - b.Las circunstancias determinantes de la deslealtad
 - c.Las consecuencias jurídico-negociales de la deslealtad
 - d.Grupos de casos
 - e.(sigue) Violación de secretos empresariales
 - f.(sigue) Captación de empleados y otros colaboradores
 - g.(sigue) Captación de clientela
- 6.Aprovechamiento de la infracción contractual
 - a.La acción relevante
 - b.Las circunstancias determinantes de la deslealtad
 - c.Grupos de casos
 - d.Excursus. La intromisión en un sistema de distribución selectiva o ventas grises

1 INTRODUCCIÓN

(1) La tipificación de la inducción a la infracción contractual como acto de competencia desleal es novedad traída por la nueva Ley de Competencia Desleal. Bajo esta rúbrica,

en realidad, se tipifican tres actos de competencia desleal diversos: la inducción a la infracción de deberes contractuales básicos, la inducción a la terminación regular de un contrato y el aprovechamiento de una infracción contractual no inducida. Común denominador e hilo conductor de su regulación es la irrupción de un sujeto en una esfera de relaciones contractuales de las que no es parte. Se trata, en particular, de la irrupción que provoca o aprovecha una ruptura contractual, sea la infracción de las obligaciones derivadas de un contrato o la terminación de un contrato.

2 ENCUADRAMIENTO SISTEMÁTICO

(2) El fundamento de la tutela jurídico-concurrencial de las relaciones contractuales ante la irrupción de tercero no es cuestión obvia. Y no lo es porque el principio *pacta sunt servanda* no compromete al tercero que no es parte del acuerdo (como recuerda en un supuesto de esta clase SAP Sevilla 21-VI-1993 «Devos y Cía., S. A. c. Sevillana de Informática»), sin perjuicio de que autorizadamente se haya postulado la vigencia de un deber general de respetar las situaciones contractuales entre terceros, cuya infracción puede generar responsabilidad aquiliana.

(3) La deslealtad de la inducción a la infracción contractual tendió a fundarse originariamente en criterios de corrección profesional: su tipificación entre los actos de competencia desleal elevó un uso honesto del tráfico a la categoría de regla de Derecho; de hecho, algún pasaje del artículo 14 de la Ley de Competencia Desleal todavía refleja esta concepción —sea la referencia a los competidores del párrafo primero, sea la referencia a la finalidad de la acción en el párrafo segundo—. Pero esta lectura se compadece mal con el modelo de tutela institucional de la competencia asumido positivamente y, en su caso, con el derecho al trabajo garantizado constitucionalmente (art. 35 CE). Tras la inducción a la infracción contractual se esconde la lucha por la captación de clientes y factores de producción. Esta lucha no sólo es lícita, sino en sí misma deseable y, de hecho, potenciada por el sistema de libre competencia. La clientela, la fuerza de trabajo, los suministradores de bienes, servicios y capitales se arrebatan ofreciendo mejores condiciones: si la posibilidad de ofrecerlas revela una más eficiente asignación de recursos del oferente, su aceptación asegura que los factores de producción quedan en manos del agente que obtiene una mayor utilidad de los mismos; de otro lado, la clientela (consumidores o no) maximiza utilidades escogiendo la oferta más ventajosa. El peligro que de ello deriva, la pérdida de ingresos, incluso la expulsión del mercado del competidor es un efecto asumido por el Derecho de la competencia.

(4) Precisamente en este contexto, la inducción a la infracción contractual posee rasgos de disfuncionalidad competitiva e ineficiencia institucional más que suficientes para fundar su deslealtad como acto de obstaculización, en unos casos, y, en otros, como acto de aprovechamiento injustificado del esfuerzo ajeno. Las relaciones contractuales establecidas por un agente económico cumplen una doble función en el proceso competitivo: organizan el desarrollo de una actividad económica en el mercado y dan cauce a las transacciones que culminan dicha actividad. La obra jurídica que sostiene la actividad económica posee en su conjunto un valor competitivo, del que la intromisión de tercero despoja a su «titular». Pero el control de deslealtad no se orienta aquí hacia la tutela de las prestaciones de un agente económico carentes de protección especial, sino hacia la represión de conductas que ocasionan un perjuicio y, de modo paralelo, reportan una ventaja carente de justificación concurrencial. No son argumentos de moral empresarial los que explican la deslealtad de la inducción a la infracción contractual, sino de eficiencia económica: el mercado sólo puede soportar la destrucción de relaciones contractuales ajenas si ello responde a una mayor eficiencia de las prestaciones propias.

(5) El control de deslealtad valora exclusivamente la acción de quien induce a la infracción o terminación, o de quien aprovecha un incumplimiento. El enjuiciamiento de la acción del contratante que, por propia resolución o movido por otro, incumple sus obligaciones debe hacerse, según los casos, como aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno en el marco de la cláusula general (art. 5 LCD) o como divulgación o explotación de secretos (art. 13.1 LCD).

3 PRESUPUESTOS COMUNES A TODOS LOS ACTOS DE INDUCCIÓN A LA INFRACCIÓN CONTRACTUAL

(6) Como antes se indicó, la Ley de Competencia Desleal no tipifica un acto de inducción a la infracción contractual, sino tres diversos y por tanto tres acciones relevantes distintas, que conviene examinar por separado. Sin embargo, todas ellas poseen unos presupuestos estructurales comunes: la existencia de una relación jurídica eficaz derivada de un contrato. Sin ella no hay, en efecto, deberes contractuales cuya infracción pueda inducirse o aprovecharse, ni contrato cuya terminación regular pueda inducirse.

(7) La relación jurídico-contractual relevante puede nacer de un contrato exhaustivo o de un contrato que modifica o completa otro anterior; de un contrato en vigor o de un contrato ya extinguido, siempre que establezca obligaciones postérmino válidas (v. *gr.* pacto de no competencia postérmino fijado en contrato de trabajo: art. 21.2 ET), de un contrato de tracto sucesivo, como sucede de común, o de tracto único. Igualmente relevante es la relación establecida en un precontrato, por lo que hace al incumplimiento de las obligaciones propias del mismo y a su extinción. En cambio, de las negociaciones previas o tratos preliminares para la celebración de un contrato no surge una relación contractual relevante —salvo que se establezca expresamente mediante un pacto *ad hoc*, como sucede *ad ex.* en las negociaciones previas a la celebración de contratos de licencia de *know-how*—, sin perjuicio de que la ruptura intempestiva de las mismas genere responsabilidad por *culpa in contrahendo* (art. 1.902 CC) y de que la inducción a dicha ruptura pudiera constituir un acto de aprovechamiento del esfuerzo ajeno o de obstaculización o agresión, sometido al reproche general de deslealtad (art. 5 LCD), o una violación de secretos si de este modo se entra en conocimiento de ellos (art. 13.2 LCD).

(8) Los contratos relevantes son todos aquéllos respecto de los que la inducción a incumplirlos o a terminarlos regularmente, o bien el aprovechamiento de su infracción pueda presentarse como acción de finalidad concurrencial (art. 2.2 LCD). La enumeración de contratos del artículo 14.1 de la Ley de Competencia Desleal es enunciativa; simplemente destaca los contratos de especial significado concurrencial y, como enseña la experiencia, más expuestos a la irrupción desleal de terceros: contratos con trabajadores, proveedores y clientes —cualesquiera perceptores de prestaciones por virtud de contrato con independencia del escalón que ocupen en la cadena producción-distribución-consumo—, sin olvidar («demás obligados») otros contratos igualmente vitales para una organización empresarial, como v. *gr.* contratos de distribución, de concesión, de agencia, de franquicia, de licencia de patente, marcas..., de arrendamiento de servicios, de arrendamiento o subarrendamiento de obra...

(9) La persona y tipo de actividad del sujeto pasivo, de quien sufre o puede sufrir los efectos de la inducción a la infracción contractual, son irrelevantes. Quedan incluidos los entes públicos, pero sólo si el sujeto inducido a incumplir o terminar regularmente su vinculación con aquéllos o cuyo incumplimiento se aprovecha está comprometido por una relación contractual, y no funcional. En el tenor del artículo 14.1 de la Ley de Competencia Desleal se desliza *in fine* una equívoca referencia a una necesaria relación de competencia entre el sujeto agente y el sujeto paciente de estos actos de

competencia desleal, de forma que la acción típica «inducción» ha de afectar a las relaciones contractuales establecidas por un competidor. Esta formulación no cuadra bien en un sistema de represión de la competencia desleal que parte expresamente de la superación de la relación de competencia como presupuesto de la deslealtad (art. 3.2 LCD). De ahí que deba imponerse una lectura de este pasaje legal que haga de la referencia a las obligaciones contractuales contraídas con competidores simplemente una muestra del carácter enunciativo de la relación de contratos ofrecida por el legislador o una repetición de la finalidad concurrencial que, en todo caso, ha de tener la acción del sujeto agente.

(10) Al sujeto agente, que es sólo el inductor y el no inducido (v. *SAP Barcelona 25-V-1995* «denuncia de contrato de distribución») —sin perjuicio que éste pueda cometer otro acto de competencia desleal, como la violación de secretos—sólo se le exige que participe en el mercado (art. 3.1 LCD) y que la inducción se ordene en la conducta que le es propia en su condición de oferente o demandante de productos o servicios para su transformación y/o distribución en el mercado. Por ello y salvo que concurren circunstancias excepcionales [v. **Art. 2 (12)**], no es acto de competencia desleal v. *gr.* el llamamiento hecho por un partido político a la retirada de fondos de una caja de ahorros porque la lengua que emplea en sus impresos no responde a sus posturas en materia de política lingüística, o por una asociación de consumidores a dejar de pagar un determinado suministro como medida de oposición a un sistema de cobro de impuestos y tasas.

4 INDUCCIÓN A LA INFRACCIÓN DE DEBERES CONTRACTUALES BÁSICOS

a La acción relevante

(11) La delimitación de la acción típica de la inducción a la infracción de deberes contractuales básicos gira en torno a dos elementos: el comportamiento del sujeto agente y el objetivo del mismo.

(12) El comportamiento del sujeto agente consiste en el ejercicio de influencia sobre otra persona conscientemente encaminada a y objetivamente adecuada para moverla a infringir deberes básicos derivados de una relación jurídico-contractual eficaz. Esta caracterización presupone el conocimiento de la existencia de una relación contractual. La influencia relevante puede ejercerse tanto mediante una propuesta expresa, como mediante cualquier otro comportamiento apto para motivar a otro a incumplir sus obligaciones contractuales. La infracción, por su parte, no es elemento de la acción típica, sino la verificación de sus efectos dañosos para el sujeto pasivo. Por ello, la calificación de una conducta como inducción sólo está condicionada al desarrollo de un comportamiento idóneo para provocar la decisión de infringir deberes contractuales básicos, extremo que deberá ser valorado según los medios empleados para incitar a infringir, aunque no se siga la infracción, ni la resolución a infringir. Los medios son apropiados si, consideradas las circunstancias del caso, se revelan idóneos para motivar por sí la decisión de infringir deberes contractuales básicos (aunque referida a un supuesto de terminación de contrato, v. *SAP Valencia I-IX-1997* «Electromedical»). La idoneidad depende de la seriedad de la proposición y del atractivo que encierre a ojos del destinatario. En general deben ser tenidos como medios relevantes en este contexto todos los que puedan considerarse ventajas objetivamente (porque mejoran la posición de un destinatario tipo) y subjetivamente (porque mejoran la posición del destinatario en particular), sean efectivas o queden postergadas a la infracción, sean conferidas al infractor o a persona allegada, sean determinadas o estén pendientes de concreción. Al lado del estímulo consistente en la atribución o promesa de una ventaja se sitúa el engaño: existe igualmente inducción cuando la decisión de incumplimiento se logra creando en el inducido una falsa representación de la realidad, sea de la misma

consideración de la acción como incumplimiento contractual sea de sus consecuencias [*cfr.* STS (Sala 6.^a) 27-I-1983, donde se trató del despido de un trabajador que había conseguido que otros desatendieran unas prohibiciones de venta impuestas por sus superiores haciéndoles ver que el empresario participaba en los beneficios derivados de dichas operaciones].

(13) La inducción relevante está caracterizada, en segundo lugar, por una faceta finalista: su ordenación a la infracción de deberes contractuales básicos contraídos con competidores del sujeto agente; debe ser evidente, en cualquier caso, que la ventaja se ofrece como contraprestación de la infracción. La mera realización de una oferta ventajosa, por lo tanto, no es suficiente para entender producida una inducción al incumplimiento de las obligaciones contractuales básicas (*v.* SAP *Navarra* 10-VI-1998 «Alfacel, S. A. c. Viscosán, S. A.»); es necesario, además, que la oferta se dirija precisamente a resolver al incumplimiento, que el objetivo buscado sean el incumplimiento y sus resultados. La infracción comprende en este caso tanto el incumplimiento o falta de cumplimiento, como el cumplimiento defectuoso y en circunstancias de tiempo y/o lugar distintas de las pactadas. No toda infracción es relevante, sino únicamente la de las obligaciones que tengan carácter básico en la relación contractual del caso: las relativas a las prestaciones principales y, en general, aquellas cuya infracción legitime para pedir la resolución del contrato; esta condición se determina de conformidad con el régimen propio del contrato en cuestión. No constituye incumplimiento, en cambio, la denuncia o desistimiento unilateral, siempre en el bien entendido de que el contrato en cuestión la admita; si así fuera, y la denuncia se produjere conforme a lo pactado o, en defecto de pacto, según las exigencias de buena fe, la eventual inducción deberá enjuiciarse como posible inducción a terminación regular de contrato (*v.* SAP *Barcelona* 1-II-1996 «transitarios»).

b Las circunstancias determinantes de la deslealtad

(14) La inducción a la infracción de deberes contractuales básicos es desleal por principio, sin necesidad de la concurrencia de ulteriores requisitos, particularmente de los exigidos para que la inducción a la terminación regular sea desleal: carente en todo caso de posible justificación competitiva, es un acto puro de obstaculización o expolio de la actividad de otro agente económico. De otro lado, el reproche de deslealtad tampoco está condicionado en este caso por la intencionalidad del inductor, por los medios empleados ni por los resultados obtenidos: es irrelevante que el sujeto agente pretenda obtener alguna ventaja de la infracción contractual o bien, en un plano más abstracto, expoliar u obstaculizar la actividad de un tercero, siempre que actúe con la finalidad concurrencial general; que el sujeto agente emplee unos medios u otros para resolver al inducido a infringir los deberes contractuales básicos, siempre que se trate de medios objetivamente aptos para ello en las circunstancias del caso concreto; que el sujeto agente en efecto logre convencer al inducido para incumplir sus deberes contractuales básicos o no; que éste incumpla, intente el incumplimiento o, por el contrario, rechace la proposición y, en fin, que la inducción ocasione un perjuicio efectivo o no al sujeto afectado por ella.

c Las consecuencias jurídico-negociales de la deslealtad

(15) Las obligaciones contraídas por las partes, entre inductor e inducido, en el marco de la inducción a la infracción de deberes contractuales básicos son nulas, sean las derivadas de la promesa del inductor o bien las establecidas mediante el contrato realizado precisamente como fruto de la inducción. En efecto, se trata de obligaciones que adolecen de una causa ilícita. La declaración de nulidad, así como cualquier otro pronunciamiento que afecte definitiva o cautelarmente al normal cumplimiento de dichas obligaciones, sólo podrá realizarse si la relación procesal se ha constituido debidamente,

lo que pasa por la presentación de la demanda conjuntamente contra inductor e inducido, limitada dicha demanda en su caso a los solos aspectos jurídico-obligacionales en relación con este último. De otra forma, el Juez ha de limitarse a resolver los extremos propiamente concurrenciales del *petitum* y abstenerse de resolver los jurídico obligacionales. No parece dudoso que entre los primeros se cuenta la suspensión o cesación de la ejecución de la prestación objeto de la relación establecida mediante la inducción desleal, como no lo es que el contenido de la correspondiente condena o medida cautelar no puede ir tampoco más allá de lo que sea necesario para impedir la infracción contractual.

d Los grupos de casos

(16) Los diversos supuestos de inducción al incumplimiento de deberes contractuales básicos pueden ordenarse en dos grandes grupos de casos, según la inducción tenga por fin sustituir la relación infringida por otra nueva o no: entre los primeros se cuentan la captación de clientela y factores de producción, y entre los segundos el pluriempleo ilícito y el soborno. Común a todos estos casos es su deslealtad de principio: no hay espacio para dirigirse a un trabajador, proveedor, cliente... ajeno incitándole a infringir obligaciones básicas emanadas de su vínculo comercial con el sujeto pasivo. La única condición para estimar que la proposición de incumplimiento sea inducción en el sentido del artículo 14 de la Ley de Competencia Desleal es su seriedad, dependiente de los medios de que se vale para revelarse efectiva.

e (sigue) Captación de clientela y factores de producción

(17) Al primer grupo pertenecen los casos de captación de clientela y factores de producción. En principio, la mera oferta hecha a una persona obligada por un contrato incompatible con el propuesto es conforme a las pautas de conducta exigidas por la competencia de méritos; desde un punto de vista negativo, no encierra una inducción a la infracción de deberes contractuales. De otra forma se prohibiría toda captación de clientela, trabajadores... y se fundarían derechos sobre ellos incompatibles con la constitución económica, tanto con la libertad de empresa (art. 38 CE; v. SAP *Madrid* 11-XII-1998 «mantenimiento de instalaciones contra incendios») como con la libertad de trabajo (art. 35.1 CE) y, sin duda, con el principio de la autonomía de la voluntad (en esta línea, SSAP *Barcelona* 6-X-1993 «inválida para negocios marítimos», *Asturias* 4-X-1995 «CEASTUR, S. L. c. Malui, S. L.»). La oferta comercial distinguida por unas mejores condiciones en la retribución, condiciones de trabajo o precio, calidades, forma de pago, etc., está competitivamente justificada o, lo que es lo mismo, no tiene mera función expoliadora u obstaculizadora (v. SAP *Barcelona* 1-II-1996 «transitarios»). La frontera entre la oferta de contrato lícita y la inducción a la infracción desleal se cruza en los casos en que expresamente se requiere al inducido el incumplimiento en lugar de la terminación regular, o bien en los que la oferta reviste tal atractivo que hace más conveniente el incumplimiento del contrato en vigor que su terminación regular.

f (sigue) Pluriempleo ilícito

(18) Son casos de inducción al incumplimiento de deberes contractuales básicos que no tienen por fin sustituir la relación contractual infringida el pluriempleo de trabajadores en los casos en que ello suponga el quebrantamiento de la prohibición de competencia desleal derivada del deber de buena fe o de un pacto de dedicación plena, así como el pluriempleo de administradores sociales en la medida en que constituya una infracción del deber de diligencia legalmente impuesto, particularmente si el desempeño de dos o más cargos de administrador impide un cumplimiento satisfactorio de las funciones propias y, muy en especial, si el segundo o ulterior cargo se ostenta en una sociedad dedicada al mismo género de actividad; la violación de pactos de no competencia

establecidos en un contrato de trabajo para después de su terminación o en un contrato relativo a la transmisión de control de un establecimiento mercantil o de un paquete de acciones o participaciones sociales (de común que confiere el control de la compañía en cuestión); o bien la inobservancia de un pacto de permanencia en la empresa.

g (sigue) Soborno de empleados y otros colaboradores

(19) En particular, el soborno o corrupción de trabajadores posee un alcance más amplio que el que actualmente tiene en el ámbito jurídico-laboral [donde es incumplimiento del deber de buena fe contractual, v. T. SALA (dir.), *Derecho del Trabajo*, 11.^a ed., Tirant lo blanch, Valencia, 1997, pág. 402], pues no sólo comprende la aceptación de gratificaciones sin consentimiento del principal por parte del trabajador a quien se hubiere confiado la intervención o conclusión de negocios; de ahí que, a mi modo de ver, la entrega u ofrecimiento de cualquier clase de propina, dádiva u otra ventaja de todo tipo a un trabajador sin consentimiento de su principal también constituya un acto de competencia desleal (por inducción a la infracción de deberes contractuales básicos) cuando de este modo se persiga el establecimiento o el aseguramiento de la pervivencia de una relación contractual con el empresario. Y otro tanto cabe decir en el caso de que estas propinas, dádivas u otras ventajas de cualquier clase se ofrezcan a administradores sociales con aquel propósito, en la medida en que la aceptación de las mismas constituye una transgresión del deber de diligencia impuesto en relación con el desempeño de su cargo (art. 127.1 LSA aplicable también a los administradores de la sociedad de responsabilidad limitada por la remisión del art. 69 LSRL), o bien a otra clase de colaboradores o personas vinculadas contractualmente que se hayan comprometido a prestar servicios de asesoramiento relativos a la elección de proveedores o clientes, o simplemente de productos o servicios.

5 INDUCCIÓN A LA TERMINACIÓN REGULAR DE UN CONTRATO

a La acción relevante

(20) También en el caso de inducción a la terminación regular de un contrato la acción típica se delimita en torno a dos elementos, la acción del sujeto agente y el objetivo de la misma.

(21) La acción del sujeto agente consiste en el ejercicio de una influencia sobre otra persona encaminada a y objetivamente adecuada para determinarla a finalizar regularmente una relación contractual eficaz de la que es parte. En lo demás, vale lo dicho respecto de la inducción a la infracción de deberes contractuales básicos, en el bien entendido de que en este contexto es necesario que la intervención del tercero sea la causa que motive la decisión de terminar el contrato (v. SAP *Valencia* 1-IX-1997 «Electromedical»); por el contrario, no son suficientes para entender producida una inducción las frecuentes conversaciones con el supuesto inducido realizadas en el marco de una relación comercial del inductor con el principal de aquél, la proximidad entre la denuncia y el nuevo contrato, o el mero ofrecimiento de entablar relaciones (v. SAP *Barcelona* 25-V-1995 «denuncia de contrato de distribución»).

(22) El objetivo del ofrecimiento de una ventaja debe consistir precisamente en resolver al destinatario de la misma a poner término a la relación contractual vigente de que se trate en cada caso. En este ámbito, la terminación regular del contrato no se corresponde enteramente con la noción técnica de extinción de la relación obligatoria, sino sólo con algunas de sus manifestaciones. Queda descartado, en efecto, que terminación regular pueda ser en este caso sinónimo de conclusión del contrato conforme a Derecho. La terminación regular sólo comprende la extinción del contrato por voluntad de una de las partes, y no en todas sus formas, sino sólo por denuncia o

desistimiento unilateral, como el desistimiento del comitente en el contrato de arrendamiento de obra (art. 1.594 CC), la disolución de la sociedad por la voluntad de uno de los socios (art. 1.705 CC y art. 224 I CCom), la revocación del mandante o renuncia del mandatario (art. 1.732 CC), así como, de especial relevancia en esta materia, el desistimiento del contrato de venta a plazos (art. 9 LVP), la renuncia del administrador social, la dimisión del trabajador (art. 49.4 ET), el rescate de la póliza en el contrato de seguro de vida (art. 96 LCS) o, en general, la denuncia *ad nutum*, sin más requisito que el preaviso efectuado en la forma pactada o según lo establecido por los usos, de los contratos de duración indefinida, como de común son el contrato de agencia, suministro, concesión, franquicia, estimatorio (por todas, STS 16-IX-1988 «Laboratorios Jorbá, S. A. c. Institut Pasteur Production, S. A.», y en la jurisprudencia de Audiencias *ad ex*. SAP *Barcelona* 22-VI-1995 «competencia tras contrato de distribución exclusiva»).

(23) No lo es, en cambio, la resolución de la relación contractual, que no es tanto una modalidad de terminación regular, cuanto una modalidad de ineficacia del negocio, concebida como remedio para reparar una situación injusta (el incumplimiento), imputable precisamente al perjudicado por una eventual inducción. Por la propia naturaleza de las cosas, además, no son circunstancias extintivas relevantes las que son ajenas a la voluntad de las partes —término, cumplimiento de una condición resolutoria, extinción de la obligación por pérdida de la cosa debida—, las que son fruto de un acuerdo entre partes —desistimiento mutuo, extinción de la obligación por novación—, ni las que son conformes con los efectos objetivamente buscados por las partes mediante el contrato —ejecución de las prestaciones debidas o subrogado del cumplimiento—. No hay terminación relevante, por fin, en los casos de expiración del período de duración y no renovación del contrato: ya no existe contrato que pueda ser terminado (*v.* SSAP *Madrid* 10-VI-1996 «competencia de expleado», *Madrid* 11-XII-1998 «mantenimiento de instalaciones contra incendios»), sin perjuicio del hipotético control de deslealtad de la inducción a no renovar como acto de aprovechamiento del esfuerzo ajeno, obstaculización o agresión.

b Las circunstancias determinantes de la deslealtad

(24) La inducción a la terminación regular de un contrato no sucumbe en todos los casos al juicio de deslealtad concurrencial. En efecto, la inducción a la terminación regular no es por sí misma un acto de competencia desleal. El ofrecimiento de mejores condiciones a los trabajadores, clientes, proveedores, distribuidores, agentes, licenciarios... y demás personas contractualmente vinculadas con tercero no funda por sí solo el juicio de deslealtad, incluso si tales condiciones están muy por encima del nivel medio de las ofrecidas normalmente. No comete acto de competencia desleal, pues, el empresario que con su oferta de empleo determina a un trabajador empleado por tercero a terminar su actual relación laboral mediante dimisión para entrar a su servicio, o resuelve a un cliente a poner término mediante denuncia a un contrato de duración pactado con tercero a fin de contratar con él la misma prestación..., incluso si se ofrece asistencia, particularmente jurídica, para extinguir el contrato. Por el contrario, la deslealtad de la inducción a la terminación regular se funda en la concurrencia de especiales circunstancias, reveladoras de la contradicción de la acción con la exigencia institucional de competencia basada en la eficiencia de las prestaciones propias. El artículo 14.2 de la Ley de Competencia Desleal contiene un elenco ejemplificativo de circunstancias determinantes de la ilicitud concurrencial de la inducción a la terminación. Estas circunstancias pueden encuadrarse en dos grupos: las que revelan la deslealtad de la inducción a la terminación regular por la reprobabilidad de los medios empleados (engaño) y las que lo hacen por la reprobabilidad del fin perseguido (divulgación o explotación de secretos empresariales y expulsión del competidor).

(25) La inducción a la terminación regular de un contrato sucumbe al juicio de deslealtad en atención a los medios empleados en el caso legalmente descrito como inducción acompañada de engaño, esto es, lograda o intentada con engaño (v. SAP *Barcelona* 1-II-1996 «transitarios»). El inductor se sirve del engaño cuando arranca o pretende arrancar la decisión a terminar el contrato provocando una errónea representación de la realidad. En particular, son relevantes a estos efectos las aseveraciones falsas sobre la contraparte del inducido o su empresa —que siembran v. *gr.* en el empleado incertidumbre acerca de la situación financiera de su principal y, por ello, de la estabilidad del propio puesto de trabajo-, así como el empleo de extrabajadores o exrepresentantes de un competidor para trabar contacto con la clientela de su antiguo principal sin advertirles del cambio, o el incumplimiento de las promesas que resolvieron al inducido a terminar su contrato con un tercero. En este grupo debe incluirse igualmente, por obra de la cláusula de extensión analógica final, la denigración del empleador, de su empresa o actividad (en esta línea apunta SAP *Granada* 6-XI-1996 «difusión por exempleado de manifestaciones sobre su anterior empresa»); la captación mediante ofertas cuyo atractivo reside en extremos esencialmente ajenos al contenido normal de la relación contractual o que son contrarios a Derecho; las amenazas; el aprovechamiento de situaciones en las que la capacidad o la posibilidad de reflexión es muy limitada, como v. *gr.* la firma de carta de dimisión bajo efectos del alcohol, o, en fin, la captación de clientes con listas deslealmente apropiadas. Estos medios revelan por sí la deslealtad del acto, por más que también concorra un objetivo igualmente desleal, sea el expolio, la obstaculización o la agresión a un competidor.

(26) La inducción a la terminación regular de un contrato es desleal en atención a la finalidad perseguida si con dicha terminación se pretende la difusión o explotación de un secreto industrial o empresarial, de un lado, o, de otro, la eliminación de un competidor del mercado (art. 14.2 LCD). Los términos legales —«tenga por objeto» y «acompañada de circunstancias tales como... la intención»— confieren un marcado carácter finalista al juicio de deslealtad de la inducción a la terminación regular de un contrato, que debe ser atemperado con una interpretación que haga justicia al espíritu objetivo del ilícito concurrencial. Ni el dolo ni la culpa son presupuestos del acto de competencia desleal. En consecuencia, el juicio de deslealtad no puede quedar vinculado a la intención del inductor o al conocimiento de que su acción tiene o puede tener por efecto el aprovechamiento del esfuerzo ajeno o la obstaculización de la actividad de un tercero. Lo relevante será la concurrencia de hechos que revelen que la inducción no puede tener una finalidad distinta de la expoliación de los resultados de la actividad empresarial ajena o la agresión a la posición del tercero. Esta construcción permite y, al tiempo, obliga a emplear un esquema presuntivo para fundar el juicio de deslealtad de la inducción a la terminación regular a causa de sus fines. En el plano de la prueba, pues, el actor debe aportar los correspondientes *perspicua indicia*, los datos de hecho que revelan la aptitud objetiva de la conducta del sujeto agente para el logro de los fines relevantes.

(27) La finalidad de difundir o explotar secretos empresariales expresa el reproche de la inducción en cuanto acto de expolio o aprovechamiento injustificado de los resultados de la actividad competitiva ajena. Por esta razón debe predicarse la deslealtad de la captación de trabajadores, agentes... mediante inducción a la terminación de un contrato para emplearlos en las relaciones con los clientes de su antiguo principal, beneficiándose de los conocimientos de su cartera de clientes, así como de las relaciones establecidas a su servicio, en los casos en que dichos conocimientos y relaciones constituyan secretos empresariales.

(28) La finalidad de eliminar a un competidor del mercado expresa la deslealtad de la inducción en cuanto acto de obstaculización o predación. La cláusula de analogía del artículo 14.2 de la Ley de Competencia Desleal permite formular el reproche de

deslealtad en general, respecto de la inducción a la terminación que tiene por fin debilitar la capacidad competitiva del sujeto pasivo y que es objetivamente adecuada para dificultar el desenvolvimiento de su actividad.

c Las consecuencias jurídico-negociales de la deslealtad

(29) Para las consecuencias jurídico-obligacionales de la deslealtad de la inducción a la terminación regular de una relación contractual vale *mutatis mutandis* lo expuesto sobre este extremo en relación con la inducción al incumplimiento de deberes contractuales básicos [v. **(15)**]: la relación establecida entre inductor e inducido tiene causa ilícita y por ello es nula; la oportuna declaración judicial, sin embargo, sólo puede realizarse en la medida en que el inducido haya sido traído a juicio, intervención que, en cambio, no es necesaria para establecer condenas o medidas cautelares que impliquen una suspensión o cesación de la ejecución de la prestación comprometida en virtud del contrato establecido a resultas de la inducción, cesación o suspensión que habrá de limitarse, en su caso, a lo que sea necesario para evitar la difusión o explotación de los secretos empresariales ajenos o para impedir la eliminación del competidor.

d Grupos de casos

(30) Dentro de la deslealtad por la finalidad de la inducción a la terminación regular de un contrato merecen especial consideración tres *grupos de casos*: violación de secretos empresariales, captación de colaboradores y captación de clientela.

e (sigue) Violación de secretos empresariales

(31) Entran en este supuesto de violación de secretos, fundamentalmente, los casos de contratación de colaboradores: empleados, agentes, suministradores, licenciarios o administradores sociales, que, a instancia del sujeto agente, han puesto fin previamente a la relación que les unía con el sujeto paciente. En caso de captación de empleados, la inducción a la terminación sólo es desleal por esta causa si el nuevo empleador pretende aprovechar los secretos referidos a la explotación y negocios de su antiguo principal; no, en cambio, si sólo pretende beneficiarse de la pericia y capacitación profesionales del trabajador, aun cuando las hubiere obtenido en el desempeño del anterior trabajo: su empleo está justificado por su profesión habitual. Si bien la finalidad típica es la difusión o explotación de los secretos empresariales ajenos, el propósito de entrar en conocimiento de los mismos revela igualmente la deslealtad de la inducción a la terminación regular del contrato en cuanto se trata de un acto apto para ello. El inductor dispone de una información cuyo conocimiento, en todo caso, le permite tomar las medidas que considere más apropiadas para definir su posición estratégica o actuación (y que bien puede consistir, a la vista de la información así ganada, en no hacer nada) y cuyo uso es incierto. Si en el futuro los secretos empresariales no han de ser difundidos o explotados es extremo que la inicial acción del inductor no asegure en forma alguna. El legítimo interés en el mantenimiento del secreto de las informaciones empresariales debe primar sobre una lectura excesivamente literal del precepto.

f (sigue) Captación de empleados y otros colaboradores

(32) La captación de colaboradores mediante inducción a la terminación regular de un contrato en vigor no constituye un acto de competencia desleal por sí mismo. Los hechos indiciariamente reveladores de la finalidad desleal de la captación de colaboradores mediante inducción a la terminación de un contrato (de su condición de acto de obstaculización o predatorio) deben mostrar su aptitud objetiva para provocar una grave disfunción en el normal desenvolvimiento de la actividad empresarial afectada. Entre estos hechos se cuentan el proceder sistemático del sujeto agente y la

cualificación de los colaboradores afectados por su acción. El modo sistemático de proceder se manifiesta en el ejercicio de influencia sobre la totalidad o la mayor parte de los colaboradores del sujeto pasivo, así como, por lo que hace a los medios empleados, de forma especial en la utilización de exempleados que conocen la organización empresarial ajena para captar sus colaboradores clave y difícilmente reemplazables, sin perjuicio de la paralela violación de secretos empresariales [en el ámbito penal, resolvió un caso de estas características STS (Sala 2.^a) 24-IV-1989, donde los secretos empresariales violados eran «datos confidenciales, reservados, de que tuvieron conocimiento por su cualidad de jefes de las secciones» y la acción típica consistió en que «se aprovecharon (de ellos) para formar el equipo completo que se desligó de la empresa»]. Al modo sistemático de obrar se ha de sumar la importancia cualitativa de los colaboradores captados: el personal captado mediante inducción a la terminación regular de un contrato ha de ser indispensable o altamente necesario para la marcha de la actividad del sujeto pasivo. La captación de colaboradores sin formación específica para el desempeño de las tareas asignadas es, en principio, irrelevante. De su lado, el número de contratos cuya terminación regular sea inducida, por más que la acción instantánea acentúe el carácter sistemático del acto, no es tan decisivo cuanto el peso cualitativo que tienen las relaciones establecidas por los contratos afectados para el éxito del sujeto pasivo en el mercado. La captación de un solo colaborador puede ser desleal si se trata de una pieza importante en la empresa, cuya partida pone en peligro su subsistencia, o si es el primer paso de una más amplia acción.

(33) Además de sistemática y trascendente, la captación de colaboradores ajenos ha de ser abusiva, esto es, ha de carecer de justificación concurrencial para sucumbir al reproche de deslealtad. Así ocurre cuando la incorporación de los nuevos colaboradores no exige arrebatarlos a tercero, porque en el mercado puede encontrarse personal igualmente cualificado, o bien no la requieren las necesidades objetivas del inductor, como *ad ex.* pone de manifiesto el hecho de que son empleados en tareas que no les son propias, o bien para explotar sus relaciones con la clientela del sujeto pasivo.

g (sigue) Captación de clientela

(34) La captación de clientela mediante inducción a la terminación regular de un contrato —*ad ex.* inducción al rescate de un seguro de vida, desistimiento de una venta a plazos, liquidación anticipada de un préstamo hipotecario— no es un acto de obstaculización, aunque sea objetivamente adecuada para expulsar al competidor del mercado. Esta conducta es concurrencialmente lícita desde la perspectiva que ahora se considera, incluso si se realiza mediante la toma de contacto vigente una relación contractual con un competidor y de forma sistemática. La deslealtad de la captación de clientela mediante inducción a la terminación regular del contrato debe apreciarse en los medios empleados para mover al cliente a poner término al contrato en cuestión, en concreto si revelan una conducta desleal por confusión, engaño, denigración, comparación, imitación, aprovechamiento de fama ajena, explotación de secretos —*ad ex.* listas de clientes—.

(35) No procede un enjuiciamiento distinto respecto de la inducción efectuada por un expleado o por un exsocio (*v.* SSAP *Málaga* 23-X-1995 «competencia de exsocio», *Cantabria* I-IV-1993 «esperando poder seguir contando con su confianza»): el principio de competencia económica les ampara plenamente en la búsqueda de clientes potenciales entre la clientela de su antiguo empleador, sin perjuicio de la calificación que su conducta merezca si dicha captación infringe un pacto lícito de prohibición de competencia postérmino, se realiza con empleo de listas de clientes secretas y otras informaciones de carácter confidencial (*v.* SSAP *Asturias* 18-VI-1997 «Carbones Manuel Asturias, S. L. c. Carbones Méndez y Menéndez, S. L. y otros», *Valencia* I-IX-1997 «Electromedical») [*v.* **Art. 13 (4)**], se realiza desde el interior de la empresa para

la que se prestan todavía los servicios valiéndose de su estructura y medios y/o sin advertir convenientemente del abandono de la anterior empresa (SAP *Huesca* 21-I-1995 «Esloalsa, S. L. y otro c. A. G. Empresas, S. L. y otro», y a *contrario* SAP *Asturias* 18-V1-1997 «Carbones Manuel Asturias, S. L. c. Carbones Méndez y Menéndez, S. L. y otros») o se aprovecha el esfuerzo e inversiones realizados por el antiguo principal (SAP *Pontevedra* 18-1X-1997 «Tisega, S. L. c. Insega, S. L.») [v. **Art. 5 (23)**].

6 APROVECHAMIENTO DE LA INFRACCIÓN CONTRACTUAL

a La acción relevante

(36) La acción típica «aprovechamiento de la infracción contractual ajena» consiste en la obtención de una ventaja competitiva de la que no podría haberse disfrutado sin mediar la infracción contractual. La conducta del sujeto agente está esencialmente caracterizada por su pasividad en la infracción y su actividad en la obtención de los frutos de la misma. El aprovechamiento, en efecto, presupone una infracción contractual cometida o plenamente resuelta, decidida sin la intervención del sujeto agente, por tanto no inducida y exige, de otro lado, el conocimiento de la infracción, sea un conocimiento efectivo o debido en atención a las circunstancias del caso. Pero la conducta relevante no consiste en cualquier aprovechamiento de una infracción no inducida, sino sólo en el aprovechamiento de una infracción (no inducida) que sea conocida por el sujeto agente.

(37) Los presupuestos materiales del aprovechamiento de la infracción contractual ajena coinciden con los presupuestos de la inducción a la infracción contractual: relación contractual eficaz e incumplimiento de las obligaciones emanadas de la misma. Respecto de este presupuesto, no obstante, conviene hacer dos matizaciones. De un lado, el incumplimiento no debe ser necesariamente anterior en el tiempo al aprovechamiento, sino que puede ser simultáneo. De otro lado, y a diferencia de la inducción, el aprovechamiento no precisa incumplimiento de un deber contractual básico, sino inobservancia de cualquier deber contractual.

b Las circunstancias determinantes de la deslealtad

(38) El aprovechamiento de una infracción contractual ajena no es por sí mismo acto de competencia desleal, sino sólo en los casos en que la ventaja obtenida carezca de legitimación concurrencial por no estar basada en la eficiencia de las propias prestaciones. El juicio de deslealtad concurrencial se condiciona a la concurrencia de especiales circunstancias, que son las mismas que fundan el juicio de deslealtad de la inducción a la terminación regular de un contrato: circunstancias que revelan la deslealtad por los medios empleados para conseguir el aprovechamiento y circunstancias que revelan la deslealtad por la finalidad del aprovechamiento.

(39) Por lo que hace a los medios, la utilización de engaño, denigración... para aprovechar una infracción contractual ajena es, en realidad, una forma de obtener la propia infracción contractual y, por ello, origina una inducción desleal por sí. En este contexto, sólo cabe aplicar el apartado segundo y no el primero del artículo 14 de la Ley de Competencia Desleal si los deberes contractuales incumplidos a causa de engaño no son básicos pero su incumplimiento permite al inductor obtener una ventaja competitiva.

(40) Por lo que hace al fin, el aprovechamiento es una acción neutra, sin otro objetivo que la propia obtención de la ventaja. Es lo cierto que el aprovechamiento de la infracción contractual ajena puede consistir en el aprovechamiento del esfuerzo ajeno y puede obstaculizar y poner en peligro la continuidad de la actividad empresarial de otro.

Pero en ningún caso tiene una finalidad fuera de sí. Antes bien, la ventaja lograda a raíz de la infracción contractual ajena es por sí disfrute ilegítimo de la actividad empresarial de otro, de la que puede seguir la desorganización o destrucción de su empresa y, eventualmente, su expulsión del mercado: aprovecha deslealmente una infracción contractual ajena quien hace oídos a la revelación de secretos empresariales de otro y los difunde mediante precio o los explota, sin necesidad de que con ello, además, destruya la empresa o explote los resultados de la actividad del sujeto pasivo.

c Grupos de casos

(41) Entre los casos reconducibles al aprovechamiento de una infracción contractual no inducida el más relevante es, probablemente, la venta gris de productos originales comercializados a través de redes de distribución selectiva o de franquicia, pero no a través de redes de distribución exclusiva. Igualmente pertenecen a este grupo de casos, como se acaba de apuntar, la adquisición de secretos empresariales ajenos resultante de una revelación ilícita no inducida por persona obligada contractualmente a mantenerlos en secreto, así como todas las ventas de productos en condiciones distintas de las fijadas por el fabricante o distribuidor mayorista hechas por quien las adquiere gracias a un incumplimiento contractual, *ad ex.* venta por debajo de un precio lícitamente impuesto por el fabricante a los revendedores, o bien venta fuera del territorio delimitado por una lícita restricción contractual en un contrato de distribución o de licencia de tecnología (patente *y/o know-how*) [los términos de la licitud *antitrust* de las restricciones territoriales establecidas en un contrato de licencia de tecnología (patentes *y/o know-how*) están fijados en el art. 1 del Reglamento (CE) núm. 240/96, de 31 de enero de 1996, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de licencia de tecnología] o modelos [a los que el art. 8.1. c) del Reglamento (CE) núm. 240/96 extiende la aplicación de la exención automática prevista para los contratos de licencia de patente *y/o know-how*], con o sin licencia de marca [*cf.* art. 1.7 del Reglamento (CE) núm. 240/96].

(42) En relación con la fijación vertical de precios conviene recordar que en Derecho español esta práctica se encuentra sometida a una severa restricción, derivada tanto del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia como del artículo 81 del Tratado de la Comunidad Europea (*per omnia* , P. SOLER, *La prohibición antitrust de la fijación vertical de precios en relación con la distribución de mercancías dotadas de marca* , Tesis Doctoral, Valencia, 1993, *passim* , e *ibi* ulteriores referencias), de forma que únicamente se admite la fijación de precios meramente indicativos que permita al revendedor exigir un precio diverso y siempre bajo control efectivo de que la recomendación no sienta las bases de una práctica concertada [STJCE 28-I-1986, asunto 161/84 «Pronuptia de París c. Pronuptia de París Irmgard Schillgalis», y RTDC 21-III-1991, expediente 21/91, «Toshiba Information Systems España, S. A.», ambos en relación con un contrato de franquicia; STJCE 25-X-1977, asunto 26/76 «Metro SB-Großmarkte GmbH & Co. KG c. CEI», y RRTDC, 16-X-1990, expediente 266/90 «Joyería Da Vinci c. SMH España, S. A.», 14-IX-1997, expediente 380/96 «Albesa, S. A. c. Cosmética Selecta, S. A.», comentada por P. SOLER, «¿Hacia un nuevo enjuiciamiento antitrust de la fijación vertical de precios?», *RGD* , núm. 645, 1998, pág. 7655 ss., todas ellas para contratos de distribución selectiva], y sin perjuicio de que, en consideración a las circunstancias del caso, pueda llegar a merecer una autorización individual tanto si se trata de precios fijos (en el caso, de distribución de prensa porque se consideró que era el único medio para financiar las devoluciones: STJCE 3-VII-1985, asunto 243/83, «Binon et Cie. SA c. Agence et Messageries de la Presse S.A»), como si se trata de la fijación de precios máximos [*cf.* P.SOLER, «Sobre los acuerdos de fijación vertical de precios (Una aproximación a la exención de los acuerdos de fijación de precios máximos)», *RGD* , núm. 618, 1996, pág. 2215 ss.].

d Excursus. La intromisión en un sistema de distribución selectiva o ventas grises

Bibliografía: A. FONT RIBAS, *Mercado Común y distribución*, Bosch, Barcelona, 1987; J. MASSAGUER, «La protección de los sistemas de distribución selectiva ante las ventas grises», en *Estudios sobre Derecho industrial. Homenaje a H. Baylos*, Grupo Español de la AIPPI, Barcelona, 1992, pág. 449 ss.; P. SOLER, «Los sistemas de distribución integrada de ámbito comunitario y sus efectos restrictivos de la competencia», *RGD*, núms. 604-605, 1995, pág. 575 ss.; J. 1. RUIZ PERIS, *El contrato de franquicia y las nuevas normas de defensa de la competencia*, Civitas, Madrid, 1991; S. SÁNCHEZ SOLÉ, «Distribución, franquicia y derecho de la competencia», *Boletín de Información Mercantil*, 15 jun., 1991, pág. 274 ss.

(43) En relación con un sistema de distribución selectiva, la *venta gris* o venta paralela consiste en la comercialización de los productos originales por un tercero que carece de las condiciones exigidas para integrarse en la red. Éste es un sistema de comercialización de productos de marca, caracterizado por la selección de los revendedores que efectúa el fabricante, que sólo suministra o permite suministrar, en caso de que se sirva de una filial nacional o de un importador exclusivo y/o de mayoristas exclusivistas por zonas, sus productos (productos originales) para la reventa a los distribuidores-minoristas que cumplen determinadas condiciones y se obligan a mantenerlas (distribuidores autorizados). La adopción de un sistema de distribución selectiva responde a las necesidades que en concreto presenta la comercialización de ciertos productos, muy particularmente, aunque no sólo, productos de alta tecnología y productos de lujo. El elevado atractivo de estos productos y, tanto como ello, las economías producidas por su comercialización sin asumir los costes de integración en la red hacen de su reventa un magnífico «negocio» para los terceros que carecen de las condiciones requeridas a los distribuidores autorizados. El recurso a la acción de competencia desleal para frenar las ventas grises tiene especial interés en los supuestos en que los productos procedan del propio mercado nacional o de mercados en los que la puesta en comercio hubiere determinado el agotamiento del derecho de la marca con que se distinguen; en particular, las importaciones grises procedentes de Estados no comunitarios pueden combatirse con la acción por violación de marca de forma mucho más eficaz una vez que se ha clarificado la no admisibilidad del agotamiento internacional en el ámbito de la Comunidad Europea (v. STJCE 16-VII-1998, asunto C-355/96 «Silhouette International Schmied GmbH & Co. KG c. Hartlauer Handelsgesellschaft mbH»).

(44) Presupuesto del reproche de deslealtad de las ventas grises como inducción a la infracción contractual es la licitud del concreto sistema de distribución selectiva, en particular su licitud antitrust. La aplicación de la normativa de defensa de la competencia ha dado lugar a una política de competencia claramente favorable a la licitud de los acuerdos de distribución selectiva, tanto la muy claramente formulada por los organismos comunitarios, como la más parca en términos que, a pesar de la declaración de principio de que algunas modalidades incurren en la prohibición general de acuerdos restrictivos [RRTDC 21-III-1991, expediente 21/91 «Toshiba Information Systems España, S. A.», 12-VII-1991, expediente 22/91 «Epson Ibérica, S. A.»], ha esbozado el Tribunal de Defensa de la Competencia [RRTDC 19-IV-1990, expediente 5/90 «Land Rover, S. A.», 9-VII-1990 expediente 16/90 «SMH España, S. A.», 16-X-1990, expediente 266/90 «Joyería Da Vinci c. SMH España, S. A.», 21-III-1991, expediente 21/91 «Toshiba Information Systems España, S. A.», 12-VII-1991, expediente 22/91 «Epson Ibérica, S. A.», 6-X-1993, expediente 332/93 «Pedroni Joyeros, S. L. c. Cronomar, S. A. y Breitling Watches, S.A.».]. De un lado, no se consideran restrictivos de la competencia los acuerdos de distribución selectiva «simples», los que únicamente fijan criterios de selección cualitativos de carácter objetivo (DDCE 28-X-1970 «Omega»,

21-XII-1976 «Junghans», 18-IV-1984 «IBM Personal Computen», SSTJCE 25-X-1977, asunto 26/76 «Metro SB-Großmarkte GmbH & Co. KG c. CE 1», 25-X-1983, asunto 107/82 «AEG-Telefunken AG c. CE»), impuestos de forma uniforme a todos los potenciales revendedores y aplicados de forma no discriminatoria (DCE 6-I-1982 «AEG-Telefunken», confirmada por STJCE 25-X-1983, asunto 107/82 «AEG-Telefunken AG c. CE»); en especial, no son restrictivos los pactos que reservan al fabricante mecanismos para controlar el cumplimiento efectivo de los criterios de selección por parte de los distribuidores oficiales en sus suministros a otros revendedores interesados. De otro lado, se consideran restrictivos de la competencia los acuerdos de distribución selectiva que fijan criterios de selección cuantitativos, aunque se pueden beneficiar de una autorización (DCE 27-XI-1998 «Ivoclar»); también se han considerado restrictivos y se han autorizado individualmente los acuerdos que conceden plazos prolongados al fabricante para aceptar las solicitudes de autorización de nuevos distribuidores que se presentan, que prevén un volumen mínimo de negocio, que ordenan el almacenamiento de los productos, que imponen una cooperación en materia publicitaria o la prohibición de ventas activas de productos nuevos durante un año desde su primer lanzamiento en un Estado miembro, que prohíben ventas a distribuidores no autorizados... (DCE 19-VIII—1992 «Parfums Givenchy», y RTDC 24-II-1993, expediente 41/92 «NRG Spain, S. A.»). Se han considerado restrictivos y, por el contrario, no se han autorizado los acuerdos que, de modo directo o indirecto, fijan precios de reventa [DCE 6-I-1982, «AEG-Telefunken» (confirmada por STJCE 25-X-1983 «AEG-Telefunken AG c. CE»), y RTDC 12-II-1997, expediente 383/96 «Ayuntamiento de Coslada c. Lovable Corsetería Internacional y otros»], limitan la exportación, importación o reimportación de los productos originales (DDCE 23-XII-1977 «BMW Bélgica», confirmada por STJCE 12-VII-1979, asuntos 32, 36 a 82/78 «BMW Bélgica S.A y otros c. CE»), o bien, en lo que atañe a los acuerdos que incluyen restricciones territoriales constreñidas al mercado español, prohíben ventas fuera del territorio asignado dentro del mercado nacional (RTDC 19-IV-1990, expediente 5/90 «Land Rover, S. A.»). Por lo demás, debe tenerse en cuenta que la previsión o puesta en práctica de medidas de cualquier clase destinadas a limitar o desincentivar de cualquier forma las importaciones paralelas determina la incompatibilidad del sistema con la prohibición de acuerdos restrictivos de la competencia (v. STJCE 13-I-1994, asunto C-376/92 «Metro-SB-Grossmarkte GmbH & Co. KG c. Cartier S. A.»).

(45) El sistema de distribución selectiva no merece una tutela jurídico concurrencial *per se* ante la irrupción de terceros, ante cualquier venta gris, sino sólo en los casos en que concurren especiales circunstancias. Ahora bien, el enjuiciamiento de deslealtad concurrencial de las ventas grises no puede encarnar una contradicción sistemática con el enjuiciamiento antitrust. La jubilosa bendición antitrust del sistema de distribución selectiva sería expuesta a una lenta erosión a través de un *free riding* que no fuera reprimido por ser considerado conforme a las exigencias objetivas de la buena fe. Es falaz argumentar que así se garantiza una sistemática corrección de los excesos de la distribución integrada: para ello basta denegar la autorización individual o condicionarla a la modificación del acuerdo autorizado. Sentado que el *free rider* entra en disposición de los productos originales porque alguno de los distribuidores deja de cumplir los criterios de selección impuestos para los suministros a tercero, el juicio de deslealtad de las ventas grises se ha construido de común mediante su subsunción en el tipo definido como «inducción a la infracción contractual» (art. 14 LCD), en concreto como inducción al incumplimiento de un deber contractual básico o como aprovechamiento del incumplimiento, no inducido, de un deber contractual.

(46) Si la desviación de los productos originales hacia canales grises de distribución es fruto de un incumplimiento de contrato inducido y ya que el deber de respetar los criterios de selección es una obligación fundamental en estos contratos, la acción del *free rider* es un acto de competencia desleal en todo caso, cualquiera que fuere la ventaja

así ganada. No merece la pena detenerse en este supuesto: sólo la casualidad o unos gastos desmesurados en una agencia de investigación pueden proporcionar al demandante los medios de prueba que necesita para demostrar que uno de los distribuidores autorizados fue inducido a incumplir los pactos relativos a la selección de revendedores.

(47) En los casos en que los productos originales salen de la red de distribución oficial y entran en el mercado gris a resultas de un incumplimiento no inducido, la acción del *free rider* es un acto de competencia desleal si, primeramente, se produce un aprovechamiento de la infracción contractual y, además, se dan cita en el caso alguna de las circunstancias que fundan el juicio de deslealtad de este tipo.

(48) El aprovechamiento requerido consiste en la obtención de una ventaja competitiva de la que no se habría disfrutado si no hubiere mediado el incumplimiento contractual. Para que la venta gris suponga un aprovechamiento de una infracción contractual es preciso, pues, que el sistema de distribución selectiva posea carácter cerrado, tanto en un sentido jurídico como fáctico. El sistema de distribución es cerrado en sentido jurídico si el fabricante hace llegar sus productos al público sólo a través de distribuidores autorizados. Pieza esencial para ello es el establecimiento de unos mismos criterios de selección en todos los contratos de distribución que celebra. El sistema de distribución es cerrado en sentido fáctico si el fabricante controla de hecho el cumplimiento de los criterios de selección y, en su caso, procede contra aquellos que no los respetan. El carácter cerrado de un sistema de distribución debe considerar las reexportaciones y las importaciones paralelas (de productos originales): el cierre del sistema exige la imposición de idénticos criterios de selección también en mercados extranjeros; una vez clarificado por la jurisprudencia comunitaria que no es admisible el agotamiento internacional en el ámbito de la Comunidad Europea, con la consecuencia de que las importaciones paralelas de productos grises pueden impedirse como supuestos de infracción de marca (*cf.* STJCE 16-VII-1998, asunto C-355/96 «Silhouette International Schmied GmbH & Co. KG c. Hartlauer Handelsgesellschaft mbH»), el cierre del sistema sólo debe exigirse en relación con los mercados donde la comercialización de los productos originales da lugar al agotamiento del derecho de marca. La concurrencia de este requisito debe exigirse en términos estrictos, ahora que el Derecho de marcas permite combatir en todo caso las importaciones procedentes de los países donde legal o comercialmente no fuere posible establecer un sistema de distribución selectiva. Por el contrario, no parece sensato exigir al fabricante que asuma los elevadísimos costes necesarios para impedir, sea por vía de hecho o por vía de ejercicio de acciones, cualquier venta gris, sino sólo aquellas que por su magnitud amenacen seriamente la operatividad del sistema. La prueba de la ausencia de lagunas en el sistema de distribución selectiva compete al que ejerce la acción de competencia desleal. Dado este presupuesto, toda venta de productos originales hecha por un *free rider* es un aprovechamiento en el sentido del artículo 14.2 de la Ley de Competencia Desleal. El *free rider* no está obligado a respetar las exigencias de situación del establecimiento, de formación de personal, de asistencia técnica, de almacenamiento de piezas de repuesto... De esta forma, la cuota de mercado ganada por el *free rider* con las ventas grises no es fruto de la mayor eficiencia de las propias prestaciones sino del aprovechamiento de la actividad del fabricante que ha organizado la red de ventas y ha creado la fama del producto original, así como, paralelamente, en el disfrute de la fidelidad al contrato de los miembros de la red oficial de distribución.

(49) Ahora bien, las ventas grises no son automáticamente desleales por razón de la ventaja competitiva que reporta el incumplimiento contractual que las posibilita, sino de los medios empleados para lograr el incumplimiento o de los efectos del aprovechamiento. En el primer caso, las ventas grises son desleales si el incumplimiento que las posibilita ha sido motivado por engaño, normalmente realizando la adquisición

por medio de persona interpuesta que efectivamente reúne los requisitos de selección. Tampoco aquí merece la pena detenerse en exceso: la casualidad o unos gastos desmesurados en investigadores privados proporcionan la prueba necesaria. En el segundo caso, las ventas grises son desleales si van acompañadas de circunstancias tales como la intención de eliminar a un competidor del mercado u otras análogas (art. 14.2 *in fine* LCD). La cláusula de analogía final permite formular el reproche de deslealtad respecto de todo aprovechamiento que debilita la capacidad competitiva del sujeto pasivo; de este modo, en la medida en que las ventas grises impiden la consolidación del sistema de distribución selectiva y la producción de sus efectos procompetitivos, se liga sistemáticamente el juicio de deslealtad con el juicio *antitrust*. No puede obviarse la peligrosidad que las ventas grises encierran para la supervivencia del sistema de distribución selectiva, de los distribuidores autorizados y del fabricante, y, a continuación, de los consumidores: las ventas grises pueden dañar seriamente la capacidad competitiva de los distribuidores autorizados y, a medio plazo, del fabricante, así como, en última instancia encierran el germen de destrucción del sistema de distribución selectiva.

(50) El problema radica, naturalmente, en determinar en qué momento las ventas grises producen de hecho estos efectos, extremo que forzosamente debe precisarse caso por caso. Aunque desde luego no sea una fórmula para precisarlo, sí es posible determinar el umbral de la obstaculización inadmisibles: las ventas grises se convierten en acto de obstaculización en el momento en que, por su dimensión actual o potencial, activan la modificación de los términos del contrato de distribución selectiva, en concreto la supresión de las obligaciones cuyo cumplimiento cualifica como distribuidor autorizado, por virtud de la cláusula *rebus sic stantibus*, esto es, cuando las ventas grises alteran las circunstancias en que se gestó la celebración del contrato de distribución selectiva de modo que el cumplimiento por el distribuidor de las obligaciones impuestas para satisfacer los criterios de selección le impone un sacrificio desproporcionado en relación con las prestaciones del fabricante. La producción efectiva o potencial de una obstaculización de estas características no es factor suficiente, sin embargo, para satisfacer las exigencias de deslealtad, formulado como está en términos marcadamente finalistas: «acompañada de circunstancias tales como... la intención». Ello no empece la objetivación requerida para reprimir las ventas grises en cuanto acto de obstaculización. La referencia legal a la intención debe ser atemperada por una interpretación que haga justicia al espíritu resueltamente objetivo del ilícito concurrencial: ni el dolo ni la culpa son presupuestos del acto de competencia desleal. En consecuencia, la formulación del reproche de deslealtad de las ventas grises no debe efectuarse a partir del ánimo específico real del *free rider*, sino de unos hechos que revelen que el aprovechamiento tiene el efecto, aceptado, de obstaculizar la actividad del fabricante y distribuidores autorizados hasta el punto de privar de obligatoriedad a los requisitos de selección. La identificación de tales hechos no es particularmente difícil: conocimiento, planificación y duración son circunstancias que, entre otras, revelan la ordenación, si no querida sí aceptada, de las ventas grises al aprovechamiento y obstaculización de la actividad de fabricante y distribuidores autorizados y a la destrucción del sistema de distribución selectiva, ordenación en todo caso carente de justificación concurrencial por cuanto las ventas grises no son expresión de la eficiencia de las propias prestaciones. El conocimiento exige que el *free rider* sea consciente o, dadas las circunstancias, deba ser consciente de que los productos en cuestión son objeto de comercialización a través de una red de distribuidores autorizados y de que él mismo no reúne las condiciones para serlo. La planificación y duración excluye del reproche de deslealtad la venta gris aislado u ocasional y, positivamente, exige un obrar sistemático al *free rider*.

(51) En este contexto encuentra igualmente acomodo el tratamiento de una de las acciones relacionadas con las ventas grises que mayor preocupación despierta en la

práctica: la eliminación de los números de serie o de control u otros códigos que el fabricante emplea para identificar los productos originales en función del distribuidor y que, por tanto, sirven *prima facie* para que el fabricante pueda seguir la distribución del producto original, con el fin de impedir la existencia de lagunas en la red de distribución selectiva. Con su eliminación, el distribuidor no autorizado trata de ocultar su fuente de aprovisionamiento. La eliminación de números y códigos de control es, pues, indicio suficiente de que el *free rider* acepta los efectos, tiene conocimiento de la situación de hecho y obra de forma planificada o sistemática.

(52) A los contratos de distribución selectiva se pueden equiparar a estos efectos los contratos de franquicia; presupuesto de esta extensión es la licitud *antitrust* de la prohibición de suministrar los productos a personas que no sean franquiciados [los términos de la licitud *antitrust* del contrato de franquicia están fijados en el Reglamento (CEE) núm. 4087/88, de 30 de noviembre de 1988, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de franquicia; *cfr.* RTDC 18-IV-1990, expediente 1/91 «Blitz Candy, S. A.». El mismo enjuiciamiento se puede trasladar igualmente a las ventas grises de productos objeto de una licencia de patente, *know-how* o modelos con o sin licencia de marca; presupuesto de la extensión es la licitud de la prohibición de ventas pasivas [los términos de su licitud se hallan establecidos en el art. 1 del Reglamento (CE) núm. 240/96, de 31 de enero de 1996, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de licencia de tecnología].

(53) Por el contrario, la intromisión en un sistema de distribución exclusiva no puede constituir un acto desleal de inducción a la infracción contractual (*v.* SSAP *Sevilla* 21-VI-1988 «Devos y Cía. c. Sevillana de Informática», *Baleares* 27-VI-1994 «Cosmética Selecta c. Engels», y con anterioridad a la Ley de Competencia Desleal: SAP *Barcelona* II-IV-1989 «invasión de zona de concesionario»). La protección jurídica de los sistemas de distribución exclusiva ante las ventas grises no parte de las mismas bases que la protección de los sistemas de distribución selectiva. La distribución exclusiva es un sistema de comercialización distinguido por el hecho de que el suministrador —normalmente un fabricante, pero también en ocasiones un mayorista únicamente suministra los productos a un revendedor —sea un mayorista o un minorista en un determinado territorio, comprometiéndose aquel primero a no suministrarlos a ningún otro revendedor en el territorio asignado en exclusiva y comprometiéndose eventualmente este segundo a no comercializar productos competidores y, normalmente, a no comercializar los productos suministrados fuera del territorio asignado. En realidad, el contrato de distribución exclusiva o de concesión mercantil (*cfr.* STS 17-II-1989, «UNIASA c. Distribuidora Jap, S. L.») establece una especialmente intensa colaboración entre suministrador y distribuidor ordenada a la potenciación y éxito de la comercialización, materializada en obligaciones relativas a las condiciones concretas de la comercialización, a las existencias y almacenaje de los productos, a las campañas de promoción, a los servicios de venta y asistencia postventa (*cfr.* J. I. IGLESIAS, «El contrato de concesión comercial», en *Estudios en homenaje a Rodrigo Uría*, Civitas, Madrid, 1978, pág. 251 ss., *passim*).

(54) Los acuerdos de distribución exclusiva han sido de común considerados restrictivos de la competencia porque impiden al fabricante suministrar los productos a otros distribuidores interesados y a éstos acceder al mercado (DCE 11-XII-1980, «Hennessy/Henkel»), así como porque, cumulativamente valorados, elevan barreras de entrada al mercado, más intensas cuanto menor sea la competencia a que estuvieren expuestos los productos objeto del acuerdo en cuestión sea a resultados de su importante cuota de mercado o de la existencia de otras redes similares (STJCE 1-II-1977, asunto 47/76 «De Norre y de Clerq c. Brouwerij Concordia»). Ahora bien, en la medida en que estos acuerdos se han mostrado precisos para asegurar o favorecer la penetración en

el mercado de los productos afectados en un mercado supranacional, la concentración intensiva de los revendedores sobre el mercado y la racionalización de los costes de la distribución, han sido merecedores de un tratamiento *antitrust* benévolo, concretado en declaraciones negativas (entre otras, DCE 11-3-1964, «Grosfillex», STJCE 30-VI-1966, asunto 56/65 «La Technique Miniere TM c. Maschinenbau Ulm GmbH», RRTDC 24-XI-1988, expediente 240/88 «Schweppes», 28-V-1990, expediente 2/90 «Ternmo Corp., Sucursal en España/Francisco Soria Melguizo, S. A.», 28-V-1990, expediente 14/90 «OY Edacom AB/Nokia Data, S. A.», 6-VI-1990, expediente 6/90 «Ibercarretillas, S. A.», 25-VI-1990, expediente 12/90 «Software AG España, S. A.», 31-I-1991, expediente 18/90 «Wilkahn», 10-III-1993, expediente A 44/93 «Paral.leles, SCP c. RASO») y, posteriormente, en un reglamento de exención en bloque [Reglamento (CEE) núm. 1983/83, de 22-VI-1983, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de distribución exclusiva]. Hasta aquí la situación coincide con la de los sistemas de distribución selectiva. Ahora bien, a diferencia de lo que ocurre en este caso no hay selección de revendedores que pueda dar lugar a una discriminación injustificada de otros distribuidores y, además, todo comportamiento de las partes que restrinja las posibilidades de que los intermediarios o los consumidores compren los productos a otros revendedores comporta la ilicitud *antitrust* del contrato de distribución selectiva, lo que ocurre tanto en el caso de que haya una negativa de venta al revendedor que pretende adquirir los productos originales en la zona de exclusiva de un distribuidor para vender en la zona asignada también en exclusiva a otro distribuidor, como en el caso de que se ejercite la acción por violación de derechos de propiedad industrial con el fin de impedir las importaciones paralelas de los productos originales [v. art. 3(d)(1) del Reglamento (CEE) 1983/83, y STJCE 20-VI-1978, asunto 28/77 «Tepea BV C. CE»] o de la acción de competencia desleal [v. art. 3(d)(2) del Reglamento (CEE) 1983/83, Y STJCE 25-XI-1971, asunto 22/71 «Béguelin Import, S. A. C. G. L. Import-Export», y RRTDC 19-IV-1990, expediente 5/90 «Land Rover, S. A.», 28-V-1990, expediente 14/90 «OY Edacom AB/Nokia Data, S. A.»].

(55) En resumidas cuentas, un sistema de distribución exclusiva debe soportar las ventas grises: cualquier pacto que prohíba al distribuidor exclusivo suministrar a quienes tienen la intención de comercializar los productos originales en un territorio distinto al margen del canal de distribución exclusiva allí creado, o bien cualquier acción tendente a impedir el desarrollo del mercado gris en otro territorio haría del sistema de distribución exclusiva un acuerdo restrictivo de la competencia y, por tanto, traería la nulidad de los contratos subyacentes (DCE 15-VII-92 «Viho/Parker Pen»). Así las cosas, el Derecho contra la competencia desleal no puede reprimir una conducta que fabricantes y distribuidores exclusivos están obligados a tolerar por imperativos del Derecho de defensa de la competencia, no sólo por la obvia exigencia de coordinar el ilícito *antitrust* y el reproche de deslealtad concurrencial, sino además por la inviabilidad técnica de este segundo, dado que, como se ha expuesto anteriormente, el acto de competencia desleal que debe tomarse en consideración es la inducción a la infracción contractual o el aprovechamiento de una infracción contractual no inducida, los cuales presuponen la eficacia de la obligación contractual cuyo incumplimiento se induce o aprovecha [v. **(6)**].

Artículo 15.VIOLACIÓN DE NORMAS

1. Se considera desleal prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de las leyes. La ventaja ha de ser significativa.

2. Tendrá también la consideración de desleal la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial.

Bibliografía

J. ALFARO, «Competencia desleal por infracción de normas», *RDM*, núm. 202, 1991, pág. 668 ss.; J. MASSAGUER, «La regulación de los servicios profesionales. (Un análisis de racionalidad económica y legitimidad antitrust)», *IURIS*, núm. 3, 1994, pág. 85 ss.; S. SÁNCHEZ SOLÉ, «La violación de normas como acto de competencia desleal. [Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 6.ª) de 21 de marzo de 1994]», *RGD*, núm. 604-5, 1995, pág. 791 ss.; F. VICENT, «Poderes públicos y Derecho de la competencia», *RGD*, núm. 583, 1993, pág. 3313 ss.; ID., «Otra Opinión sobre la Ley de Competencia Desleal», *RGD*, núm. 589-90, 1993, pág. 9975 ss.; J. VICIANO, «Libre competencia e intervención pública en la economía. (Acuerdos restrictivos de la competencia de origen legal)», Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

Doctrina-comentario

Sumario:

- 1.Introducción
- 2.Encuadramiento sistemático
- 3.La acción relevante
- 4.Circunstancias determinantes de la deslealtad
 - a.Circunstancias determinantes de la deslealtad de la infracción de normas que no tienen por objeto la regulación de la actividad concurrencial
 - b.Las circunstancias determinantes de la deslealtad de la infracción de normas que tienen por objeto la regulación de la actividad concurrencial
- 5.Grupos de casos
 - a.Infracción de normas que no regulan actividad concurrencial
 - b.Infracción de normas que regulan actividad concurrencial: Infracción de normas que limitan el mercado en un sector determinado
 - c.(sigue) Infracción de normas que regulan el acceso a la profesión o al ejercicio de una actividad económica
 - d.(sigue) Infracción de normas que regulan el ejercicio de una profesión o de una actividad económica
 - e.(sigue) Infracción de normas sobre precios
 - f.(sigue) Infracción de normas en materia de consumo y ordenación del mercado
 - g.(sigue) Infracción de normas sobre publicidad
 - i.Publicidad indirecta.
 - ii.(sigue) Publicidad corporativa.
 - iii.(sigue) Publicidad de nuevos productos o servicios.
 - h.(sigue) Infracción de normas de defensa de la competencia
 - i.(sigue) Infracción de las normas de regulación de mercados liberalizados
 - j.(sigue) Infracción de normas sobre contratación pública

1 INTRODUCCIÓN

(1) El artículo 15 de la Ley de Competencia Desleal califica como acto de competencia desleal el prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva significativa adquirida mediante la infracción de las leyes (apartado primero), así como la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial (apartado segundo). Se trata de una norma que carece de antecedentes en nuestra legislación contra la competencia desleal, y que igualmente carece de precedente en la legislación de Derecho comparado, sin que pueda desconocerse no obstante que la violación de normas constituye uno de los grupos de casos de infracción de la cláusula general de prohibición de la competencia desleal definido y caracterizado por la jurisprudencia y doctrina alemanas (*Rechtsbruch*).

(2) El precepto regula dos supuestos de hecho cuyo único vínculo es la existencia de una conducta infractora de normas jurídicas. Así, el primer apartado toma como punto de referencia la violación de normas que tienen por objeto la ordenación de la competencia, cuya deslealtad no se funda en la misma infracción sino en la concurrencia de ciertas circunstancias, lo que concita los riesgos de generalización y vanalización de la prohibición que, de verificarse, llevarían a entender (indebidamente) que toda infracción legal reviste, de suyo, carácter desleal. La redacción genérica (no ejemplificativa) permite por lo demás su interpretación y aplicación amplia, y convierte en innecesario e inoportuno recurrir a la cláusula general en este ámbito. El segundo apartado se refiere a la infracción de normas cuyo objeto incida de forma inmediata en la regulación de la competencia, que reputa desleal *per se* , de donde se sigue que no se trata de una mera concreción del primer apartado.

2 ENCUADRAMIENTO SISTEMÁTICO

(3) No es función del Derecho de la competencia y, en consecuencia, no es tampoco función de la tipificación de la violación de normas como acto de competencia desleal garantizar el cumplimiento del conjunto del ordenamiento jurídico por parte de los diversos agentes que participan en el mercado. En este caso, el reproche de deslealtad, y la consiguiente sanción de la conducta que en él incurre, recae exclusivamente sobre la infracción por un agente económico de normas ajenas al sistema de competencia desleal que depara efectos negativos sobre el funcionamiento concurrencial del mercado, y de forma particular sobre la posición de igualdad ante la ley en que deben encontrarse todos los operadores económicos que desenvuelven su actividad en el mercado. Este es el fundamento que explica y justifica que la ilicitud externa de la conducta (la infracción de una norma no integrada en la legislación contra la competencia desleal) devenga asimismo ilicitud interna al sistema contra la competencia desleal, esto es, un acto de competencia desleal (v. J. ALFARO, *RDM* , 1991, pág. 668) y que, consecuentemente, no se trate en este ámbito de declarar la infracción de las normas que se consideren ni de depurar las correspondientes responsabilidades, sin perjuicio de que la integración del tipo definido en el artículo 15 de la Ley de Competencia Desleal requiera en todo caso una apreciación de la infracción de la norma en cuestión [v. **(13)**]. La calificación como desleal de la infracción de una norma no es, por lo tanto, una suerte de sanción general añadida a la prevista por la norma vulnerada, sino que supone un ilícito distinto al de la ilegalidad de la actuación al tiempo que una sanción distinta a la prevista en la norma vulnerada (J. ALFARO, *RDM* , 1991, pág. 668, S. SÁNCHEZ SOLÉ, S., *RGD* , 1995, pág. 794-795), tendente a la prevención y represión de un éxito en el mercado que no se basa en la eficiencia de la oferta sino en la actuación desde la ilegalidad. En este sentido, puede afirmarse que el artículo 15 de la Ley de Competencia Desleal sirve de hecho cual norma de cierre al sistema de Derecho de la competencia.

(4) Como corresponde a los principios que inspiran la Ley de Competencia Desleal, la deslealtad de la violación de normas se construye de espaldas a los estándares de

conducta de un competidor honrado o medio, o a las normas de corrección y buenos usos mercantiles, como tampoco encarna un reproche ético de la conducta enjuiciada (en este particular ámbito de la violación de normas, v. J. ALFARO, *RDM*, 1991, pág. 673-675). La ilicitud concurrencial de la infracción legal radica exclusivamente en la perturbación que la eventual mejora de la posición competitiva del infractor genera en el funcionamiento del mercado, en la incompatibilidad de dicha mejora con la consecución y mantenimiento de un mercado altamente transparente y competitivo, y paralelamente en la injustificada dificultad que sufren por esta causa los competidores en el desarrollo de su actividad en el mercado. En particular, en el supuesto de infracción de normas cuyo objeto no consiste en la ordenación de la actividad concurrencial, la reprochabilidad de la conducta viene determinada por la lesión a la *par conditio concurrentium*, tal y como ésta se encuentra configurada por las leyes. Es, pues, reprochable la infracción que afecte a la situación de igualdad inicial que vincula a todos los destinatarios de la norma, de tal modo que su violación permite desarrollar una estrategia competitiva que está vedada con carácter general y obtener unas ventajas de las que no pueden disfrutar los competidores respetuosos de las normas. Por su parte, en el supuesto de infracción de normas que regulan la actividad concurrencial, el reproche de deslealtad asume además la salvaguardia inmediata de las condiciones o estructura jurídica de la competencia económica diseñada por el legislador, y ello con independencia de que dicha estructura responda a los mismos criterios que inspiran la Ley de Competencia Desleal o a criterios en los que primen exigencias de políticas distintas de la política de competencia (*ad ex.* la defensa de los sistemas tradicionales de distribución minorista). En este sentido, el artículo 15.2 de la Ley de Competencia Desleal no prejuzga ni defiende una particular política de competencia, sino que hace propia la ordenación de los mercados y actuaciones competitivas establecida por el legislador, y así los obstáculos estructurales y la regulación de la economía que en cada momento perfilan el marco de la competencia practicable. De ahí que, en no pocas ocasiones, la deslealtad derivada de la infracción de normas ordenadoras de la actividad concurrencial pueda acabar por tutelar posiciones privilegiadas o restricciones de la competencia amparadas legalmente con el fin de promover intereses y objetivos que, siempre a juicio del legislador, exigen una derogación más o menos extensa del principio de libre competencia (*ad ex.* la tutela de las formas tradicionales de la distribución minorista a través del régimen de horarios comerciales, o la promoción de la pluralidad de editoriales y puntos de venta a través del régimen de precios de los libros). En estos casos, la represión de la competencia desleal no deja de asumir la misma posición que la legislación de defensa de la competencia ha adoptado en relación con los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas restrictivas que resulten de la aplicación de una norma legal o reglamentaria dictada en desarrollo de una ley (v. art. 2.1 LDC); como aquí es debido integrar en la represión de la competencia desleal los objetivos de política legislativa a que responden estas normas (v. J. ALFARO, *RDM*, 1991, pág. 669) y, en particular, es preciso evitar la tentación de blindar la Ley de Competencia Desleal frente a las soluciones legislativas que no se correspondan con el modelo de ordenación del mercado que encarnan sus principios inspiradores y a que obedecen sus normas, haciendo así de su interpretación y aplicación al caso un mecanismo para corregir otras opciones políticas del legislador.

3 LA ACCIÓN RELEVANTE

(5) La acción constitutiva de la infracción de normas como acto de competencia desleal posee dos componentes que, si hacemos caso a la rúbrica del precepto son, de un lado, «violación» y, de otro, «normas».

(6) Como se encargan de establecer los dos apartados del artículo 15 de la Ley de Competencia Desleal, la violación de normas aquí considerada consiste en su infracción, esto es, en su incumplimiento o contravención directa e inmediata, pero

también en su defraudación, esto es, en la consecución del resultado prohibido acudiendo al amparo de lo permitido por otra norma. Así se sigue de los numerosos pronunciamientos que han estimado que la organización de una venta con prima como mecanismo para la promoción de la venta de libros constituye una infracción de lo establecido en relación con su precio [entre otras, v. SSAP *León* 24-X-1994 «Asociación Provincial de Libreros de León c. Centros Comerciales Continente», *Asturias* II-IV-1995 «Asociación Librerías Oviedo c. Pryca S.A. Azabache», y con mayor detenimiento **(37)**]. Por otro lado, en igual medida que el infractor material de la norma deberá responder el tercero inductor de la infracción y por ello beneficiario inmediato de un incumplimiento de la norma que es, precisamente, el presupuesto de remodelación de su estrategia competitiva o cuanto menos de la modificación en su favor de una situación de competencia que le era molesta, y ello en la medida en que, sin forzar la norma, el inductor tiene la condición de persona que ordena la realización del acto de competencia desleal en el sentido del artículo 20 de la Ley de Competencia Desleal y, por tanto, está legitimado para soportar la acción de competencia desleal en estos casos. Para la represión de estas conductas, en consecuencia, no parece necesario el recurso a la cláusula general del artículo 5 de la Ley de Competencia Desleal. Ello implica, pues, entender que el supuesto de hecho del artículo 15 (en cualquiera de sus dos apartados) no sólo se integra cuando el infractor experimenta directamente una mejora de su propia posición competitiva, sino también cuando la violación haya sido presupuesto necesario para la mejora de la posición competitiva de tercero y quepa comprobar una relación de causalidad directa entre ambas, derivada de la actividad positiva del sujeto beneficiario de la infracción (consistente en la inducción a la infracción de la norma).

(7) El artículo 15 de la Ley de Competencia Desleal emplea términos distintos para identificar las disposiciones legales a que se refiere la violación desleal: su rúbrica se refiere a «normas», su primer apartado considera la infracción de «leyes» y el segundo apartado trata de la infracción de «normas jurídicas». A favor de una interpretación unitaria de todos estos términos y expresiones, y en particular de una equiparación entre ley y norma jurídica, obran tanto los antecedentes normativos, como razones de coherencia sistemática. En el primer sentido, el término «leyes» (en minúscula) que recoge el apartado primero del artículo 15 de la Ley de Competencia Desleal se introdujo precisamente con el propósito de evitar que la deslealtad por infracción de esta clase de normas no comprendiera la vulneración de lo dispuesto en decretos, órdenes ministeriales, ordenanzas municipales, etc. (como recordó en su momento S. SÁNCHEZ SOLÉ, *RGD*, 1995, pág. 801-802; *cf.* además las intervenciones de los Sres. Otamendi y Cercos de los Grupos Parlamentarios del CDS y Socialista en el Senado, respectivamente: Cortes Generales, *Diario de Sesiones*, Senado, Comisiones, IV Legislatura, núm. 56, pág. 13 col. dcha. y 18 col. izq.). En el segundo sentido, no puede pasarse por alto el contraste que existe entre este precepto y el artículo 2.1 de la Ley de Defensa de la Competencia, donde las normas relevantes se refieren como «Ley» (en mayúscula) y «disposiciones reglamentarias que se dicten en aplicación de una Ley». Pero sobre todo, y en esta línea, debe tenerse en cuenta que en este ámbito la deslealtad no reside en un dato formal, como es el hecho de que una disposición normativa haya sido conculcada, sino en un dato de evidente naturaleza material, como es el prevalerse de una ventaja competitiva significativa adquirida a través de la violación de una norma, y que en un contexto de defensa de la *par conditio concurrentium* es obligado no discriminar en el juicio que debe merecer el falseamiento de la competencia económica según sea uno u otro el rango de la norma violada.

(8) En el ámbito de los dos apartados del artículo 15 de la Ley de Competencia Desleal, por tanto, entra la infracción de toda norma jurídica que reúna los caracteres de imperatividad, generalidad y coercibilidad (v. J. ALFARO, *RDM*, 1991, pág. 715-717, y S. SÁNCHEZ SOLÉ, *RGD*, 1995, pág. 802-804), lo que permite incluir leyes orgánicas y ordinarias, decretos-ley y decretos-legislativos, decretos, órdenes acordadas por

comisiones delegadas del Gobierno, órdenes ministeriales, otras disposiciones de autoridades y órganos inferiores como las circulares del Banco de España o de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, las ordenanzas y reglamentos de las entidades locales, los estatutos generales y particulares de las corporaciones profesionales, los convenios colectivos, y evidentemente también la normativa análoga dictada por cada Comunidad Autónoma (no obstante, SAP *Sevilla* 16-IX-1998 «venta de libros de texto en colegio»).

(9) Al lado de las disposiciones imperativas establecidas en las disposiciones que se han indicado, deben igualmente considerarse normas jurídicas aquellos otros deberes impuestos por estas disposiciones que constituyen simplemente cargas, es decir, deberes cuyo incumplimiento genera solamente un perjuicio para el incumplidor, en la medida en que la imposición de los mismos responde a la protección de los intereses de terceros, generalmente en posición más débil, y, por tanto, encauza la forma de llevar a cabo las relaciones con terceros en el mercado (en extenso, J. ALFARO, *RDM*, 1991, pág. 713-714).

(10) Por el contrario, no son normas jurídicas en el sentido del artículo 15 de la Ley de Competencia Desleal las obligaciones nacidas del contrato, ni las establecidas entre partes en el cuerpo del contrato, ni las que resulten de la aplicación de una disposición que integra por expresa previsión legal, sea imperativamente sea en defecto de pacto, el contenido obligacional de un determinado contrato. La fuerza de ley entre las partes contratantes que el artículo 1.091 del Código civil atribuye a las obligaciones nacidas del contrato, en efecto, no hace de las mismas una norma de alcance general, tal y como se requiere en este ámbito (en este sentido, y aunque en contextos diversos, no dejan de ser significativos los pronunciamientos que consideran que la infracción de obligaciones de origen contractual no constituye acto de competencia desleal: *cfr.* SSAP *Barcelona* 19-VII-1995 «incumplimiento de pacto de no competencia», *Barcelona* 1-II-1996 «transitarios», *Valencia* 19-VI-1996 «centralita de teléfonos», *Badajoz* 12-I-1999 «incumplimiento de Estatutos de Comunidad de Bienes»). y si esto es así respecto de las partes de un contrato, otro tanto debe predicarse respecto de los terceros. En particular, no queda encuadrada entre los supuestos de hecho comprendidos como violación de normas la transgresión por terceros de los derechos que puedan emanar de un acuerdo de exclusiva. Esta clase de acuerdos, en efecto, sólo tiene eficacia obligacional, que vincula a las partes y que en forma alguna configura la estructura del mercado con carácter general, esto es, comprometiendo a los terceros. La intromisión en la esfera de exclusiva no constituye *per se* un acto ilícito (*cfr.* SAP *Sevilla* 21-VI-1993 «Devos y Cía. S.A. c. Sevillana de Informática», y en esta línea asimismo SAP *Baleares* 27-VI-1994 «Cosmética Selecta c. Engel»).

(11) Tampoco tienen la consideración de normas jurídicas a los efectos del artículo 15 de la Ley de Competencia Desleal aquellos preceptos que determinan el contenido y ámbito de los derechos subjetivos conferidos por el ordenamiento a los particulares, y en especial los que constituyen la protección jurídica de la propiedad (ordinaria), de la propiedad industrial e intelectual y de la personalidad (en particular, derecho a la propia imagen), o en general la protección jurídica de los derechos de crédito frente a terceros. Como quiera que la existencia del derecho subjetivo veta el libre acceso de los terceros a la cosa (corporal o inmaterial) o prestación debida, se ha observado tradicionalmente que la concesión del referido derecho viene a instaurar una *par conditio* entre quienes desean acceder al bien tutelado (y, en su caso, explotarlo) consistente en la solicitud previa de autorización a su titular. Mas siendo ello cierto, también parece claro que el poder absoluto que el ordenamiento atribuye al titular del derecho subjetivo es de carácter disponible, al punto de que no cabe hablar de transgresión del mismo si su titular tolera la injerencia del tercero ni de abuso por el solo hecho de que tolere la

injerencia de unos y combata la de otros. De todo ello se sigue convincentemente que la violación del derecho subjetivo afecta de modo inmediato a la esfera individual del titular y es, pues, a éste a quien corresponde, en su caso, defender su derecho recurriendo a las acciones que el ordenamiento le reconoce específicamente (v. J. ALFARO, *RDM*, 1991, pág. 694-695) y, además, de modo exclusivo. Dicho en otros términos, la invasión no consentida de la esfera de exclusiva reconocida al titular de un derecho subjetivo no altera la *par conditio concurrentium* más de lo que resultaría de una invasión consentida a unos y no a otros (situación perfectamente lícita salvo en supuestos de dependencia económica y falta de justificación), y ello, según las circunstancias, tanto si la autorización se concede a título gratuito como si se concede a cambio de una contraprestación. Siendo ello así, la infracción de los derechos subjetivos carece de las consecuencias sobre la estructura y formación de las relaciones económicas en el mercado que justifican y explican la deslealtad de la violación de normas. Los terceros que pudiesen resultar mediatamente perjudicados a resultas de la actitud tolerante del titular del derecho hacia el infractor por la discriminación que ello les reporta, deberán dirigirse al titular e instarle a ejercitar las acciones oportunas y, en su caso, valerse de los diversos mecanismos que proporciona el ordenamiento para sustituir al titular en el ejercicio de sus derechos.

(12) Naturalmente, podrá enjuiciarse como supuesto de violación la conculcación de los derechos cuya atribución constituya un mecanismo de tutela de intereses generales, como es el caso de las concesiones públicas (J. ALFARO, *RDM*, 1991, pág. 695). En estos casos, en efecto, la infracción de los derechos subjetivos del tercero es, al mismo tiempo, infracción de una disposición que impide en general el ejercicio de una determinada actividad económica sin contar con la preceptiva autorización o concesión administrativa. En estos supuestos, la norma de referencia instaura un orden competitivo directa y absolutamente vinculante para todo actor en el mercado afectado, incluido el beneficiario de la concesión. Así las cosas, la norma contenida en el artículo 15.2 de la Ley de Competencia Desleal ofrece refugio a todo agente económico que participe en el mercado relevante (en calidad de oferente o demandante) frente a cualquier tercero infractor del orden competitivo instaurado por la concesión, como también contra el propio concesionario cuando no ajuste su conducta de mercado a los términos previstos en la concesión.

(13) Como se sigue con facilidad de lo expuesto hasta aquí, al juicio de deslealtad que consiste en la comprobación de la concurrencia de las circunstancias determinantes de este reproche precede necesariamente un juicio de legalidad, la comprobación de la efectiva infracción de la norma en cuestión. No existe en este ámbito prejudicialidad (*cf.* SAP *Albacete* 23-III-1993 «expedición de medicamentos fuera de farmacias»), ni vinculación del juez civil por la calificación que de los hechos hayan podido hacer en su caso las autoridades administrativas que pudieran conocerlos en el marco de sus competencias, lo que agiliza la aplicación de la Ley de Competencia Desleal a costa de problemas obvios (v. J. ALFARO, *RDM*, 1991, pág. 711-712, y S. SÁNCHEZ SOLÉ, *RGD*, 1995, pág. 807). Así pues, en el marco de la subsunción de la conducta enjuiciada en el ámbito del tipo y a los solos efectos de poder formular el correspondiente reproche de deslealtad (y no de declarar la comisión de un acto ilícito a los efectos de la normativa considerada), el Juez apreciará, a la vista de los hechos y como paso previo necesario, si existe o no infracción legal, a fin de proceder, en su caso, a la aplicación del artículo 15 de la Ley de Competencia Desleal (de nuevo v. SAP *Albacete* 23-III-1993 «expedición de medicamentos fuera de oficina de farmacia»), y a la sanción de los aspectos de deslealtad concurrencial implícitos en la violación de la legislación. Así las cosas, conviene extremar la prudencia en aquellos supuestos dudosos respecto de los que no exista resolución administrativa o judicial que declare la infracción legal (v. SAP *La Rioja* 30-XII-1997 «Pompas Fúnebres Pastrana, S.A.»).

4 CIRCUNSTANCIAS DETERMINANTES DE LA DESLEALTAD

(14) Las circunstancias determinantes de la deslealtad han merecido un tratamiento legal diverso según las normas conculcadas tengan por objeto o no la regulación de la actividad concurrencial. Regulan actividad concurrencial las normas que modelan de forma directa la estructura del mercado (*ad ex.* atribuyendo monopolios o estableciendo sistemas de licencias restringidas para el desarrollo de determinadas actividades) y las estrategias y conductas propiamente concurrenciales de los agentes que operan en el mercado, dirigidas a promover o asegurar la difusión de las prestaciones (propias o ajenas) en el mercado (*ad ex.* restringiendo los medios de difusión de publicidad o los contenidos de la publicidad, limitando las prácticas de promoción de ventas, predeterminando el contenido de la oferta...), cualesquiera que sean, como antes se ha indicado, los objetivos político-legislativos a que puedan responder (en extenso, J. ALFARO, *RDM*, 1991, pág. 689-690, 697); si la limitación legal al principio (constitucionalmente amparado) de libre competencia se halla justificada o no por la promoción de otros fines de interés general es circunstancia que, en su caso, se ha de dilucidar y resolver en otro ámbito. Aquí la simple transgresión de una norma supone en principio la realización de una conducta relevante por alterar la *par conditio* configurada mediante la intervención normativa. Esta comprensión objetiva de la acción relevante del artículo 15.2 de la Ley de Competencia Desleal se corresponde, a su vez, con el carácter neutral que habrá de revestir el juicio de deslealtad de la conducta respecto de la política de competencia vigente (C. PAZ ARES, *RDM*, 1981, pág. 119); esto es, el reproche de deslealtad se funda en la obtención de una ventaja competitiva ilegal o en la alteración de las condiciones de la competencia en el mercado, desvinculándose por lo tanto de la transgresión de los fines a que atiende la norma vulnerada como también de su correspondencia con los principios que informan el ordenamiento contra la competencia desleal. No en vano y como quedó antes indicado, la tipificación de la violación de normas como acto de competencia desleal tiene como función nuclear servir de cláusula de cierre al sistema de Derecho de la competencia.

(15) Común a ambos casos es, con todo, la falta de exigencia de la consciencia de la infracción legal, el dolo o culpa en la infracción, en su caso la búsqueda de una ventaja competitiva, o la producción de un daño efectivo a tercero, extremos que sin embargo será necesario valorar en el marco de una eventual indemnización de daños y perjuicios.

a Circunstancias determinantes de la deslealtad de la infracción de normas que no tienen por objeto la regulación de la actividad concurrencial

(16) Como se ha advertido en pasajes anteriores, la infracción de las normas que no tienen por objeto la regulación de la actividad concurrencial no constituye *per se* un acto de competencia desleal, sino sólo en el caso de que dicha infracción proporcione una ventaja competitiva significativa y, además, que el infractor se prevalga de la misma.

(17) La ventaja competitiva aquí considerada consiste en la mejora de la posición de mercado respecto de los terceros competidores, en la configuración de la actividad o de la oferta en términos más atractivos para la demanda de lo que el particular sujeto podría lograr en el caso de que no hubiera vulnerado la disposición legal en cuestión, términos que no pueden ser igualados o mejorados por los competidores cumplidores de la ley sino reduciendo precios o incrementando la eficiencia de sus prestaciones, sin que en este caso los menores precios o la mayor eficiencia les reporten la recompensa debida. Es exigible, además, una relación de causalidad entre la violación de normas y la obtención de la ventaja competitiva; no lo es, en cambio, que dicha ventaja se deba apreciar de forma directa en el mismo ámbito en el que se produce la infracción: así, por ejemplo, la ventaja que puede proporcionar la venta de productos no homologados (ni homologables) puede concretarse en unos menores precios de estos productos, pero

también en unos precios inferiores de productos complementarios, de servicios adicionales o de otros productos que en el sector considerado componen la oferta del infractor y sus competidores. La ventaja, de otro lado, ha de ser significativa, esto es, ha de tener una magnitud apreciable, lo que debe entenderse en el sentido de que ha de alcanzar un nivel que pueda provocar o de hecho provoque una desviación de clientela, o que obligue a los competidores a reducir sus márgenes o a realizar cualquier clase de esfuerzo innovador o de mejora (que en tales circunstancias no permitirá alcanzar la recompensa que merece) para estar en condiciones de neutralizar la ventaja debida a la infracción de normas. A estos efectos, por lo tanto, será preciso comprobar la talla de la desigualdad de posición competitiva que pueda deberse al incumplimiento normativo. Y de ahí que deba negarse una ventaja significativa y, por tanto, deba decaer el reproche de deslealtad en la medida en la que los operadores del particular mercado incumplan de modo generalizado y en igual forma la norma en cuestión. Es difícil, ciertamente, que dicha circunstancia se produzca. Así, deberá estimarse que el tipo se integra por más que el cumplimiento de la norma en cuestión sea mínimo o parcial.

(18) No es suficiente, sin embargo, que la infracción proporcione la oportunidad de obtener una ventaja competitiva. Es además necesario que el infractor se prevalga de hecho de dicha ventaja, esto es, que se beneficie en efecto del ahorro de costes que sea en términos financieros, en términos de tiempo o de otra forma, le posibilite la violación de normas. Significa ello, por lo tanto, que la ventaja debe exteriorizarse y proyectarse hacia el mercado, que debe convertirse en elemento que contribuya a modelar la forma y las condiciones en que se actúa en el mercado, en que se entra en contacto con proveedores y clientes o se establecen las relaciones con unos y otros. Si esto no se produce, si el ahorro de costes que propicia la violación de normas se interioriza enteramente (en un caso extremo, repercute íntegramente en un mayor margen y en definitiva en unos beneficios que no se reinvierten en la mejora competitiva de la propia posición) no existe una ruptura de la *par conditio concurrentium*; la infracción norma—, tiva no altera en estos casos la posición competitiva de los distintos operadores ni entre sí ni en relación con los proveedores y los clientes. A decir verdad, en el efectivo traslado del ahorro de costes a la actuación en el mercado reside la esencia de la deslealtad en esta clase de infracción de normas, que, por ello, debe afirmarse con independencia de que origine o no un mayor beneficio empresarial (aunque no se refiere a este supuesto de violación de normas, v. J. ALFARO, *RDM*, 1991, pág. 680-683).

b Las circunstancias determinantes de la deslealtad de la infracción de normas que tienen por objeto la regulación de la actividad concurrencial

(19) La simple infracción de normas cuyo objeto es la ordenación de la competencia en los términos antes explicados [v. **(14)**], en cambio, constituye *prima facie* un acto de competencia desleal. En efecto, el reproche de deslealtad se formula legalmente en este caso de una forma incondicionada. No obstante, el encuadramiento sistemático y la función de este ilícito concurrencial aconsejan examinar con mayor detalle esta primera apariencia formal. En efecto, y del modo en que antes se indicó [v. **(3)**], el artículo 15 de la Ley de Competencia Desleal no tiene por objetivo el aseguramiento del debido respeto de las normas ordenadoras de la competencia, sino la salvaguardia del funcionamiento eficiente del mercado y, en particular, la garantía de que los distintos competidores podrán aprovechar íntegramente sus propios méritos o eficiencia para colocar sus prestaciones sin que se vean impedidos de ello por aquellos operadores cuya misma posibilidad de actuación o las condiciones en que se lleva a cabo están basadas en un acto contrario a las leyes. Siendo esto así, no parece aventurado sostener que, también en el caso de infracción de las normas ordenadoras de la actividad concurrencial, el juicio de deslealtad sanciona la obtención de una ventaja competitiva significativa y el prevalimiento de la misma, que se presumen (también se

pronuncian por la vigencia de una presunción de prevalimiento de una ventaja competitiva en este ámbito, J. ALFARO, *RDM*, 1991, pág. 706-710, y S. SÁNCHEZ SOLÉ, *RGD*, 1995, pág. 797, 809). De otro modo, la tipificación de este supuesto de hecho como acto de competencia desleal sería tanto como la simple adición de un ulterior sistema de represión a los mecanismos sancionadores propios de la norma infringida, a los que tan sólo se conseguiría añadir (en el mejor de los casos) rigor, severidad o eficacia, reforzando la prevención de su incumplimiento, y ello en no pocas ocasiones, y como consecuencia de la neutralidad política del reproche de deslealtad en este caso, con el paradójico resultado de sostener normas que apuntan en una dirección contraria a los principios que inspiran la Ley de Competencia Desleal.

(20) Y lo cierto es que existen buenas razones para justificar la existencia y el carácter de tales presunciones. En primer lugar, la infracción de normas que ordenan la actividad concurrencial reporta de forma inmediata una ventaja competitiva: bien se salda en la misma realización de una actividad de otro modo vedada, lo que de por sí es una ventaja y obliga a los operadores que cuentan con las autorizaciones precisas para realizar la actividad considerada a reajustar su conducta a la vista de la presencia de un nuevo competidor, o bien se cifra en la puesta en práctica de una particular estrategia o de una particular actuación asimismo vedada con carácter general, de donde también se sigue la necesidad de redefinir estrategias y prácticas por los operadores respetuosos de la ley. En segundo lugar, el prevalimiento de la ventaja competitiva ganada a través de la infracción de una norma reguladora de actividad concurrencial es consustancial a la infracción misma: por el ámbito en que tiene lugar, la ventaja así obtenida se proyecta en las relaciones con otros competidores, con clientes y con proveedores, según sea el caso.

(21) Estas presunciones poseen, con todo, carácter relativo. A sus consecuencias puede escaparse demostrando que, a la luz de las circunstancias de hecho del caso, bien la violación de normas no procura una ventaja competitiva, como sería el caso si en el mercado hubiera una situación de incumplimiento generalizado de la norma en cuestión en términos sustancialmente coincidentes (v. J. ALFARO, *RDM*, 1991, pág. 709, y S. SÁNCHEZ SOLÉ, *RGD*, 1995, pág. 797, 809), o bien que dicha ventaja no posee una entidad suficiente como para alterar de un modo perceptible la posición que la propia oferta tiene en el mercado, provocando una desviación de clientela u obligando a reaccionar a los competidores para evitarla.

(22) La admisión de la excepción de incumplimiento generalizado se justifica en la comprobación de circunstancias que desvirtúan el fundamento del reproche de deslealtad, que, rectamente entendido, no es otro sino la prevención y represión de la obtención de una ventaja competitiva mediante comportamientos ilegales y su ulterior aprovechamiento. Se convendrá entonces en que el reproche de deslealtad de la conducta halla su razón de ser en la salvaguarda de una competencia libre y no falseada, sea en sus aspectos estructurales, sea en sus aspectos funcionales. Las exigencias de tutela de este mismo interés explican, como no puede ser de otro modo, el juego de la excepción de incumplimiento generalizado. De aquéllas se sigue inmediatamente, en efecto, que el reproche de deslealtad deba decaer cuando la violación de normas no pueda afectar ni a la estructura competitiva del mercado ni a su funcionamiento según el principio mérito o eficiencia de las propias prestaciones. Dicho en otros términos: dado que la conducta infractora de la norma que regula la competencia no se califica de desleal en sí misma considerada sino en atención a sus consecuencias típicas, la violación de esta clase de normas dejará de ser reprochable a la luz del Derecho contra la competencia desleal cuando se compruebe que, no obstante su incumplimiento, subsiste un mercado en el que no se han alterado las condiciones de la competencia y en el que los oferentes o demandantes (aun desde la ilegalidad) compiten según su propia eficiencia. El juego de la excepción, por tanto, ha

de permitirse haciendo total abstracción de la subsistencia de otros efectos negativos en el plano social, cultural, económico... como consecuencia de la situación de incumplimiento generalizado. Y ello, en suma, porque, de forma consecuente con la neutralidad del reproche de deslealtad, la represión de la violación de normas en el ámbito de la legislación contra la competencia desleal no puede asumir directamente la protección de intereses metaconcurrentiales. Por supuesto, el incumplimiento todavía no generalizado sino sólo predicable de algunos (o la mayoría) de los operadores del sector (y claramente cuando se trate sólo de los agentes que operan en un determinado segmento de un mercado objetivo más amplio) no puede esgrimirse como excusa de la conducta infractora por uno de ellos, como tampoco por los restantes operadores aún respetuosos con la norma para exculpar su conducta incumplidora en lo sucesivo (en este sentido v. SAP *Valencia* 21-III-1994 «Gremio de Libreros de Valencia c. El Corte Inglés, S. A.»; *cfr.* también RJAAP 3-III-1998, «Armería Álvarez»).

(23) Dicho esto ha de advertirse igualmente de la necesidad de proceder con extremada cautela en la valoración de la excepción de incumplimiento generalizado; en particular, ha de examinarse con especial atención la existencia y, en su caso, proyección de la ventaja hacia sectores de negocio que pueden representar una alternativa a aquel en el que se produce el incumplimiento, hacia los escalones anteriores y posteriores en la relación de competencia vertical o hacia nuevos entrantes. El examen contenido de las circunstancias de cada supuesto de hecho resulta tanto más justificado por cuanto, como puede comprenderse fácilmente, el incumplimiento generalizado de una norma reguladora de la actividad concurrencial (aun sustancialmente idéntico, de modo que ningún operador pueda obtener una ventaja competitiva) no sólo afecta a los intereses de los infractores (que son todos los agentes que operan en el sector considerado), sino también a los intereses de terceros y, ocasionalmente además, de modo negativo. En la medida en que estos intereses de terceros tengan naturaleza concurrencial, y éste es precisamente el caso de los intereses de los sujetos indicados anteriormente (oferentes de prestaciones alternativas, proveedores y clientes o potenciales entrantes), no parece dudoso que la violación de normas reguladoras de actividad de naturaleza concurrencial constituya, no obstante la generalización de su incumplimiento, un acto de competencia desleal plenamente encuadrado en el artículo 15.2 de la Ley de Competencia Desleal. Y a los intereses concurrenciales de estos operadores pueden sumarse igualmente los intereses de igual naturaleza de los consumidores, a los que, sea individualmente o a través de sus asociaciones, ha de reconocerse expedita esta vía de acción en el caso de que la violación de normas permita a los oferentes comercializar sus prestaciones en condiciones, más convenientes para ellos y menos para los consumidores, distintas de las legalmente admitidas. En cualquiera de estos supuestos, el incumplimiento generalizado podría además ser considerado como una conducta colusoria (art. 1 LDC).

5 GRUPOS DE CASOS

(24) Debido al extenso ámbito objetivo de aplicación del artículo 15 de la Ley de Competencia Desleal, que se extiende en definitiva al conjunto de actividades reguladas normativa mente que puedan tener trascendencia en el mercado, las conductas relevantes son numerosas y de variada naturaleza. Una construcción de grupos de casos, por tanto, difícilmente puede tener una vocación exhaustiva; al contrario, se presentará, inevitablemente, nutrida de imperfecciones y descompensaciones. La relación de casos que se realiza a continuación tiene, pues, carácter indicativo y se limita a dar testimonio de las pertinentes resoluciones de nuestros órganos jurisdiccionales y administrativos, de las que se ha extraído y sintetizado la doctrina a nuestro juicio más relevante. En fin y en relación con cada uno de los supuestos contemplados en la norma, se intenta abordar las conductas más frecuentes, en la medida de lo posible integradas en un bloque temático unívoco.

a Infracción de normas que no regulan actividad concurrencial

(25) Se integra aquí la violación de cualquier norma susceptible de provocar costes (v. J. ALFARO, *RDM*, 1991, pág. 679-680; F. VICENT, *RGD*, 1993, pág. 10005-10006), como son las normas fiscales y aduaneras, las normas laborales incluidos los convenios colectivos (como las normas sobre retribuciones, horario de trabajo, higiene y seguridad, prevención de riesgos laborales, seguridad social, etc.), y, en general, de las normas que regulan mediata o inmediatamente la producción de bienes y prestación de servicios (como normas técnicas, normas sobre homologaciones y en especial normas sanitarias, normas medioambientales...). Como antes se advirtió, la deslealtad de la violación de esta clase de normas depende de la efectiva e inmediata traslación del ahorro de costes implícito en dicha violación a las condiciones de la oferta [v. **(18)**].

b Infracción de normas que regulan actividad concurrencial: Infracción de normas que limitan el mercado en un sector determinado

(26) La expresión *par conditio concurrentium* no puede entenderse como sinónimo de «igualdad de trato» o igualdad de oportunidades a todos los operadores económicos o interesados en desarrollar una determinada actividad económica en el mercado. Quienes participan en el mercado deben atenerse a la gradación de igualdad fijada por la ley, que vincula a sus destinatarios con sus reglas y excepciones. En ningún caso la intención de mejorar la propia oferta puede justificar que se sobrepasen dichos límites legales. En este apartado, por lo tanto, cobran especial relevancia aquellas normas que institucionalizan monopolios generales o limitados (*ad ex.* la expendedoría de tabacos, correos y telégrafos), o bien oligopolios de concesión o arrendamiento (*ad ex.* loterías, gasolineras, televisión, radio, telefonía...) y, en general, las normas relativas a la gestión de recursos o prestación de servicios esenciales, cuando exista una reserva de Ley en favor de los poderes públicos (*ad ex.* abastecimiento y depuración de aguas, recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos, suministro de gas, mataderos, mercados y lonjas centrales, transporte público de viajeros y servicios funerarios — v. SAP *Madrid* II-V-1998 «servicios funerarios en Villa del Prado»—).

c (sigue) Infracción de normas que regulan el acceso a la profesión o al ejercicio de una actividad económica

(27) Próximo al supuesto anterior se encuentra la infracción de normas que, en aquellos sectores en los que no existe una limitación, regulan el acceso a la profesión o al desempeño de una actividad económica, en un sentido amplio, por lo tanto, desde la exigencia de una particular estructura organizativa, licencia, titulación, colegiación o autorización administrativa. Todas estas disposiciones, con mayor o menor intensidad, constituyen barreras de entrada al mercado. El incumplimiento de esta clase de normas, sin distinción, constituye, a nuestro juicio y salvo que pueda demostrarse que en el caso particular no se obtiene de este modo una ventaja competitiva en los términos indicados anteriormente [v. **(22)**], un acto de competencia desleal, en la medida en que el juicio de deslealtad debe valorar no sólo el ahorro de costes sino también el adelanto en el tiempo. En este sentido, la previsión y diligencia en la obtención de licencias, autorizaciones o permisos no deja de ser expresión de una eficiencia que no debe quedar desprotegida por una legislación contra la competencia desleal precisamente preocupada por asegurar una *par conditio* que permita a los diversos operadores agotar las oportunidades de negocio y beneficio que les deparan sus méritos concurrenciales (en este contexto tiene interés la RTDC 24-IV-1997, expediente 192/96 «Asociación Provincial de Empresas de Ambulancias de Gerona c. Cruz Roja en Gerona», estimatoria del recurso interpuesto contra el acuerdo de sobreseimiento del SDC).

(28) Como supuesto de infracción de normas que tienen por objeto la ordenación de la actividad concurrencial ha sostenido la doctrina que debe enjuiciarse la violación de las disposiciones legales concernientes a la creación de una empresa pública por parte de las Corporaciones de Derecho público [v. F. VICENT, *RGD*, 1993, pág. 3371-3376, y *RGD*, 1993, pág. 9981-9982 en nota (9), pág. 9995 en nota (27)]. Esta tesis, sin embargo, no ha sido seguida por el Tribunal de Defensa de la Competencia, que ha entendido que entre las normas que regulan actividad concurrencial no figuran las relativas a la decisión de iniciar dicha actividad y constituir para ello una empresa (v. RRTDC 18-X-1993, expediente A58/93 «D. José Tormos Ferrer c. Ayuntamiento de Sabadell» [confirmada por RTDC (Pleno) 17-I-1995, expediente R99/94], 26-V-1997, expediente 193/96 «Hormaiza, S.L. c. Zumaia Lantzem y Ayuntamiento de Zumaia», tesis que ha encontrado la acogida favorable de J. VICIANO, *Libre competencia e intervención pública en la economía*, pág. 461 en n. 1136).

d (sigue) Infracción de normas que regulan el ejercicio de una profesión o de una actividad económica

(29) Además del acceso, el ejercicio de ciertas profesiones debe ordenarse según las directrices básicas desarrolladas por el correspondiente colegio profesional, establecidas básicamente en sus estatutos. Bajo el aspecto que ahora interesa, esta intervención de los colegios profesionales ha afectado tradicionalmente a la fijación de las coordenadas básicas de la competencia (ordenación estructural del mercado de servicios profesionales) y de la actividad competitiva en el ámbito de la correspondiente profesión (y en su caso, además, en el ámbito territorial del colegio). La referida intervención ha sido ciertamente gravosa. El ejercicio de la actividad profesional de los profesionales colegiados, en efecto, ha quedado sometido a importantes límites (*ad ex*. fijación de honorarios más o menos intensa según los casos e intervención colegial en el cobro de honorarios, prohibición de publicidad, restricciones territoriales al establecimiento o a la prestación de servicios, imposición de prestaciones vinculadas, etc.). Esto resulta tanto más cuestionable si se repara en que tales límites no han contado en todos los casos con el amparo legal necesario para encontrar cabida en la excepción a la prohibición de acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas restrictivas dispuesta en el artículo 2.1 de la Ley de Defensa de la Competencia [v. J. MASSAGUER, *IURIS*, núm. 3, 1994, pág. 98-105, J. VICIANO, *Libre competencia e intervención pública en la economía*, pág. 538-539].

(30) Ante esta situación, el legislador ha reaccionado recientemente, adoptando medidas liberalizadoras que recortan notablemente la potestad ordenadora de los colegios respecto de la actividad profesional de sus miembros. En este sentido, se ha establecido de modo expreso, como principio general, que el ejercicio de las profesiones colegiadas se ha de realizar en régimen de libre competencia y que la oferta de servicios y fijación de su remuneración ha de someterse a la Ley de Defensa de la Competencia y a la Ley de Competencia Desleal (*ex art.* 2.1 Ley 2/1974, reguladora de los Colegios Profesionales, redacción otorgada por la Ley 7/1997). A su lado, se ha dispuesto una serie de previsiones específicas, entre las que cabe destacar que los Colegios Profesionales podrán establecer baremos de honorarios de carácter meramente orientativo, que podrán encargarse del cobro de los honorarios sólo a petición de los colegiados, que el visado de los trabajos de los colegiados no comprenderá ni los honorarios ni el resto de las condiciones contractuales, a las que ha de añadirse la implantación general del principio de colegiación única para ejercer la profesión en todo el territorio nacional, salvo si resulta justificada la exigencia del deber de residencia para la prestación de los servicios [v. respectivamente letras *ñ*), *p*), *q*) del art. 5 y art. 3.2 de la Ley de Colegios Profesionales, según redacción otorgada por la Ley 7/1997]. En todo caso, la competencia del colegio profesional comprende el control del efectivo cumplimiento de la disciplina colegial y la represión de las desviaciones detectadas o

denunciadas. En este sentido, los colegios profesionales tienen atribuida como función, impedir la competencia desleal entre los colegiados [v. art. s.k) de la Ley de Colegios Profesionales, cuya redacción permanece inalterada tras la entrada en vigor de la Ley 7/1997]. Esta prerrogativa, como no puede ser de otro modo, debe ejercitarse según las pautas sentadas por el Derecho de la competencia, por cuanto las corporaciones profesionales, como asociación de operadores económicos, están sometidas enteramente al Derecho de defensa de la competencia (v. *amplius* J. MASSAGUER, ob. últ. lug. cit.). Y, bajo este aspecto, no debe olvidarse que el Juez que conozca del asunto podrá decidir la (in)existencia de una infracción, con independencia de cuál sea la actuación del órgano corporativo (J. ALFARO, *RDM*, 1991, pág. 727).

(31) Los estatutos de Colegios Profesionales aprobados mediante Real Decreto o, en su caso, mediante Decreto autonómico, son normas jurídicas a los efectos del artículo 15.2 de la Ley de Competencia Desleal, tanto desde una perspectiva formal como material (regulan la actividad concurrencial). Ahora bien, la regulación corporativa del ejercicio de la profesión no sólo se establece en los correspondientes estatutos profesionales sino también, y con no poca frecuencia, en otra clase de disposiciones corporativas carentes de toda clase de refrendo reglamentario, como es el caso de normas deontológicas, reglamentos de orden interno, acuerdos de los órganos corporativos, y en algunos casos de los estatutos de los colegios profesionales locales. En particular, esta clase de disposiciones corporativas suscita dos cuestiones de interés: una de carácter formal, como es su consideración como normas jurídicas, y otra de orden sustantivo, como es su legalidad y el control de la misma en el marco del juicio de deslealtad concurrencial.

(32) En efecto, y bajo el primer aspecto, no faltan pronunciamientos que han negado a los acuerdos de los órganos colegiales la condición de normas jurídicas en el sentido requerido para integrar el supuesto de hecho del artículo 15.2 de la Ley de Competencia Desleal, por entenderse que son actos administrativos con mera eficacia orgánica carentes, en consecuencia, de virtualidad para vincular a los profesionales afectados con fuerza legal (v. *SAP Sevilla* 30-VI-1993 «Colegio de Médicos de Sevilla»). No es éste, con todo, el foro para dirimir la de por sí controvertida calificación de la relación que une al colegiado con la institución colegial [esto es, sobre si consiste en una relación especial de sujeción, como propugna recientemente S. DEL SAZ, *Los Colegios Profesionales*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pág. 159-160, o por el contrario en una relación corporativa, como postula L. MARTÍN-RETORTILLO, «El papel de los Colegios en la ordenación de las profesiones y en el control y vigilancia del ejercicio profesional», en L. MARTÍN-RETORTILLO (coord.), *Los Colegios Profesionales a la luz de la Constitución*, Civitas, Madrid, 1996, pág. 344-350] Y que justifica y, en definitiva, explica el acatamiento del régimen disciplinario del Colegio por sus miembros. Mas cualquiera que sea la tesis acogida finalmente, no puede desconocerse que la potestad normativa atribuida por la Ley de Colegios Profesionales a los Colegios para ordenar la actividad profesional debe interpretarse en el marco estricto del principio de reserva de ley en cuanto pueda imponer medidas restrictivas de la libertad de los particulares, pues en el ámbito que nos ocupa, atinente a la libertad de competencia de los colegiados, se está bajo el amparo del artículo 38 de la Constitución (v. J. MASSAGUER, *IURIS*, núm. 3, 1994, pág. 111-119). Y a ello todavía habría que añadir la expresa reserva de ley que el artículo 36 de la Constitución contempla para la regulación de las profesiones tituladas. Sentada sobre tales premisas la vigencia del principio de legalidad en la actividad ordenadora de los colegios profesionales, ha de seguirse que el artículo 3.1 de la Ley de Colegios Profesionales no cubre por sí solo los requisitos que debe reunir una delegación reglamentaria, esto es, no constituye una remisión en blanco a los Colegios para que regulen el ejercicio profesional. Ciertamente es que, en la práctica, se maneja la calificación de relación de especial sujeción para definir el vínculo entre el Colegio y el profesional con el objetivo de relativizar las exigencias del principio de

reserva legal y justificar de este modo determinadas manifestaciones de la potestad sancionadora de los Colegios; pero sin entrar ahora en un análisis crítico de esta situación, debe recordarse que el Tribunal Supremo ha adoptado en este ámbito una posición cuidadosamente matizada, distinguiendo entre normas colegiales que afecten o no a los derechos de terceros y afirmando que el principio de legalidad deberá ser rigurosamente respetado cuando la regulación afecte a los derechos de los terceros o usuarios del servicio profesional (v. STS 30-VI-1992 «depósito de honorarios profesionales»); a nuestro juicio, la intervención del Colegio en la conformación de las condiciones de la oferta afecta, sin duda alguna, a la libertad de elección de los usuarios, de donde se sigue la exigencia de cobertura legal para su regulación. Por lo demás, no debe olvidarse que la vinculación de la Administración a la Constitución impone una sumisión estricta a su contenido material y a los derechos fundamentales por ella reconocidos (cfr. S. DEL SAZ, *Los Colegios Profesionales* , ob. cit., pág. 145-149).

(33) Bajo el segundo de los aspectos antes indicados, la legalidad de la ordenación, conviene recordar, como ya se ha hecho, que con frecuencia la regulación corporativa de la organización y desarrollo del ejercicio de las profesiones ha introducido importantes restricciones en el mercado de prestación de servicios (desconocidas en otros sectores económicos), y que, como también se ha referido, la licitud de dichas restricciones está condicionada a que pueda beneficiarse de la excepción establecida en el artículo 2.1 de la Ley de Defensa de la Competencia. Para esto se exige que la norma corporativa que introduce la restricción considerada haya sido aprobada mediante disposición reglamentaria dictada en aplicación de una Ley, esto es, dictada por la Administración en ejercicio de su potestad reglamentaria y dentro de su esfera competencial. De ahí que no puedan estimarse lícitas aquellas restricciones de la competencia establecidas en las disposiciones corporativas del tipo que ahora nos ocupa (ésta parece ser la línea finalmente seguida por las autoridades de defensa de la competencia: RRTDC 10-XI-1992, expediente A30/92 «Asociación Profesional de Expertos Inmobiliarios c. Consejo General de los Colegios Oficiales de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de España», 20-XI-1992, expediente 313/92 «Colegio Oficial de Arquitectos Vasco-Navarro», 23-XI-1993, expediente A62/93 «Colegio Oficial de Arquitectos de Asturias», 28-VII-1994, expediente 339/93 «Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid», aunque RTDC 2-XI-1994, expediente r 83/94 «Publicidad Abogados»; comenta estas resoluciones, J. VICIANO, *Libre competencia e intervención pública en la economía* , pág. 535 ss., especialmente 545-554). Y de ahí que sea obligado negar que su infracción, si es que se llegara a estimar que son normas jurídicas en el sentido requerido a estos efectos, constituye un acto de competencia desleal por violación de normas (v. en extenso J. MASSAGUER, *IURIS* , núm. 3, 1994, pág. 111-119, y con matices J. ALFARO, *RDM* , 1991, pág. 723). Siendo esto así, para el caso de que se acepte que esta clase de disposiciones colegiales merecen formalmente la consideración de normas jurídicas a estos efectos y faltando toda intervención normativa en sentido estricto (como la derivada del refrendo de la norma corporativa por parte de la Administración en el marco de sus competencias) de la que pueda derivar una presunción de validez, es obligado llevar a cabo un riguroso control de legalidad de la norma corporativa supuestamente infringida con carácter previo a la comprobación de su infracción y de la declaración de deslealtad de la conducta enjuiciada, consistente en lo esencial en la comprobación de su compatibilidad con la prohibición de acuerdos, decisiones, recomendación y prácticas restrictivas de la competencia (art. 1 LDC), que ha de negarse en todos los supuestos en los que se impida a los afectados la puesta en práctica de una estrategia o actuación competitiva que no se halla prohibida legalmente y que, por tanto, en ausencia de la norma en cuestión es lícita. Por supuesto, los Colegios Profesionales pueden solicitar en todo caso al Tribunal de Defensa de la Competencia la autorización singular del artículo 3 de la Ley de Defensa de la Competencia para aquellas normas colegiales restrictivas de la competencia que carezcan del debido amparo legal para aprovecharse de la antes referida excepción [v.

art. 2.1 de la Ley 2/1974, reguladora de los Colegios Profesionales, tras la modificación de su redacción operada por la Ley 7/1997].

(34) Esto mismo es trasladable *mutatis mutandis* a los acuerdos de las asociaciones empresariales (v. SAP *Valencia* 21-III-1994 «Gremio de Libreros de Valencia c. El Corte Inglés S.A. », que negó el rango de norma jurídica al acuerdo del Gremio de Libreros relativo a la delimitación del espacio donde debe desarrollarse la Feria de Libro, acuerdo que previamente fue declarado restrictivo de la competencia por RTDC 17-II-1993, expediente A40/92 «Gremio de Libreros de Valencia c. El Corte Inglés» [no obstante, *cfr.* STS 31-III-1999]).

(35) Con lo expuesto anteriormente acerca de la infracción de las normas que ordenan el ejercicio de una profesión coincide el enjuiciamiento que merecen las prácticas que violentan las disposiciones normativas de todo rango reguladoras de la forma en que debe ejercitarse una determinada actividad económica y que, en particular, prohíben o limitan ciertas estrategias relativas a la captación de clientela (*cfr.* SAP *Albacete* 23-III-1993 «expedición de medicamentos fuera de oficina de farmacia»).

e (sigue) Infracción de normas sobre precios

(36) En atención a intereses generales prioritarios al libre juego de oferta y demanda, el legislador establece excepcionalmente (*cfr.* art. 17.1 y art. 13 LOCM) normas que, directa o indirectamente, determinan el nivel el importe de los precios de determinados bienes o servicios. Así ocurre con la fijación de los descuentos en libros (*cfr.* art. 33 de la Ley 9/1975, de 12 de marzo, del Libro y R. D. 484/1990, de 30 de marzo, sobre el Precio de Venta al Público de los Libros), con la fijación de los márgenes correspondientes a los almacenes farmacéuticos por la distribución y dispensación de especialidades farmacéuticas de uso humano (arts. 1 y 2 R. D. 164/1997, de 7 de febrero, que establece los márgenes correspondientes a los almacenes mayoristas por la distribución de especialidades farmacéuticas de uso humano, modificados por el art. 9 del R. D. L. 6/1999, de 16 de abril, de Medidas Urgentes de Liberalización e Incremento de la Competencia) y, en general, con el régimen de «precios autorizados» que implican sometimiento a autorización administrativa para su modificación, como es el caso de los precios relativos a la electricidad, gas, agua, especialidades farmacéuticas (precios industriales de las financiadas con cargo a la Seguridad Social o a fondos estatales afectos a la Sanidad), seguros agrarios, correos y telégrafos, teléfonos, transportes públicos, etc. (*cfr.* o. M. de 26 de febrero de 1993, de modificación del régimen de precios de determinados bienes y servicios; R. D. 7/1996, de 7 de junio, de medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica; Resoluciones de la Dirección General de Industria de 9 de septiembre de 1998, sobre precios máximos de venta, antes de impuestos, de los gases licuados del petróleo a granel y por canalización, de 23 de septiembre de 1998, sobre precios máximos de venta al público de gas aplicables en el ámbito de la Península e Islas Baleares a partir del 26 de septiembre de 1998, de 25 de septiembre de 1998, sobre precios máximos de suministro de gas natural para usos industriales; R. D. 271/1990, de 23 de febrero, sobre la reorganización de la intervención de precios en las especialidades farmacéuticas de uso humano; oo. MM. de 31 de julio de 1998, de establecimiento de banda tarifaria para el servicio de telefonía móvil automática analógica; de 31 de julio de 1998 sobre reequilibrio tarifario de servicios prestados por Telefónica, Sociedad Anónima, de 4 de noviembre de 1998, sobre determinadas tarifas del servicio de alquiler de circuitos internacionales de «Telefónica, Sociedad Anónima», de 4 de noviembre de 1998, sobre determinadas tarifas de la Red Digital de Servicios Integrados y del Servicio «Centrex Básico», de 16 de noviembre de 1988, sobre el programa de descuentos para el servicio telefónico provincial de Telefónica, de 26 de noviembre por la que se determina la fecha de efectividad de las tarifas de interconexión de la oferta de interconexión de referencia

de Telefónica; Resolución de la Secretaría General de Comunicaciones de 17 de diciembre de 1998, por la que se dictan instrucciones a Telefónica en relación con la prestación del servicio telefónico soporte de los servicios de tarificación adicional, así como las medidas de reducción de los precios en los servicios de telecomunicaciones y de fomento de la competencia en el sector de la telefonía móvil establecidas en el art. 7 del R. D. L. 6/1999, de 16 de abril, de Medidas Urgentes de Liberalización e Incremento de la Competencia; OO. MM. de 8 de enero de 1998, de modificación de las tarifas por la prestación de servicios postales y telegráficos, y de 2 de enero de 1997, de modificación de las tarifas de los servicios básicos postales y telegráficos y de otras prestaciones reguladas en la Orden de 23 de diciembre de 1994 y en la Resolución de 24 de diciembre de 1994; OO. MM. de 23 de diciembre de 1997, de establecimiento de tarifas de referencia de los servicios de transporte público de mercancías por carretera, y de 18 de diciembre de 1997, de establecimiento de tarifas de referencia para los servicios públicos discrecionales de transporte de viajeros en autobús).

(37) El ámbito de la normativa reguladora de los precios y condiciones de venta al público de los libros ha dado lugar ya a una abundante colección de fallos que han abordado diversos aspectos de esta intervención legislativa. Así se ha reputado desleal la infracción normativa que fija el importe de los descuentos (STS 31-III-1999 «Gremio de Libreros de Valencia c. El Corte Inglés, S. A.»). Con todo, la atención se ha centrado en la calificación de los descuentos instrumentados a través de la entrega por el vendedor al comprador de un vale realizable en la compra de otros productos de venta en sus establecimientos por un importe superior al máximo autorizado reglamentariamente. Esta conducta tuvo ocasión de ser primeramente enjuiciada en el marco del artículo 7 de la Ley de Defensa de la Competencia por el Tribunal de Defensa de la Competencia, que la calificó como venta con prima, y no como descuento, que además no perjudica el interés público y no perturba la libre competencia (*cf.* RRTDC 17-II-1993, expediente A40/92 «Gremio de Libreros de Valencia c. El Corte Inglés», 5-VII-1994, expediente r 81/94, «Asociación Provincial de Empresas de Papelería de Ciudad Real c. doce centros escolares de la provincia de Ciudad Real», 16-IV-1993, expediente A47/93, «Presidente del Gremio de Librerías de la Agrupación Vallisoletana de Comercio c. Centros Comerciales Continente, S. A.»), en lo que constituye un discutible intento de desplazar el criterio del legislador por el propio acerca de cómo debe ordenarse el mercado (especialmente evidente en RTDC 10-VI-1993, expediente núm. 50/93 «Gremio de Libreros de Valencia c. Santillana, S. A. y Grupo Anaya, S. A.»), y en particular acerca del equilibrio entre la libre formación de los precios y la pluralidad de editores y distribuidores que puede resultar más favorable al conjunto de los intereses generales (igualmente críticos, J. ALFARO, *RDM*, 1991, pág. 669, Y extensamente, J. VICIANO, *Libre competencia e intervención pública en la economía*, pág. 471-476, 557-559). No faltan algunos pronunciamientos judiciales que se inscriben en esta línea, que entienden que la entrega de vales de descuento por la compra de libros constituye un ofrecimiento de obsequio vinculado a la oferta de libros permitido por el artículo 9 de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios y acorde con la normativa sobre precios de los libros porque el precio del libro permanece inalterado, porque el descuento en realidad se repercute sobre el precio de productos distintos y, en fin, porque no reviste carácter obligatorio para el consumidor, que podrá o no hacer valer los puntos en la adquisición posterior de productos distintos [*v.* SSAP *Valladolid* 16-V-1995 «Agrupación Vallisoletana de Comercio c. Centros Comerciales Continente, S. A. (II)», *León* 22-I-1998 «Asociación Provincial de Libreros de León c. Centros Comerciales Continente, S. A.». Sin embargo, ésta es una doctrina que por ahora parece minoritaria; en efecto, los tribunales han rechazado de forma generalizada aquel planteamiento y han declarado que esta práctica constituye un acto de competencia desleal por violación de normas, negando su calificación como venta con regalo (así, expresamente, STS 31-III-1999 «Gremio de Libreros de Valencia c. El Corte Inglés, S. A.»), aunque aparentemente centró su atención en el art. 8.1 LCD) y caracterizándola como un

descuento encubierto que bien quebranta la normativa legal sobre fijación de precios de venta al público de los libros, en la medida en que la entrega de vales realizables o descontables en la compra de otros productos en el mismo establecimiento tiene un valor pecuniario similar al dinero en efectivo para otras compras (v. SAP *Lugo* 6-VI-1995 «puntos canjeables por compra de libros»), que eventualmente el consumidor puede tomar, además, como una rebaja (indirecta) del precio marcado para los libros dificultándole, cuanto menos, la apreciación del valor efectivo de la oferta [v. SAP *Murcia* 20-VI-1996 «cheque regalo por compra de libro», mientras que parece rechazarse esta aproximación en la SAP *Baleares* 11-XI-1993 «Asociación (Gremio) de Libreros de Mallorca C. Hipermercado S. A. de D., S. A.»] o bien constituye un fraude de ley, consistente en la infracción del espíritu de la normativa sobre fijación del precio del libro (que aspira a la promoción de la competencia en el sector de los libros por referencia a prestaciones distintas al precio, evitando al efecto cualquier ventaja pecuniaria que pueda ofrecerse cuando se adquiere un libro), que tan sólo se respeta en apariencia, pues se acude al subterfugio de simular la realización de un simple regalo por cada compra efectuada, con el argumento espurio de que se trata de una actividad promocional carente de regulación específica que ha de reputarse lícita si no va acompañada de las circunstancias o limitaciones contempladas en el artículo 8 de la Ley de Competencia Desleal (en esta línea v. SSAP *León* 24-X-1994 «Asociación Provincial de Libreros de León C. Centros Comerciales Continente, S. A.», *Asturias* 24-I-1995, «Federación Asturiana de Comercio C. Hipercor, S. A.», *Asturias* 11-IV-1995 «Asociación de Librerías de Oviedo C. PRYCA, S. A. Azabache»; asimismo, ésta parece ser doctrina acogida por SSAP *Murcia* 20-VI-1996, «cheques regalo por compra de libros de texto», *Murcia* 14-X-1996 «Asociación de Libreros de Cartagena y su Comarca C. Continente», *Burgos* 27-VI-1997 «Asociación de Empresarios del Comercio del Libro de Burgos C. Centros Comerciales Pryca, S. A.», *Valencia* 18-VII-1997 «Gremio de Libreros de Valencia C. Continente», *Badajoz* 1-X-1997 «Asociación Provincial de Libreros y Papeleros de Mérida C. Continente, S. A.», *Orense* 22-I-1998 «Asociación de Libreros de Orense C. Centro Comercial Continente», *León* 26-II-1998 «Don Ezequiel Q.v. y otros c. Centros Comerciales Continente», *Asturias* 12-III-1998 «Asociación de Librerías del Principado de Asturias c. Continente»). Aún más, la entrega de una prima del 25 % del valor de los libros de texto comprados se ha considerado igualmente una defraudación de las normas sobre precio de los libros y la práctica se ha declarado constitutiva de competencia desleal por violación de normas (v. SAP *Burgos* 5-X-1998 «Asociación de Empresarios del Comercio del Libro de Burgos c. Centros Comerciales Continente, S. A.»).

(38) Es lícito, en cambio, el establecimiento de sistemas de aprovisionamiento y distribución alternativos, que permitan eludir la comercialización al público y con ello el sometimiento a las exigencias sobre precio fijo; así, en el seno de una cooperativa de consumo, esto es, en las ventas de la cooperativa a los socios cooperativistas no se ha considerado desleal la práctica de precios inferiores a los que se permiten a los libreros (SAP *Barcelona* 8-V-1995 «descuentos a cooperativas»). Esta práctica no se ha admitido, sin embargo, en ámbitos que son objeto de una regulación particular, como es el caso de los libros y material de carácter didáctico, cuya normativa específica establece los canales de distribución y veta en particular que la venta se realice en los locales de los colegios, ya fueren públicos o concertados, como también prohíbe que los centros escolares designen proveedores concretos; su infracción por tanto determinará la comisión de un acto de competencia desleal (v. SSAP *Ciudad Real* 29-V-1997 «Asociación Provincial de Empresarios de Papelería y Librería de Ciudad Real», *Sevilla* 16-IX-1998 «venta de libros de texto en colegio»).

f (sigue) Infracción de normas en materia de consumo y ordenación del mercado

(39) Las normas de defensa de los consumidores y usuarios y las de ordenación del mercado, sean estatales (entre las que destacan la Ley General de la Defensa de los Consumidores y Usuarios y la Ley de Ordenación del Mercado Minorista) o autonómicas, en la medida en que según los casos disciplinan el acceso y comportamiento en el mercado, y en especial el marco y condiciones concretas en el que tiene lugar la relación entre el oferente de bienes y servicios y su clientela de consumidores (como las ofertas promocionales o las ventas especiales), pertenecen, sin duda, al grupo de normas jurídicas que tienen por objeto la regulación de la actividad concurrencial. Tres son las materias en las que la normativa de ordenación del mercado puede tener un mayor interés desde la perspectiva del artículo 15.2 de la Ley de Competencia Desleal: horarios comerciales, ventas agresivas (ventas fuera de establecimiento, ventas en pirámide, ventas en cadena), ventas promocionales (rebajas, descuentos, saldos, ventas con prima, ofertas conjuntas, liquidaciones, en relación con las cuales existe una regulación detallada acerca de extremos tales como los supuestos en que se pueden realizar, las condiciones objetivas de la oferta, el contenido de la publicidad, la duración y el momento de celebración, la cualificación y localización del establecimiento) y sorteos promocionales [para los que se exige la previa obtención de la pertinente autorización administrativa: v. **Art. 8 (7) y (38)**]. Su infracción entra de lleno en el ámbito de aplicación del artículo 15.2 de la Ley de Competencia Desleal. La territorialidad limitada que en buena medida marca el conjunto de la normativa vigente a partir de la delegación que el legislador estatal ha efectuado a las autoridades autonómicas (*cf.* Disposición Final de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista) y en menor medida locales, hará que en este ámbito se pierda buena parte de la generalidad que el legislador aspiró a conferir a la represión de la competencia desleal (*cf.* párrafo primero del apartado 1 del Preámbulo de la Ley de Competencia Desleal).

g (sigue) Infracción de normas sobre publicidad

(40) No son pocas las normas sobre publicidad que prohíben o limitan los contenidos publicitarios o los medios de comunicación de que pueden servirse los operadores para la difusión de su publicidad. En este sentido, y como supuestos probablemente más destacados, se puede recordar la existencia de normas especiales para la publicidad de los medicamentos [art. 7.2. c) de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre de 1990, del Medicamento, R. D. 2451/1997, de 1 de diciembre de 1997, de promoción, información y publicidad de especialidades farmacéuticas, y OO. MM. de 10 de diciembre de 1985, reguladora de los mensajes publicitarios referidos a medicamentos y determinados productos sanitarios, y de 14 de febrero de 1997, relativa a la prescripción y dispensación de fórmulas magistrales y preparados oficinales para tratamientos peculiares, art. 10.1. b) de la Ley 25/1994, de 12 de julio, de incorporación al ordenamiento jurídico español de la Directiva del Consejo sobre coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros relativos al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva]; del tabaco [art. 8.5 LGP, art. 10.1. a) de la Ley 25/1994, de 12 de julio, de incorporación al ordenamiento jurídico español de 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, y art. 6 de la Ley 13/1998, de 4 de mayo, de Ordenación del Mercado de Tabacos]; de las bebidas alcohólicas [art. 8.5 LGP Y art. 11 de la Ley 24/1995, de 12 de julio, de incorporación al ordenamiento jurídico español de la Directiva del Consejo sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, modificada por la Ley 22/1999, de 7 de junio]; de los seguros (art. 111 del R. D. 2486/1998, de 20 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, sobre Ordenación y Supervisión del Seguro Privado); de los automóviles (art. 20 de la Resolución de 17 de abril de 1990, de la Dirección General de Medios de Comunicación

social, por la que se hacen públicas las normas de admisión de publicidad, aprobadas por el Consejo de Administración del Ente Público RTVE); de los servicios financieros (O. M. de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las Entidades de Crédito); de los llamados «productos milagro» (R. D. 1907/1996, de 2 de agosto, sobre publicidad y promoción de productos, actividades o servicios con pretendida finalidad sanitaria; v. M.^a A. DÍAZ, «La publicidad de productos, actividades o servicios con pretendida finalidad sanitaria», en *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Justino Duque Domínguez*, vol. 11, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1998, pág. 953 ss.); de los cosméticos (R. D. 1599/1997, de 17 de octubre, de regulación de los productos cosméticos); de los productos alimenticios (entre muchas otras específicas de sectores determinados, v. R. D. 1122/1988, de 23 de septiembre, por el que se aprueba la norma general de etiquetado, presentación y publicidad de los productos alimenticios envasados...).

(41) En todas estas materias se contienen, en efecto y según los casos, previsiones relativas al contenido necesario o al contenido prohibido de la publicidad [*ad ex.* en la publicidad de los productos con pretendida finalidad sanitaria o «productos milagro» se prohíbe, entre otros extremos, atribuir efectos preventivos o terapéuticos específicos que no estén respaldados por suficientes pruebas técnicas o científicas acreditadas y expresamente reconocidas por la Administración sanitaria del Estado, mientras que se exige que toda la información relativa se ajuste a criterios de transparencia, exactitud y veracidad, y que evite cualquier sesgo que pueda causar perjuicio a la salud o seguridad de las personas o a las legítimas expectativas de una información correcta y precisa en materia de salud y asistencia sanitaria (v. respectivamente arts. 4 y 7 del R. D. 1907/1996)]; disposiciones que expresamente exigen la veracidad de los mensajes publicitarios; prohibiciones de la publicidad a través de determinados medios de comunicación [*ad ex.* se prohíbe la publicidad en televisión de tabaco y de bebidas con graduación alcohólica superior a veinte grados centesimales (art. 8.5 1 LGP)], o incluso, como en un futuro relativamente breve ha de establecer también la legislación española, una prohibición prácticamente total de la publicidad (así en el caso del tabaco, a raíz de la Directiva 98/43/CE, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad y de patrocinio de los productos del tabaco). La realización de publicidad que contravenga lo dispuesto en estas normas es calificable de publicidad ilícita [*cf.* RRJAAP 13-II-1997 «Grupo Leche Pascual, S. A.», 11-III-1997 «Telenovedades 2000», 22-X-1997 «Beiersdorf», 3-III-1998 «Armería Álvarez», confirmada por RJAAP (Pleno) 4-V-1998] y, al mismo tiempo, ha de reputarse como un supuesto de competencia desleal por violación de normas que tienen por objeto la regulación de la actividad concurrencial, en cuanto disciplinan la promoción de las actividades, prestaciones y establecimientos o bien restringen o cierran las estrategias de comunicación con la clientela.

i Publicidad indirecta.

(42) Entre estos supuestos merece una especial consideración la publicidad indirecta. La necesidad que en los sectores en los que las restricciones son más rigurosas se siente de mantener vivo el recuerdo del producto o servicio en cuestión entre el público de los consumidores ha llevado a diseñar y poner en práctica estrategias de comunicación basadas en el empleo de los signos distintivos característicos de dichos productos o servicios sin mencionar de forma directa el producto o servicio, o bien en el empleo de aquellos signos en relación con productos o servicios distintos de los que han diferenciado tradicionalmente y a través de los cuales son comúnmente reconocidos en el tráfico. Semejantes prácticas publicitarias pueden considerarse ilícitas y, por ello, desleales como acto de violación de normas, en la medida en que merezcan la consideración de publicidad indirecta [de hecho en algún caso se prohíbe de forma

expresa esta clase de publicidad, como sucede con la publicidad del tabaco y de ciertos medicamentos y tratamientos médicos en televisión: v. art. 9.1. a) y b) de la Ley 25/1994, de 12 de julio, modificada por la Ley 22/1999, de 7 de junio]: comunicación publicitaria que no menciona ni muestra el producto o servicio cuya publicidad se halla prohibida o en su caso limitada en el medio a través del cual se difunde, sino sólo la marca, nombre comercial, logo, emblema u otro signo distintivo cuya presencia e implantación en el mercado se debe principalmente a su empleo para distinguir dichos productos o servicios y que de hecho son asociados con ellos por los consumidores [para el ámbito de la publicidad en televisión, v. art. 3. d) de la Ley 25/1994, de 12 de julio, de incorporación al ordenamiento jurídico español de 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, modificada por la Ley 22/1999, de 7 de junio]. La realización de publicidad indirecta y la comisión del correspondiente acto de competencia desleal (existe finalidad concurrencial) se debe predicar asimismo de empresas no relacionadas directamente con la producción o comercialización de productos o servicios de publicidad prohibida o limitada que, de cualquier forma, incluyen en su publicidad referencias o elementos que el público asocia a estos últimos (*cf.* RJAAP 22-X-1997 «Duca-2, Music» [confirmada por RJAAP (Pleno) 18-XI-1997]), sin perjuicio de que en estos casos, además, pueda producirse una infracción de derechos de propiedad industrial o de confusión o aprovechamiento indebido de la reputación ajena desleales.

(43) Será posible afirmar la existencia de una vulneración de la norma prohibitiva o limitativa de la publicidad (y por ello mismo y como regla la realización de un acto de competencia desleal del artículo 15.2 de la Ley de Competencia Desleal) en la medida en que, de un lado, la prohibición o limitación allí establecida no esté formulada en términos tales que sólo alcance a la publicidad que, de una forma u otra, hace mención del producto o servicio en cuestión y, de otro lado, en la medida en que, atendidas las circunstancias del caso, los signos distintivos utilizados resulten efectivamente asociados por los consumidores a los productos o servicios cuya publicidad está prohibida o limitada, y en el caso de que dichos signos se hayan utilizado con anterioridad para diferenciar una pluralidad de productos o servicios, unos sometidos a la prohibición o limitación de cuya infracción se trata y otros no, que la asociación con la primera clase de productos o servicios sea la establecida de una forma principal y mayoritaria (en este sentido, STS 26-VII-1997 «La Navarra», entendió que la sobreimpresión de la marca de una bebida alcohólica de graduación superior a veinte grados centesimales en la pantalla de televisión como patrocinador de ciertas retransmisiones deportivas, que califica la práctica como supuesto de publicidad encubierta —en contra de lo que ha sido la caracterización tradicional de este supuesto por parte de la doctrina [v. **Art. 7 (25)**] y en contra de la forma en que ha sido definida legalmente [v. art. 15.2 en relación con el art. 10.1. a), ambos de la Ley 25/1994, de 12-VII-1994, de incorporación al ordenamiento jurídico español de la Directiva 89/552/CEE y art. 17.2 de la Directiva 89/552/CEE, de Televisión sin Fronteras, modificada por la Directiva 97/36/CE]-, constituye una vulneración de la prohibición del artículo 8.5 de la Ley General de Publicidad, que se entiende defraudada sobre la base del hecho, previamente constatado, de que la marca en cuestión «se identifica en forma socialmente manifiesta y palmaria y en el común sentir de los consumidores se asocia automáticamente al producto»).

(44) La clave de la ilicitud de esta clase de publicidad reside, pues, en la conexión entre mensaje y producto o servicio que realicen los consumidores. Habrá que estar, en consecuencia, al impacto que el mensaje, examinado globalmente, causa a su destinatario, a quien no puede exigirse un examen concienzudo de los elementos aislados que lo conforman (entre otras, *cf.* RJAAP 17-XII-1996, «Osborne y Cía.») ni, tanto menos, que sea capaz de disociar palabra e imagen (*cf.* RJAAP 13-II-1997

«Grupo Leche Pascual, S. A.»). En todo caso, además, deberá considerarse la situación de mercado en la que el mensaje se inscribe y llega al consumidor; esto depende, en definitiva, de que, al margen del propósito del anunciante, el mensaje se capte de un modo particular por el receptor. A estos efectos, se debe estar a la capacidad de diferenciación espontánea del consumidor, que difícilmente se activará cuando el signo distintivo (o la imagen de marca) aisladamente utilizado se identifique con un único producto o servicio, como tampoco cuando el signo distintivo se conecte con otros productos cuya visión o mención no se halle vetada, pero cuya nula o escasa implantación en el mercado resulta insuficiente para desvirtuar la inmediata asociación que el signo evoca en el consumidor medio respecto de los productos o servicios cuya aparición o vocación se ha eludido (en este sentido *v.*, entre otras, RJAAP 28-VII-1997 «Larios»). Para apreciar este extremo será preciso prestar especial atención a la implantación en el mercado de los productos o servicios cuya publicidad se halla prohibida o limitada y, en relación con lo anterior, al ámbito territorial de difusión de la publicidad. Asimismo deberán examinarse las conexiones que el mensaje pueda establecer con aquellos productos o servicios, y en este sentido deberá comprobarse la presencia de elementos que recuerdan de forma más o menos evidente al producto o servicio de publicidad restringida o vetada: imágenes o representaciones más o menos evidentes de la forma de presentación habitual del producto en cuestión o de una etiqueta fácilmente reconocible por el consumidor; eslóganes de gran similitud fonética con el o los tradicionalmente utilizados para promocionar el producto prohibido (*cf.* RJAAP 30-V-1997 «Luis Caballero, S. A.»); menciones de palabras que el público vincula con un solo producto (*cf.* RRJAAP 17-XII-1996, 27-V-1997 «Osborne y Cía.»), o con el género de productos o servicios a los que corresponde el signo distintivo que constituye el eje de la publicidad, o con el modo habitual en que éstos se consumen (*cf.* RRJAAP 28-VII-1997 «Larios», 23-IX-1997 «Udie»); la coincidencia temporal del mensaje publicitario cuestionado con Una campaña publicitaria (lícita) sobre el producto o servicio difundida a través de un medio en el que la publicidad del producto o servicio en cuestión no se encuentre prohibida ni restringida, con la que comparte rasgos comunes como un eslogan, elementos narrativos, o simplemente la ambientación» (*cf.* RRJAAP 23-VII-1997 «Bacardí-Martini España, S. A.» [confirmada por RJAAP (Pleno) 23-IX-1997J, 28-VII-1997 «Larios» [confirmada por RJAAP (Pleno) 23-IX-1997]).

(45) Estos casos lindan, como la propia práctica demuestra, con otras formas de publicidad irreprochables, caracterizadas asimismo por servirse del signo distintivo del productor de una clase de bienes como elemento nuclear del mensaje, en especial con lo que se conoce bajo la expresión publicidad corporativa, sea como publicidad de marca o a través del apoyo a determinadas actividades de índole popular o social o culturalmente valiosas, en particular bajo la fórmula del patrocinio, de un lado, y, de otro, con el fomento de nuevas prestaciones y establecimientos.

ii (sigue) Publicidad corporativa.

(46) Siempre desde la perspectiva que ahora nos interesa, nada ha de impedir que el anunciante recurra a la publicidad corporativa, que se valga de una estrategia de refuerzo de la imagen de marca para promocionar su entera actividad industrial o comercial. La publicidad pierde el carácter corporativo y se torna indirecta, sin embargo, cuando los destinatarios de la publicidad asimilan el signo corporativo empleado con el de un producto o servicio concreto cuya publicidad está prohibida o limitada en el medio de difusión empleado; así ocurrirá en el caso de que los productos o servicio del anunciante conocidos por el público pertenezcan principalmente a un género cuya publicidad está prohibida o limitada; de que se utilicen elementos visuales, narrativos o de ambientación que fundamentalmente se asocian a productos o servicios cuya publicidad se halla prohibida o limitada; de que el mensaje coincida con una campaña publicitaria paralela para un producto específico [*cf.* SJPI *Majadahonda* 7-X-1998

«ADIGRAM c. Bacardí-Martini España, S. A.». Si el rasgo que ha de caracterizar a la publicidad corporativa es, precisamente, evitar que la atención del destinatario del mensaje se polarice en unos productos determinados y procurar que promueva el conjunto de las actividades, prestaciones y/o establecimientos del anunciante, no vale alegar como argumento legitimador de la conducta que la empresa produce otros productos de publicidad no prohibida, al punto de que se reputa fraudulento en la práctica argumentar que lo que se anuncia es un producto prohibido aun con igual nombre que uno no prohibido, para anunciar lo prohibido y lo permitido conjuntamente (*cf.* RJAAP 23-VII-1997 «Bacardí España, S. A.» [confirmada por la RJAAP (Pleno) 23-IX-1997]).

(47) De su parte, el patrocinio queda comprendido, como modalidad publicitaria que es, en el ámbito de la definición general del artículo 2 de la Ley General de Publicidad, y a salvo de que pueda existir alguna norma especial para el patrocinio realizado por empresas dedicadas a la producción o comercialización de los productos o servicios de publicidad prohibida o limitada, lo cierto es que en el caso de que concurren las condiciones que se han indicado también el patrocinio podrá ser calificado como publicidad indirecta y por tanto como publicidad ilícita (en realidad, éste es el supuesto de hecho que da origen a STS 26-VII-1997 «La Navarra»; *cf.* RRJAAP 28-VII-1997 «Udie, s. A.», [confirmada por RJAAP (Pleno) 23-IX-1997J, 22-X-1997 «Anglo Española de Distribución, S. A.»). No por obvio irrelevante, semejante práctica, además de ser un supuesto de publicidad ilícita del artículo 3 de la Ley General de Publicidad, es un acto de competencia desleal del artículo 15.2 de la Ley de Competencia Desleal. En la práctica, el patrocinio se torna reprochable cuando se produce la confusión entre el patrocinador y el productor de un determinado bien de publicidad vetada o sometida a ciertos límites, como ocurre cuando sólo se realizan menciones tendentes a identificar exclusivamente a uno de estos productos (*v.* RJAAP 26-VII-1997 «Destilerías Viana»), o bien se recurre a elementos o expresiones que evocan la forma habitual de consumo del producto de publicidad restringida, o se omite información alguna sobre la actividad patrocinada, o se apocopa la denominación con la que se distingue al producto [*cf.* RJAAP (Pleno) 23-IX-1997 «Udie»]; admitiéndose en la práctica, como no puede ser de otro modo, la utilización de dos signos distintivos similares pero de algún modo diferenciados, el uno para actividades de patrocinio y el otro para la distinción de los bienes o servicios cuestionados, siempre y cuando no se utilice el primero recurriendo a estratagemas o trucos visuales cuyo objetivo sea evocar directa o indirectamente el producto de publicidad restringida (*cf.* RJAAP 28-VII-1997 «Udie» [confirmada por RJAAP (Pleno) 23-IX-1997]). Por lo demás, existe patrocinio y no publicidad indirecta cuando la difusión del mensaje en ningún modo pretende promover la contratación del producto cuestionado, teniéndose desde luego por circunstancias que excluyen la confusión, entre otras y principalmente, el hecho de que se utilicen lemas o eslóganes diferentes para la promoción de la actividad de que se trate, como también la ausencia de elementos o expresiones que inciten al consumo del producto cuestionado (*cf.* RJAAP 22-X-1997 «Anglo Española de Distribución»).

iii (sigue) Publicidad de nuevos productos o servicios.

(48) Han entra do igualmente en la órbita de la publicidad ilícita aquellas comunicaciones en las que se establece una relación directa e inmediata entre el signo distintivo empleado en la comercialización de productos o servicios de publicidad prohibida o limitada y unos productos o servicios (o establecimientos) que no se encuentran sometidos a tal prohibición o limitación. A nuestro modo de ver, resulta de todo punto obligado que en la calificación de este supuesto de hecho se realice con la debida atención al legítimo derecho de empresarios y profesionales a extender el ámbito de sus productos o servicios, a reorientar sus estrategias y, en especial, a aprovechar el valor competitivo de sus signos distintivos. En consecuencia, no puede apreciarse la

existencia de una defraudación de la prohibición o limitación, y por lo tanto tampoco la existencia de un acto de competencia desleal por violación de normas, en los supuestos en los que se sustituya el producto o servicio de publicidad prohibida o limitada por otro cuyas características no le sometan a la prohibición o limitación. Tampoco en los supuestos en los que se produzca una diversificación de la gama de productos o servicios que pueda considerarse seria desde un punto de vista empresarial, y no meramente una argucia para evitar la prohibición o limitación (productos pretexto). A fin de deslindar unas hipótesis de otras, será especialmente necesario atender a circunstancias tales como una suficiente investigación de mercado previa al lanzamiento del nuevo producto, la producción del volumen necesario de productos para atender la demanda objetivamente esperable (a la vista de los estudios de mercados disponibles), la previsión de los necesarios puntos de venta, la proporcionalidad entre costes de fabricación y comercialización y costes de promoción, la inexistencia de elementos o expresiones equívocos que evoquen los productos de publicidad restringida, como es el empleo de una misma tipografía o de una sintonía análoga, o la identidad de lemas o de ambientación del mensaje, y en particular la no coincidencia con campañas publicitarias paralelas (*cf.* RRJAAP 15-VII-1997 «Tabacalera Española, S. A. y Ferdinand Menrad Group», 23-IX-1997 «Duca-2 Music», 26-XI-1997 «Winston American Campus», 28-VII-1997 «Larios» [confirmada por RJAAP (Pleno) 23-IX-1997]).

h (sigue) Infracción de normas de defensa de la competencia

(49) Como se ha indicado en otro lugar [v. **Introducción (51)**], la posibilidad reconocida a los órganos de defensa de la competencia de abstenerse de conocer de los acuerdos restrictivos de la competencia que por su escasa importancia no sean capaces de afectar de manera significativa la competencia (art. 1.3 LDC) ha traído a un primer plano de actualidad e interés el enjuiciamiento de estas conductas y, por extensión, del conjunto de actos ilícitos según la legislación de defensa de la competencia como actos de competencia desleal por violación de normas. Pues bien, la referida regla *de minimis* no posee virtualidad alguna en el ámbito de aplicación del ordenamiento contra la competencia desleal (en este sentido también J. ALFARO, *RDM*, 1991, pág. 704-705). Como quedó dicho, la no persecución de este tipo de acuerdos de menor importancia por la autoridad *antitrust* obedece a criterios de mera oportunidad que son inatendibles desde la perspectiva que nos ocupa; en efecto, si la conducta relevante a efectos del artículo 15.2 de la Ley de Competencia Desleal es la violación de norma reguladora de la competencia, el supuesto de hecho se integrará con la sola acreditación de un acuerdo, decisión, recomendación colectiva o práctica concertada o conscientemente paralela que tenga por objeto o produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional, sin que en ningún momento deba probarse que la restricción sea, además de lo anterior, sustancial.

(50) Dicho esto y en un plano más general, no ha de ofrecer reparo alguno la calificación como desleal de cualquier conducta de las catalogadas como ilícitas según la legislación de defensa de la competencia. El reproche recae en estos casos sobre la conducta de modo automático y, a nuestro entender, prácticamente irredimible. En efecto, para admitir en este ámbito la excepción de incumplimiento generalizado debería comprobarse que ningún oferente experimenta una ventaja competitiva a corto o a largo plazo (o lo que es lo mismo, que la situación de incumplimiento no incide en la estructura del mercado), que el incumplimiento no obsta que los empresarios sigan compitiendo según su propia eficiencia así como, en fin, que los consumidores no sufren perjuicio alguno. Y ello, como se puede advertir fácilmente, sólo puede ocurrir cuando la situación de incumplimiento sea esporádica y revista carácter estrictamente promocional, siendo, por lo tanto, de duración limitada (*ad. ex.* si se constatase que todos los oferentes de un sector fijan una banda de precios máximos con el fin de reavivar el consumo, siempre

y cuando ninguno de ellos se viese obligado a vender bajo coste o a recortar el nivel de prestaciones accesorias a la venta).

(51) Menos evidente es que la concesión de ayudas públicas con incumplimiento de los requisitos dispuestos al efecto en la legislación comunitaria (como es sabido, en nuestro ordenamiento interno es una práctica lícita desde la perspectiva del Derecho de defensa de la competencia: *cf.* art. 19 LDC) pueda ser enjuiciada a la luz del artículo 15.2 de la Ley de Competencia Desleal. Al respecto debe recordarse que toda ayuda pública concedida sin notificación previa a la Comisión o notificada fuera de plazo es ilícita, como también lo es, en uno y otro caso, la ayuda concedida mientras dura el procedimiento para su autorización sin que la Comisión haya decidido sobre el asunto (*cf.* art. 88.3 TCE), sin perjuicio de que pueda ser finalmente declarada compatible con el mercado común, toda vez que la decisión positiva de la Comisión no posee efectos sanatorios de la irregularidad originaria [*v.* apartado (25) de la *Comunicación de la Comisión en materia de cooperación entre los tribunales nacionales y la Comisión en materia de ayudas estatales* (DOCE Serie C núm. 312, de 23 de noviembre de 1995, pág. 7)]; también es ilegal toda ayuda pública cuyo carácter incompatible haya sido declarado por la Comisión. No obstante la competencia exclusiva de la Comisión para decidir si la ayuda pública es o no compatible con el mercado común (y en su caso para autorizarla), los tribunales nacionales pueden entrar a conocer de esta clase de infracciones, interpretando el concepto de ayuda del artículo 87 del Tratado de Roma, para determinar si la ayuda pública cuestionada debía haberse sometido o no al procedimiento de examen previo (STJCE de 22 de marzo 1977, asunto 78/96 «Steinlike y Weinlig *c.* Alemania»). Además, y hasta que la Comisión decida sobre la compatibilidad de la ayuda con el mercado común, compete a los tribunales nacionales salvaguardar los derechos que los particulares y empresas disfrutaban como efecto directo de la prohibición establecida en el último inciso del artículo 88.3 del Tratado de Roma (STJCE 21 de noviembre de 1991, asunto C 354/90 «Fédération national du commerce extérieur des produits alimentaires y Syndicat national des négociants et transformateurs du saumon *c.* Francia»). Es por lo tanto incuestionable la competencia del tribunal nacional para declarar la ilegalidad de la ayuda pública por ser contraria al artículo 88.3 del Tratado, para acordar medidas cautelares (*v. gr.*: la congelación del pago de la ayuda, o la devolución de lo percibido) y para otorgar indemnizaciones a los perjudicados [*v.* apartados (10), (20) y (21) de la *Comunicación*, *cit.*, y en jurisprudencia, STJCE 19 de noviembre de 1991, asuntos acumulados C 6/90 y C 9/90 «Andrea Francovich y otros *c.* Italia»]. Así las cosas, nada impide, desde la perspectiva de la distribución objetiva de competencias, que los jueces y tribunales españoles puedan valorar si la concesión de ayudas públicas contrarias al artículo 88.3 del Tratado de Roma constituyen un acto de competencia desleal por violación de normas. Sentado lo anterior, procede examinar si la concesión de una ayuda pública ilícita puede o no caer en el ámbito del artículo 15.2 de la Ley de Competencia Desleal. Al respecto conviene distinguir dos hipótesis: si el beneficiario de la ayuda pública ilegal no es una empresa controlada por la Administración, la posibilidad de enjuiciar este supuesto como acto de competencia desleal por violación de normas pasa por la previa afirmación del sometimiento del ejercicio de potestades públicas a las exigencias de la legislación contra la competencia desleal, que si bien no ha carecido de adhesiones entre la doctrina (*v.* F. VICENT, «Poderes públicos y Derecho de la competencia», *RGD*, núm. 583, 1993, pág. 3313 ss., pág. 3338-3351), parece chocar con el entendimiento tradicional de la exigencia de realización en el mercado como presupuesto de la aplicación de la Ley de Competencia Desleal [*v.* **Art. 2 (5)**]; en cambio, si el beneficiario de la ayuda pública ilegal resultare ser una empresa a través de la cual la Administración realiza en el mercado una actividad económica, de producción o mediación de bienes o servicios de cualquier clase, desde un punto de vista sustantivo no ha de existir, en nuestra opinión, ningún impedimento para enjuiciar la concesión de la ayuda pública ilegal como acto de competencia desleal por violación de normas, sobre la base de que

en esta condición no es dudoso que la Administración se halla plenamente sujeta a la Ley de Competencia Desleal [v. **Art. 3 (11) a (14)**] y de que, si se prescinde de la diversidad formal de sujetos, se está ante un evidente supuesto de autofinanciación (en su caso irregular) de una actividad desarrollada en el mercado plenamente sometida al Derecho contra la competencia desleal.

i (sigue) Infracción de las normas de regulación de mercados liberalizados

(52) La defensa del principio de igualdad de los competidores fundamenta y justifica, en fin, la ordenación normativa de mercados liberalizados, tanto en su dimensión estructural como funcional. Bajo el primero de los aspectos, debe recordarse ahora la competencia de los poderes públicos para establecer las condiciones de acceso y, en su caso, mantenimiento de los actuales operadores en el sector; así ha sucedido fundamentalmente, en el mercado de navegación aérea (v. oo. MM. de 12 de marzo de 1998, que establece las normas para la concesión y el mantenimiento de licencias de explotación a las compañías aéreas, y de 27 de noviembre de 1997, que regula la autorización de servicios aéreos intracomunitarios y el registro de tarifas, y R. D. 3/1997, de 10 de enero, que establece la obligatoriedad del cumplimiento de determinadas especificaciones técnicas en la adquisición de equipos y de sistemas compatibles para la gestión del tráfico aéreo), en el mercado de telecomunicaciones, en lo relativo a la implantación de las redes y explotación de servicios como las condiciones de acceso a las redes de uso público y la interconexión de redes en general, como también en lo referente al establecimiento de especificaciones técnicas de equipos y sistemas de telecomunicaciones (v. Título IV de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, R. D. 1390/1997, de 5 de septiembre, que modifica el R. D. 1886/1996, de 2 de agosto, de estructura orgánica básica, y OO. MM. de 22 de septiembre de 1998, que establece el régimen aplicable a las autorizaciones generales para servicios y redes de telecomunicaciones y las condiciones que deben cumplirse por sus titulares, y de 22 de septiembre de 1998 que establece el régimen aplicable a las licencias individuales para servicios y redes de telecomunicaciones y las condiciones que deben cumplirse por sus titulares), en el mercado de radio y televisión (v. R. D. 2169/1998, de 9 de octubre, por el que se aprueba el Plan Técnico Nacional de la Televisión Digital Terrenal, O. M. de 4 de diciembre de 1998, por la que se establece el plazo para que las entidades gestoras del servicio público esencial de televisión ejerzan el derecho que les confiere la disposición transitoria primera del R. D. 2169/1998, Y Ley 17/1997, de 3 de mayo, por la que se incorpora al Derecho español la Directiva 95/47/CE, de 24 de octubre, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre el Uso de normas para la transmisión de señales de Televisión y se aprueban medidas adicionales para la liberalización del sector), o en el mercado de servicios postales (v. arts. 7 a 13 Ley 24/1998, de 13 de julio, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales).

(53) En aquellos mercados en los que (de común) el antiguo monopolista ostenta todavía una posición de dominio, se han establecido medidas singulares de control con el propósito de impedir o en su caso eliminar las barreras de entrada establecidas por los operadores ya instalados (*ad ex.* en relación con el mercado de radio y televisión: art. 2 de la Ley 17/1997, de 3 de mayo, de incorporación al ordenamiento español de la Directiva 95/47/CE de 24 de octubre de 1995, del Parlamento Europeo y del Consejo, para la transmisión de señales televisión y de aprobación de medidas adicionales para la liberalización del sector), se han impuesto obligaciones específicas a los actuales operadores con posición de dominio tendentes a facilitar así el acceso de los nuevos operadores a las infraestructuras ya existentes (*cf.* arts. 3, 7, y 9-16, del R. D. 1651/1998, de 24 de julio, que desarrolla el Tít. II de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, en lo relativo a la interconexión y al acceso a las redes públicas y a la numeración). Son éstas normas que regulan sin duda diversas facetas

de la actividad concurrencial; su infracción o defraudación determinará en principio la obtención de una ventaja competitiva que en ningún caso admite dispensa y, así, constituye un acto de competencia desleal en los términos ya indicados [v. (50)].

(54) Por su parte, la regulación del comportamiento competitivo de los operadores ya instalados en un mercado liberalizado ha tenido por objeto, de un lado, garantizar que el procedimiento de publicidad de las licitaciones, de clasificación y selección de los contratistas y de adjudicación de los contratos de obras, suministro y servicios por parte de las entidades tanto públicas como privadas que operen en los sectores de actividad relacionados con el agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones, se ajuste a los principios de publicidad y concurrencia (salvo las excepciones previstas). Bajo este aspecto se ha establecido la prohibición de discriminar a candidatos o licitadores por la sola circunstancia de su condición de persona física o jurídica (*cf.* arts. 10.1 y 44 de la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones, por la que se incorporan al ordenamiento jurídico español las Directivas 93/38/CEE y 92/13/CEE). Asimismo se han establecido mecanismos de control y sanción administrativos de la actividad publicitaria de las entidades con posición de dominio que actúan en el sector de telecomunicaciones (valoración que sólo se proyecta sobre la publicidad, no sobre el contenido de la oferta comercial promocionada) al objeto de asegurar que la campaña obedezca a las exigencias de la libre competencia y en especial que no cree barreras artificiales de entrada al mercado, lo que sucederá cuando los operadores actuales realicen gastos publicitarios excesivos que permitan reforzar la fidelidad de los clientes, elevando desproporcionadamente los costes de entrada razonablemente asumibles por los nuevos operadores a quienes se priva de un margen de respuesta suficiente al tiempo que se les obliga a realizar inversiones inviables o gravosas que han de dificultar o ralentizar, en definitiva, su instalación en el mercado de referencia (*v.* Disposición 2.^a de la Circular de la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones, de 31 de julio de 1998, sobre campañas publicitarias efectuadas en el mercado de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales, telemáticos e interactivos, por los operadores que disfruten de una posición de dominio). La violación de cualquiera de estas disposiciones rectoras del comportamiento concurrencial de los operadores posicionados en un mercado liberalizado constituye un supuesto de competencia desleal en el sentido del artículo 15.2 de la Ley de Competencia Desleal, sin perjuicio naturalmente de cuál haya de ser la calificación de la conducta en el plano administrativo.

j (sigue) Infracción de normas sobre contratación pública

(55) Como se ha explicado anteriormente, la Administración queda sometida a las exigencias del Derecho de la competencia también en los casos en los que acude al mercado como demandante de productos o servicios [v. **Art. 3 (13)**]. Esta faceta de su actividad económica es objeto de una especial regulación constitucional y legal. En efecto, la actividad contractual de las Administraciones públicas ha de ajustarse en todo momento al marco normativo constitucional y, en particular, a los principios de interdicción de arbitrariedad (art. 9.3 CE) y de igualdad y tratamiento objetivo de los contratistas (arts. 14 y 103.1 CE), desarrollados en este específico ámbito por la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas. De esta ordenación resulta, en un primer estadio, la obligación de la Administración pública de observar el procedimiento de adjudicación de los contratos establecido legalmente (*cf.* arts. 74 a 94 de la Ley 13/1995). No en vano, las cautelas allí previstas se justifican como compensación de la discrecionalidad técnica concedida a la Administración en la valoración de las ofertas, y de ahí su obligado cumplimiento (en doctrina, v. R. RIVERO, *Administraciones Públicas y Derecho Privado*, Marcial Pons, Madrid, 1998, pág. 193-194). Pero la proyección del principio de igualdad se extiende, además, a las

fases de ejecución, eventual modificación y extinción de los contratos de la Administración. La ordenación normativa de estos momentos contractuales (*cf.* respectivamente arts. 95 a 109 y 110 a 114 de la Ley 13/1995), así como la aprobación de pliegos de cláusulas administrativas generales (arts. 49 a 53 de la Ley 13/1995) constituyen garantías adicionales de un tratamiento común mínimo a todos los contratistas.

(56) Desde nuestro punto de vista, la legislación en materia de contratación de las Administraciones públicas constituye regulación de actividad concurrencial: establece ciertas limitaciones a la actividad de aprovisionamiento de bienes y servicios de la Administración en el mercado y, en este sentido, establece un marco de igualdad entre los proveedores. Ciertamente, no será fácil que la Administración obtenga en todos los casos una ventaja competitiva de la que pueda prevalerse en el mercado mediante la infracción de esta legislación (aunque tampoco puede descartarse que sea así en los supuestos en los que la Administración o sus organismos concurren con otros operadores en el ofrecimiento de los productos o servicios cuyo aprovisionamiento se contrata con terceros). Pero no puede olvidarse que la finalidad concurrencial no sólo se predica de la conducta objetivamente adecuada para promover o asegurar la difusión de las propias prestaciones en el mercado, sino también de la conducta que lo es para promover o asegurar la difusión de las prestaciones de un tercero. y no es cuestión especialmente dudosa que la infracción de las normas a las que ahora nos referimos es una conducta que efectivamente se revela apropiada para alcanzar este resultado y que, además, lo hace a través de la ruptura de la *par conditio concurrentium* vigente en esta materia resultante de la inobservancia de normas que regulan la conducta de la Administración en un ámbito en el que, como se ha indicado, está sometida a las exigencias de la competencia económica, como es la demanda de bienes y servicios en el mercado. Así pues, la violación por parte de la Administración del principio de igualdad de trato y de las diversas normas que lo desarrollan en materia de contratación pública, tanto en el momento de la adjudicación como ulteriormente, constituye, además de infracción de la correspondiente norma administrativa, un supuesto de competencia desleal por violación de norma reguladora de la competencia (conforme, al menos en lo referido al momento de adjudicación de los contratos públicos F. VICENT, *RGD*, 1993, pág. 3376-3377).

Artículo 16.DISCRIMINACIÓN

1. El tratamiento discriminatorio del consumidor en materia de precios y demás condiciones de venta se reputará desleal, a no ser que medie causa justificada.

2. Asimismo se reputa desleal la explotación por parte de una empresa de la situación de dependencia económica en que puedan encontrarse sus empresas clientes o proveedores que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad.

Bibliografía

R. ALONSO, «Supuestos de competencia desleal por venta a pérdida y discriminación», en A. BERCOVITZ (coord.), *La regulación contra la competencia desleal en la Ley de 10 de enero de 1991*, BOE-Cámara de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 1992, pág. 81 ss.; J. MASSAGUER, «La explotación de una situación de dependencia económica como acto de competencia desleal», en *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, T. 11, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pág. 2203 ss.

Doctrina-comentario

Sumario:

- 1.Introducción
- 2.El tratamiento discriminatorio del consumidor
 - a.Encuadramiento sistemático
 - b.Acción relevante
 - c.Circunstancias determinantes de la deslealtad
- 3.La explotación por parte de una empresa de la situación de dependencia económica en que puedan encontrarse sus empresas clientes o proveedores: el abuso de la situación de dependencia económica
 - a.Introducción
 - b.Encuadramiento sistemático
 - c.Destinatarios y relación relevante
 - d.Presupuestos: la situación de dependencia económica
 - e.Clases de situación de dependencia económica
 - i.Dependencia debida a la composición de la oferta.
 - ii.Dependencia debida a la organización empresarial.
 - iii.Dependencia debida a una situación de escasez.
 - iv.Dependencia debida al poder relativo de la demanda.
 - f.La acción relevante
 - g.Las circunstancias determinantes de la deslealtad
 - h.Grupos de casos
 - i.(sigue) Negativa a establecer relaciones comerciales
 - i.Negativa de venta o suministro.
 - ii.Especial consideración de la negativa de suministro ligada a la implantación de un sistema de distribución.
 - iii.Negativa a conceder licencias.
 - iv.Otros supuestos. Especial consideración de la negativa a establecer relaciones comerciales que impidan o dificulten a terceros el desarrollo de su actividad en el mercado.
 - v.Negativa de compra.
 - j.(sigue) Discriminación en sentido estricto
 - k.(sigue) Obstaculización mediata

1 INTRODUCCIÓN

(1) Bajo la rúbrica discriminación, la Ley de Competencia Desleal ha tipificado dos actos de competencia desleal diversos: el «tratamiento discriminatorio del consumidor» en materia de condiciones de venta (art. 16.1 LCD), de un lado, y, de otro, la «explotación por parte de una empresa de la situación de dependencia económica en que puedan encontrarse sus empresas clientes o proveedores» (art. 16.2 LCD). La regulación conjunta de ambos supuestos, sin embargo, carece de justificación, tanto desde una perspectiva sistemática como sustantiva. En el primer sentido y como se expondrá a continuación, el tratamiento discriminatorio del consumidor constituye, ya que no una reiteración de la prohibición de abuso de posición de dominio, un peculiar acto de deslealtad frente al consumidor, pues no tiende tanto a salvaguardar su libertad de decisión y la racionalidad económica de sus preferencias y decisiones, asegurando que por esta parte no se introducen perturbaciones en el normal desenvolvimiento de las relaciones de mercado, cuanto a tutelar directamente intereses de los consumidores que, a mi modo de ver, pueden calificarse de fundamentalmente sociales; por su parte, la explotación de la situación de dependencia constituye un acto de deslealtad frente al mercado de evidente inspiración antitrust, como a las claras se deduce de los antecedentes de esta norma y de sus referentes en el Derecho comparado. En el segundo sentido, sólo el tratamiento discriminatorio del consumidor se corresponde plenamente con la rúbrica escogida por el legislador; la explotación de la situación de dependencia económica, en efecto y como se ha de ver, comprende diversas conductas además de la discriminación en sentido estricto. De ahí que sea oportuno separar el análisis de estos dos supuestos y, en particular, reservar la rúbrica discriminación al primero de ellos.

2 EL TRATAMIENTO DISCRIMINATORIO DEL CONSUMIDOR

a Encuadramiento sistemático

(2) La inclusión del tratamiento discriminatorio del consumidor como acto de competencia desleal es una novedad traída por la Ley de Competencia Desleal que halla una difícil explicación y fundamentación desde la perspectiva de la tutela institucional del orden concurrencial. En efecto, desvinculada como está de la posición de fuerza económica del empresario o profesional con el que se enfrenta el consumidor (*cf.* la intervención del Sr. Jover del Grupo Parlamentario Socialista: Cortes Generales, *Diario de Sesiones del Senado* , Comisiones, IV Legislatura, núm. 67, pág. 1854-1856), Y en particular de su eventual posición de dominio absoluto o relativo, la prohibición del tratamiento discriminatorio de los consumidores no es una reiteración de la prohibición del abuso de posición dominante que permitiera a los consumidores valerse también del arsenal de remedios y cauces procesales que proporciona la Ley de Competencia Desleal para combatirla, ni tampoco traslada al ámbito de relaciones entre empresarios o profesionales y consumidores la prohibición impuesta a las empresas con poder relativo de mercado respecto de los clientes y proveedores que se encuentran en situación de dependencia económica respecto de ellas [v. (7)]. Antes bien, su encaje más seguro se encuentra en el marco de la política consumerista, y en particular, del modo en que he apuntado anteriormente, en la defensa de los intereses sociales de los consumidores, entre los que puede ser incluido, antes que entre los intereses económicos, el aseguramiento de la igualdad de oportunidades en el acceso a las distintas prestaciones que se ofrecen en el mercado, que no deja de ser una manifestación de la dignidad de la persona. Y lo cierto es que en este sentido parecen apuntar, a mi modo de ver, las distintas normas que en nuestro ordenamiento disponen un mandato de no discriminación entre consumidores de semejante alcance y contenido.

En efecto, si la legislación estatal carece de una prohibición general de esta clase, no así la legislación autonómica. En esta última se conocen tanto normas que formulan el principio de igualdad de tratamiento y no discriminación entre consumidores [*cf.* art. 9.1 ECU de la Comunidad Valenciana, art. 33.2. d) LOC de la Comunidad Valenciana, art. 36.2 LOCI de Galicia], como normas que establecen exigencias de igualdad de tratamiento particulares: para el pago del precio en las ventas promocionales, los consumidores podrán emplear los medios de pago que habitualmente se admitan (*cf.* art. 44.2 LCI de Andalucía).

(3) No parece, sin embargo, que la legislación contra la competencia desleal sea el lugar adecuado para establecer aquel principio (si es que fuere necesaria su formulación positiva) y, por tanto, que el artículo 16.1 de la Ley de Competencia Desleal pueda ser interpretado en esta clave, esto es, como mecanismo de garantía de la igualdad de trato de los consumidores por parte de empresarios y profesionales. Ello lo impide, además de las razones sistemáticas indicadas, un importante argumento de orden técnico, que limita poderosamente las posibilidades de aplicación de la Ley de Competencia Desleal en este ámbito. En efecto, presupuesto necesario para que el tratamiento discriminatorio de consumidores pueda constituir un acto de competencia desleal es, también aquí, la finalidad concurrencial de la práctica enjuiciada. De ahí que el reproche de deslealtad se reserve únicamente a aquellos supuestos en que el tratamiento desigual e injustificado se revele objetivamente adecuado para promover las propias prestaciones o las de un tercero, lo que no parece que pueda suceder con facilidad más allá del caso en que se trate de delimitar el segmento de demanda escogido para la comercialización (y al tiempo para la propia configuración) de la prestación. Así las cosas, la introducción de la discriminación de los consumidores en el elenco de actos de competencia desleal fundamentalmente parece adecuada para combatir las estrategias empresariales encaminadas a dotar a los propios productos o servicios de un alto grado de exclusividad y de una imagen de extraordinaria selección a través de una fuerte reducción del círculo de los consumidores que disfrutan de ellas.

(4) Pero la perspectiva que presta la exigencia de que el tratamiento discriminatorio tenga una finalidad concurrencial, a su vez, hace difícilmente comprensible la razón de la prohibición de esta práctica precisamente en estos supuestos, y en particular la limitación a la libre elección y determinación de la propia estrategia empresarial que irremediabilmente resulta. Tras dichas prohibición y limitación, en efecto, no parece esconderse el objetivo de prevenir y reparar una disfunción en el orden concurrencial: la *par conditio* sólo es presupuesto estructural de un sistema de competencia en el lado de los empresarios y profesionales, pero no en el de los consumidores; tras ellas tampoco parece esconderse, de otro lado, la prevención de injerencias indebidas en el proceso de formación de las preferencias y adopción de decisiones por los consumidores en el mercado. La prohibición del tratamiento discriminatorio de los consumidores obedece por lo tanto a objetivos extraños a la finalidad de la Ley de Competencia Desleal, y en particular a una garantía del acceso a todas las prestaciones que se ofrecen en el mercado en igualdad de oportunidades, que se centran en este ámbito sólo en factores objetivos, que son otros que la capacidad de satisfacer el precio exigido.

b Acción relevante

(5) La discriminación tiene como solar la no aplicación de unas mismas condiciones comerciales a todos los consumidores, sea en materia de precios o en otros aspectos, incluida la negativa de venta o contratación en su sentido más amplio. En consecuencia, la discriminación ha de manifestarse en el precio y las demás condiciones de venta, incluida la propia celebración de la transacción; la fuerte institucionalización de la información que el oferente ha de suministrar al consumidor en la fase de formación del

contrato y en la fase de su ejecución (arts. 8 y 13 LCU), de un lado, y, de otro, del régimen de comprobación, reclamación y garantía (art. 11 LCU) dificultan en la práctica la aparición de este tipo de supuestos de hecho, o al menos la prueba de su realización.

c Circunstancias determinantes de la deslealtad

(6) Dicho tratamiento desigual de los consumidores, sin embargo, sólo es desleal si carece de una justificación objetiva; circunstancias tales como el pago al contado, o la contratación de servicios de mantenimiento justifican la práctica de menores precios o de condiciones de venta más favorables, y circunstancias tales como el mantenimiento del valor y expectativas de explotación de la prestación pueden justificar, a mi modo de ver, la negativa a contratar. Así las cosas, en la práctica, y sin perjuicio de las dificultades de prueba o del equilibrio entre los costes implícitos en el recurso a la acción de competencia desleal en estos casos y la satisfacción perseguida, los efectos del tratamiento reservado a la discriminación entre consumidores podrían ser nada desdeñables: de él cabría esperar una uniformización de las condiciones de las transacciones con consumidores, con la necesaria terminación de prácticas habituales como descuentos sobre precios de venta al público arrancados por los consumidores **más hábiles o mejor informados.**

3 LA EXPLOTACIÓN POR PARTE DE UNA EMPRESA DE LA SITUACIÓN DE DEPENDENCIA ECONÓMICA EN QUE PUEDAN ENCONTRARSE SUS EMPRESAS CLIENTES O PROVEEDORES: EL ABUSO DE LA SITUACIÓN DE DEPENDENCIA ECONÓMICA

a Introducción

(7) La inclusión y descripción en Derecho español de la explotación de una situación de dependencia económica entre los actos de competencia desleal es una novedad introducida por la reforma de 1991. Con anterioridad, su represión (o, por mejor decir, la de sólo algunos de los supuestos ahora comprendidos: discriminación pasiva) debió encauzarse como ilícito *antitrust*, y en particular como abuso de posición de dominio consistente en la eliminación de un competidor a través de actos de competencia desleal [arts. 2 y 3. d) LPR]. De hecho, la ubicación de este ilícito en la legislación de defensa de la competencia fue una opción barajada a lo largo del proceso de reforma del entero Derecho de la competencia: el art. 6.1. b) del Proyecto de Ley de Defensa de la Competencia de 1989 prohibía «*la explotación abusiva por una o varias empresas: ... de la situación de dependencia económica en que puedan encontrarse sus empresas clientes o proveedoras, que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad*»; esta redacción fue posteriormente abandonada y reducida a la sola prohibición del abuso de posición dominante (art. 6 LDC), como consecuencia de la aceptación, ya en el Informe de la Ponencia del Congreso, de una enmienda del Grupo Socialista motivada por la «(m)ejor ordenación jurídica de la materia» (*BOCG, Congreso de los Diputados*, 111 Legislatura, núm. 105-6, pág. 39-40, y *BOCG, Congreso de los Diputados*, 111 Legislatura, núm. 105-8, pág. 1). Como consecuencia de esta mejora, la explotación abusiva de una situación de dependencia económica quedaba sin sanción expresa. Así las cosas, el artículo 16.2 de la Ley de Competencia Desleal remedia el vacío dejado por la legislación de defensa de la competencia, pues procura el ilícito de deslealtad concurrencial necesario para la represión del falseamiento de la libre competencia por actos desleales como conducta contraria a Derecho de defensa de la competencia (art. 7 LDC); pero aún más, permite fundar la represión de las conductas constitutivas de la explotación abusiva en supuestos en los que no concurren los presupuestos del ilícito *antitrust*: en especial, donde las consecuencias de la conducta carecen de la notoriedad, relevancia e importancia sustantiva necesarias para producir la exigida afectación del interés público [en este sentido y en particular acerca de un supuesto que implicaba la aplicación del art. 7 LDC en relación con el art.

16.2 LCD, v. RTDC 7-VII-1995, expediente r 121/95 «Mutua Madrileña Automovilista (IV);v. asimismo **Introducción (42) a (50)**].

b Encuadramiento sistemático

(8) En cualquiera de los casos, la formulación del tipo «explotación de una situación de dependencia económica» como acto de competencia desleal posee la estructura propia de una norma antitrust. Así lo refleja, en particular, la delimitación de sus destinatarios, que es, a un mismo tiempo, la precisión de los presupuestos materiales del ilícito. El tipo no vale, en efecto, para cualquier agente económico que participa en el mercado, sino sólo para aquellos respecto de los que sus empresas clientes o proveedores se hallan en situación de dependencia económica. De ahí se sigue que el poder relativo de mercado del sujeto agente es presupuesto sustantivo del ilícito, del modo que la posición de dominio de mercado lo es para el ilícito del artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia. Y consecuencia de esto último es, en especial, la necesidad de tomar en consideración el impacto de la acción enjuiciada y de su prohibición sobre la estructura del mercado y sobre el desenvolvimiento del proceso competitivo.

(9) Como acto de competencia desleal, la explotación de la situación de dependencia económica se encuadra entre los actos de deslealtad frente al mercado. En particular, la tipificación de esta conducta como acto de competencia desleal parte de la constatación práctica de que la misma alteración de la estructura competitiva del mercado y la misma obstaculización de la acción concurrencial de los agentes económicos en el mercado que pueden ocasionar las empresas con posición de dominio con una conducta abusiva también la pueden ocasionar otras empresas que, sin tener dicha posición en el mercado, se hallan en una situación especialmente fuerte respecto de sus clientes y/o proveedores. Este ilícito de deslealtad concurrencial, pues, tiene por finalidad la preservación del orden concurrencial ante las conductas contrarias a la competencia por eficiencia que la asimetría del poder en el mercado posibilita a una determinada empresa frente a las empresas con las que se relaciona.

c Destinatarios y relación relevante

(10) Afectadas por el artículo 16.2 de la Ley de Competencia Desleal sólo se encuentran las empresas respecto de las que sus clientes o proveedores se hallan en una situación de dependencia económica; si se prefiere, las empresas con una posición de dominio relativo en el mercado (en adelante se emplearán indistintamente las expresiones empresa respecto de la que sus clientes o proveedores están en situación de dependencia económica y empresa con poder relativo de mercado o con posición de dominio relativo en el mercado, según una terminología que es habitual en esta materia). Éste es el único acto de competencia desleal cuya tipificación emplea el término empresa para designar a su destinatario, tras de lo cual no ha de verse una derogación del ámbito subjetivo de vigencia general de la ley (art. 3.1 LCD), sino una expresión del *plerumque accidit*. La norma también vale, por lo tanto, para profesionales liberales y para la Administración pública, en este caso, en la medida en que son «operadores económicos» (en la terminología utilizada por las autoridades antitrust) que desarrollan una actividad económica de colocación o aprovisionamiento de bienes o servicios en el mercado y no, en lo relativo a la Administración pública, como autoridad ordenadora y reguladora de una determinada actividad [v. **Art. 3 (11) a (14)**].

(11) El único comportamiento de las empresas con poder relativo de mercado que interesa en este contexto es el que observan en sus relaciones comerciales con otras empresas, en particular con sus empresas clientes y proveedores; de las relaciones con los consumidores ya se encarga el apartado primero de este precepto, sin limitar la prohibición de discriminación sólo a los operadores con poder de mercado. En el ámbito

que ahora nos ocupa, el término empresa tiene el mismo significado que en el lado activo: cualquier persona física o jurídica que actúa en el mercado profesionalmente como oferente o demandante de bienes o servicios. De ahí que no sean supuestos de la discriminación tipificada las conductas de aquellas empresas en su relación con los consumidores finales, de modo particular las prácticas que genéricamente se puedan denominar de monopolización de mercados, como la reducción de precios de venta al público; su enjuiciamiento debe construirse en el marco de la cláusula general, de la discriminación de consumidores, de la venta a pérdida (arts. 5, 16 Y 17 LCD) y, si es el caso, según la prohibición antitrust de abuso de posición de dominio (art. 6 LDC).

(12) Por último, el término empresa utilizado en el artículo 16.2 de la Ley de Competencia Desleal no excluye, como sucede en el ámbito del Derecho de defensa de la competencia, los supuestos de colaboración comercial entre el principal y agentes o comisionistas exclusivos. Aunque en tales supuestos pudiera predicarse que el colaborador es un mero instrumento comercial del principal, por carecer de libertad económica para decidir (*cf.* RRTDC 30-VII-1996, expediente r 149/96 «Petrodis», 1-IV-1997, expediente r 280/97 «Cepsa», 19-V-1998, expediente r 276/97 «Repsol, BP y Cepsa», 27-IV-1998, expediente r 259/97 «Canon»), lo cierto es que agentes, representantes y comisionistas exclusivos son empresarios económicamente y, desde un punto de vista interno, también organizativamente independientes, y no una división u otra clase de unidad operativa del principal. Consecuentemente, la explotación de una eventual relación de dependencia del principal respecto de su agente, representante o comisionista podría dar lugar a una infracción del artículo 16.2 de la Ley de Competencia Desleal o, en su caso, del artículo 6 de la LDC. No resulta en cambio de aplicación el artículo 16.2 de la LCD a las relaciones entre una empresa y las empresas de su grupo (*cf.* RTDC 22-V-1997, expediente r 203/97 «Sepila/Iberia»).

d Presupuestos: la situación de dependencia económica

(13) Presupuesto nuclear del acto de competencia desleal es la situación de dependencia económica, legalmente caracterizada como situación en la que clientes y proveedores carecen de una alternativa equivalente; si se prefiere, una empresa dispone de poder relativo de mercado cuando sus clientes o proveedores carecen de alternativas equivalentes para el desarrollo de su actividad en el mercado. Esta expresión caracteriza el poder de mercado relativo de una empresa frente a otra en particular, no frente a la generalidad de las empresas que pudieran hallarse en el otro lado de la relación. La situación de dependencia económica, por lo tanto, concurre entre una empresa en concreto que ofrece o demanda bienes o servicios y otra empresa en concreto que los adquiere (cliente) o los suministra (proveedor), pero no entre aquella primera y cualquier otra que pudiera adquirirlos o suministrarlos. Naturalmente, respecto de una empresa determinada puede encontrarse en situación de dependencia económica una pluralidad de empresas, incluso todos los clientes o proveedores que operan en el mercado considerado; es más, la dependencia económica puede afectar igualmente al que todavía no ha establecido relaciones con la empresa con poder relativo de mercado, como sucede particularmente en los casos de empresas clientes que desean entrar en el mercado o que desean ampliar sus fuentes de aprovisionamiento.

(14) La situación de dependencia económica se diferencia de la posición de dominio —salvada la diferente aproximación pasiva y activa que inspira a cada una estas expresiones—por el carácter relativo del poder de mercado que existe en el primer caso frente al carácter absoluto que tiene en el segundo caso. En efecto, la dependencia económica expresa la situación en que se halla una particular empresa respecto de otra concreta con la que se relaciona como cliente o como proveedor o la situación de dominio que una empresa en particular ocupa frente a un cliente o proveedor. Por su

lado, la posición de dominio expresa la situación que ocupa una particular empresa respecto de todas las empresas clientes o proveedores efectivas y potenciales, pero también respecto de sus competidores y de los consumidores en general. Ello no obstante, entre situación de dependencia y posición de dominio no existe contraposición, sino complementariedad: como se ha apuntado, respecto de una empresa con una posición dominante en el mercado sus clientes y proveedores están en situación de dependencia económica, pero la empresa cuyos clientes y proveedores están en situación de dependencia económica respecto de ella puede no ocupar una posición de dominio (como ya se advirtiera en RTDC 27-IV-1998, expediente r 259/97 «Canon»; *cfr.* también RRTDC 27-IV-1994, expediente r 75/94 «IBM», 29-I-1997, expediente MC 17/96 «Ford España»).

(15) Para la determinación de una situación de dependencia económica procede, por consecuencia y en primer lugar, la identificación del mercado relevante, como si de la determinación de una posición de dominio se tratara (*ad ex.* RTDC de 3-II-1992, expediente A 16/91, «Tecnotrón», 6-V-1992, expediente 303/91 «Hifervas, S. A. c. Rank Xerox España, S. A.»). Se deberán considerar, por lo tanto, la clase de los productos o servicios de cuyo aprovisionamiento (para las empresas clientes) o de cuyo suministro (para las empresas proveedores) se trata; el territorio en que actúan clientes y proveedores y, de modo especialmente acusado, el momento en que se valoran los hechos enjuiciados, prescindiendo de la futura evolución de la posición relativa de las partes implicadas. Pero además, ya diferencia de lo que ocurre para la determinación de una posición dominante, se ha de considerar la posición que ocupan clientes y proveedores. Por esta razón, los lindes del mercado relevante son aquí más rígidos: para determinar la presencia de una situación de dependencia económica, el mercado relevante se perfila esencialmente en términos subjetivos y no objetivos, esto es, a la medida de la empresa respecto de la que se trata de averiguar si se halla o no en aquella situación respecto de otra. Ello obliga a considerar las particularidades de la estructura y estrategia de la empresa que eventualmente se encuentra en situación de dependencia y, por lo tanto, a prescindir de la posibilidad de que cambie de mercado, que desinvierta y reasigne los recursos en un sector diverso, o de que cambie de posición en el mismo mercado: que reestructure el establecimiento propio.

(16) Determinado el mercado relevante del modo que se ha expuesto procede, en segundo lugar, comprobar si en dicho mercado existen o no alternativas equivalentes para los clientes o proveedores considerados en cada caso. En este sentido, no existen alternativas si los clientes o proveedores carecen de la posibilidad de relacionarse con otras empresas para adquirir o comercializar la clase de productos o servicios, en el marco geográfico y en el tiempo considerados, o bien, desde una perspectiva inversa, si los clientes o proveedores están obligados a encontrarse con o no pueden evitar a la empresa de que dependen. Existen alternativas, por el contrario, si los clientes disponen de la posibilidad de obtener los productos o servicios considerados de otras fuentes distintas de la empresa cuyo poder relativo de mercado se comprueba (*cfr.* RRTDC 22-III-1994, expediente r 73/94 «Venta de Géneros de Punto»), o si los proveedores tienen la posibilidad de colocar sus productos o servicios a otras empresas. La presencia de otras fuentes de aprovisionamiento o de otras fuentes de pedidos ha de ser real y efectiva, no potencial, en el lugar y momento considerados.

(17) Ahora bien, existe una situación de dependencia económica no sólo cuando no existen alternativas, sino también cuando las alternativas de aprovisionamiento o colocación que existen no son equivalentes. Esta exigencia, que extiende notablemente la noción de dependencia económica, tiene dos facetas, una de orden objetivo: la alternativa ha de ser suficiente, y otra de orden subjetivo: la alternativa ha de ser, además, razonable. La alternativa es suficiente si, atendido su número y los vínculos jurídicos que, según el caso, organizan las relaciones de suministro o aprovisionamiento

(redes de distribución exclusiva, redes de distribución selectiva, franquicias, licencias de tecnología...), los clientes y proveedores pueden reemplazar en efecto los suministros y pedidos de la empresa cuyo poder de mercado se examina. De otro lado, la alternativa es razonable si su utilización no reporta a la empresa cliente o proveedor unos costes o, en particular, una desventaja competitiva que no pueda asumir; a este propósito es irrelevante que el cliente o proveedor haya contribuido con sus decisiones estratégicas (vinculación con la empresa de la que depende a través de un contrato de distribución exclusiva de duración indefinida en un sector en que los productos en cuestión se comercializan únicamente a través de distribuidores exclusivos) a que el recurso a las alternativas existentes no sea razonable.

e Clases de situación de dependencia económica

(18) La situación de dependencia económica puede tener su raíz en circunstancias de carácter estrictamente particular, ligadas estrechamente a la relación entre las empresas implicadas, y en otras de carácter tendencialmente general, resultantes de las características propias del mercado, pero todas difícilmente sistematizables mediante reconducción a un solo denominador común. Tradicionalmente, y a los solos fines de facilitar la exposición, se ordenan estas causas de dependencia en los cuatro grupos siguientes: dependencia debida a la composición de la oferta, dependencia debida a la organización de la empresa, dependencia debida a la escasez y dependencia debida al poder relativo de la demanda (*amplius* J. MASSAGUER, en *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, pág. 2233 ss., con ulteriores referencias).

i Dependencia debida a la composición de la oferta.

(19) La dependencia debida a la composición de la oferta se sigue de que la inclusión de los productos o servicios de una cierta empresa (respecto de la cual se produce la situación de dependencia) entre los que otra ofrece al público en su establecimiento es imprescindible para asegurar su competitividad. Este tipo de relación se produce especialmente en el sector de la distribución minorista, entre distribuidor (empresa cliente en situación de dependencia) y fabricante, de común fabricante de productos de marca. Como es lógico, para afirmar que concurre una dependencia de este tipo es preciso valorar especialmente, de un lado, la posición que en el mercado tienen los productos o servicios considerados (atendidas circunstancias tales como precio, calidad y gastos promocionales) y, de otro lado, la reacción negativa de la clientela ante la falta del producto o servicio en cuestión entre los ofrecidos.

ii Dependencia debida a la organización empresarial.

(20) De dependencia debida a la organización empresarial se habla en los casos en que la empresa cliente o proveedor ha adecuado específicamente su establecimiento y actividad a las características particulares de los productos o servicios de otra empresa (de la que depende). Este tipo de relación se produce, de común, en el contexto de contratos de larga duración o de duración indefinida, para cuya ejecución el cliente o proveedor realiza unas importantes inversiones y, respectivamente, renuncia a recibir suministros de otros proveedores (así el distribuidor o el agente exclusivo) o a suministrar a otros clientes (así el fabricante que produce determinados componentes sólo para otro fabricante o el que coloca su producción en el mercado única o principalmente a través de un determinado intermediario), con los consiguientes efectos de especialización en la comercialización o producción y de marginación en el mercado. El elemento decisivo para afirmar que concurre una dependencia de este tipo es, en esencia, la aptitud de la organización empresarial creada para recibir aplicaciones alternativas.

iii Dependencia debida a una situación de escasez.

(21) La dependencia debida a una situación de escasez se da en los casos en que un cliente se ve necesitado de los suministros de un fabricante como consecuencia de una repentina e imprevisible carencia en el mercado de los productos o servicios en cuestión, pero también como consecuencia de la regulación del particular mercado, estructurado en forma de monopolio u oligopolio. En consecuencia, en este grupo se incluyen los supuestos de dependencia en función del control sobre ciertos productos o servicios imprescindibles para desarrollar determinadas actividades (*essential facilities*), pero también sobre el otorgamiento de autorizaciones (siempre que no se trate de la Administración pública en el ejercicio de sus potestades) o la admisión en ciertas asociaciones o eventos que son necesarios para desarrollar las actividades propias de la empresa en posición de dependencia relativa (*cfr.* RRTDC 29-VII-1993, expediente 329/93 «Cofradía de Pescadores de Cariño», 15-IV-1996, expediente r 126/95 «Handling Aeropuertos»), para acceder a ciertos recursos promocionales (*cfr.* RRTDC 14-VII-1988, expediente 234/87 «First, S. A. c Feria de Muestras de Barcelona y otros», 19-IV-1995, expediente 343/93 «Feria Internacional de Valencia») o para garantizar la calidad de los productos (*cfr.* RTDC 9-II-1990, expediente 249/89 «La Tenienta/Vida Sana»).

iv Dependencia debida al poder relativo de la demanda.

(22) La dependencia debida al poder relativo de la demanda existe en los casos en que los proveedores de un determinado producto o servicio sólo pueden colocarlo en el mercado en condiciones competitivas si se abastece con ellos un determinado cliente. Este tipo de relación se produce entre fabricante (empresa proveedora en situación de dependencia) y distribuidor, de común distribuidor minorista con una significativa cuota de mercado, o fabricante que incorpora los productos o servicios del anterior a su propio proceso de producción, o bien entre el arrendador de determinadas obras o servicios y los contratistas o prestadores de servicios [*cfr.* RTDC 7-VII-1995, expediente r 121/1995 «Mutua Madrileña Automovilista (IV)»]. El elemento clave para apreciar la concurrencia de esta clase de situación de dependencia es la inexistencia de canales de distribución funcionalmente alternativos, consideradas las demás posibilidades de comercialización de los productos o servicios en cuestión con exclusión del suministro directo a consumidores finales, de modo que toda la producción del proveedor o una parte cualitativamente sustancial de la misma se comercialice a través de un solo distribuidor (productos de consumo masivo que son comercializados a través de grandes superficies de distribución) o se suministre a un único fabricante (accesorios de vehículos que se suministran a un constructor) o, en general, a un único cliente empresarial (productos o servicios finales que se suministran a la Administración). [En la práctica alemana se considera que la cuota de producción de una empresa que ha de ser absorbida por otra, con cualquiera de las finalidades especificadas, para que aquélla se halle en una situación de dependencia se sitúa en el 10 %; en Francia, en cambio, se habla de un 20 % para el proveedor, que no representa más de un 1,5 % para el distribuidor: v. J. MASSAGUER, en *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, pág. 2238, con ulteriores referencias.]

f La acción relevante

(23) La conducta desleal está lacónicamente descrita como explotación de la situación de dependencia económica: no se precisan ni los elementos estructurales de la conducta ni las condiciones determinantes de su deslealtad. En particular, esto último no debe conducir a la conclusión de que la política de una empresa con poder relativo de mercado tendente al logro de cualesquiera objetivos prevaleciendo de su poder de mercado es desleal *per se*: los lindes sólo se traspasan cuando tal conducta se traduce

en una obstaculización de la actividad de terceros sin justificación objetiva. En este sentido, la explotación de una situación de dependencia económica como género de acto de competencia desleal puede situarse entre la mera discriminación en sentido estricto y la conducta abusiva en sentido amplio. La primera lectura podría fundarse en que la rúbrica del artículo 16 de la Ley de Competencia Desleal («discriminación») es común a sus dos apartados; pero no encuentra apoyo bastante en el tenor legal, que claramente contrapone el «tratamiento discriminatorio» y la «explotación» como conductas desleales y que, así, impide una equiparación de contenidos. La segunda lectura, por el contrario, encontraría su respaldo en el tenor legal vigente en relación con los antecedentes de la norma: en los trabajos prelegislativos se designó con una expresión común («explotación abusiva») la conducta que se prohibía a las empresas con posición dominante y a las empresas respecto de las que otras se hallaban en situación de dependencia económica (art. 6 PLDC). Así las cosas, la explotación de una situación de dependencia económica incluye en todo caso la discriminación en sentido estricto, pero también otras conductas que participan de la misma clase de deslealtad.

g Las circunstancias determinantes de la deslealtad

(24) No obstante la rúbrica del artículo 16 de la Ley de Competencia Desleal, la clave de la deslealtad no se halla en la discriminación (tratamiento arbitrariamente desigual), sino en la explotación de la situación de dependencia de empresas clientes y proveedores (en el bien entendido de que la discriminación es una especie del género explotación). De otro lado, y como se explicó anteriormente [v. **(9)**], la explotación de la situación de dependencia económica debe ser considerada como un acto de deslealtad frente al mercado, y no frente a los competidores (de hecho, en ocasiones puede no ser fácil trazar una relación de competencia entre la empresa que ostenta una posición de poder relativo en el mercado y sus clientes y proveedores empresariales o profesionales). En consecuencia, el reproche de deslealtad reacciona en este caso contra una alteración de las bases del orden concurrencial y, en particular, contra la obstaculización de la libertad de los terceros en el desarrollo de su actividad en el mercado; en este sentido, la explotación de la situación de dependencia se presenta como una modalidad de obstaculización, de injerencia indebida en la actividad desarrollada por clientes y proveedores, que desestabiliza su posición en el mercado y perturba el normal desenvolvimiento de sus estrategias y negocios y, con ello, pone en peligro la estructura competitiva del mercado y falsea su funcionamiento competitivo. Lo específico de este acto de competencia desleal frente a la obstaculización genérica (constitutiva de un grupo de actos de competencia desleal contrarios a la cláusula general [v. **Art. 5 (25)**]) radica en los términos que gobiernan las relaciones comerciales entre el sujeto agente y las empresas económicamente dependientes, y en particular en el hecho de que no podrían haberse establecido de no mediar la situación de dependencia. En este sentido, la obstaculización (los términos que regulan las relaciones comerciales o, en su caso, el mismo hecho de que no se establezcan y su impacto sobre la posición y actividad de clientes y proveedores) es expresión, emanación directa e inmediata, del desequilibrio en el poder de mercado de las empresas enfrentadas, de modo que las consecuencias que de ello se siguen en el mercado y su funcionamiento concurrencial son asimismo resultado del desequilibrio de poder, y no de la mayor eficiencia de las prestaciones de uno de los operadores. Ahora bien, de lo dicho no es lícito deducir que el control de deslealtad concurrencial de la explotación de situaciones de dependencia económica prohíba a las empresas con poder relativo de mercado perjudicar en absoluto a los terceros y empeorar la estructura competitiva del mercado o, expresado en términos positivos, que imponga a estas empresas un deber de respetar y promocionar activamente la competencia en el mercado. El reproche de deslealtad sólo puede formularse respecto de las conductas objetivamente injustificadas y desproporcionadas, precisamente posibilitadas por y puestas en marcha al amparo de la relación de dependencia. Siendo todo ello así, la

perturbación relevante en este ámbito no es el mero perjuicio o dificultad adicional a la actividad de los terceros en el mercado, sino una efectiva disminución de sus posibilidades de éxito, y supervivencia, en la lucha concurrencial: el reproche de deslealtad contra la explotación de la situación de dependencia no comporta una específica exigencia de que las empresas con poder relativo configuren los términos de sus relaciones con las empresas que se hallan en situación de dependencia respecto de ellas según las pautas de una hipotética justicia material abstracta; el reproche de deslealtad es ajeno a esta consideración, como denota la indiferencia del tipo respecto de la dimensión o, en general, características de las empresas en situación de dependencia.

(25) No obstante seguirse en todo caso del contenido de la relación mantenida con las empresas en situación de dependencia económica, la explotación desleal comprende tanto la obstaculización vertical como la obstaculización horizontal. La obstaculización vertical afecta a la actividad concurrencial de las empresas en situación de dependencia económica, esto es, de las empresas clientes y proveedores, sean actuales o potenciales. De su lado, la obstaculización horizontal afecta a la actividad de los competidores de la empresa que se prevale de su poder relativo de mercado y resulta ser consecuencia directa de la conducta que las empresas económicamente dependientes se ven forzadas a observar respecto de ellas a raíz de los términos en que establecen su relación con la empresa de que dependen económicamente.

(26) En último lugar, la falta de justificación objetiva o arbitrariedad de la obstaculización exige examinar la licitud (de la que carece el establecimiento de términos restrictivos de la competencia no autorizados por las autoridades de defensa de la competencia o, en su caso, abusivos de una posición de dominio en la relación con las empresas en situación de dependencia) y la racionalidad económica (entendida como exigencia de conformidad sistemática con el principio de competencia por eficiencia de prestaciones, y no como exigencia de oportunidad o mérito) de la conducta enjuiciada. Este análisis, con todo, debe quedar enmarcado en y matizado por una cuidadosa ponderación de conjunto de los intereses involucrados en cada caso, unos de carácter individual y otros de carácter colectivo o institucional. Intereses individuales involucrados en esta ponderación son, de un lado, los intereses de la empresa con poder relativo de mercado, en esencia cifrados en la libre determinación de los propios objetivos económicos y empresariales, y, de otro lado, los intereses de las empresas que se encuentran en situación de dependencia económica o, si de obstaculización horizontal se trata, de las empresas competidoras de la que ocupa la posición de predominio, consistentes en ambos casos en el acceso al mercado y en el desenvolvimiento de su actividad sin trabas ni perturbaciones, que empeoran su posición de mercado frente a los propios competidores, ocasionadas por el modo en que otra empresa ejerce su poder relativo de mercado. Los intereses colectivos o institucionales, de su parte, coinciden con los fines políticos y normativos de la represión de la competencia desleal, centrados en el mantenimiento de la estructura y operatividad del orden concurrencial. Del conjunto, y especialmente de la consideración de intereses ajenos a los de la empresa con poder relativo de mercado, resulta que la justificación objetiva requiere, además de la licitud y racionalidad de la conducta, su proporcionalidad en relación con los objetivos (lícitos y razonables) que se persiguen. Así las cosas, la deslealtad que amenaza a la explotación de una situación de dependencia se convierte en un factor de modalización de la política de las empresas con poder relativo de mercado. Sus decisiones estratégicas habrán de tomar en consideración las repercusiones sobre la posición competitiva de los terceros y sobre los presupuestos básicos del orden concurrencial, y valorar si unos resultados económico-empresariales equivalentes pueden conseguirse con políticas y conductas más inocuas.

h Grupos de casos

(27) Dentro de la explotación de la situación de dependencia económica en que se hallan los clientes o proveedores, genéricamente expresiva de una obstaculización de la posición y acción competitiva de terceros por obra del prevalimiento del poder relativo de mercado, pueden incluirse cuatro grupos de casos: la negativa a establecer relaciones comerciales, la discriminación (en sentido estricto), la obstaculización mediata y la discriminación pasiva. Los dos primeros son supuestos de obstaculización vertical, los dos segundos de obstaculización horizontal.

i (sigue) Negativa a establecer relaciones comerciales

(28) La negativa a establecer relaciones comerciales comprende los casos en que una empresa (con poder relativo de mercado) rehúsa atender los pedidos de los clientes o aceptar las ofertas de los proveedores (en situación de dependencia económica) [*cf.* RRTDC 29-VII-1993, expediente 329/93 «Cofradía de Pescadores de Cariño», 27-IV-1994, expediente r 75/1994 «IBM»]. En particular, la negativa a establecer relaciones comerciales abarca tanto la terminación (unilateral) de una relación en vigor o a prorrogarlas a su terminación ordinaria, como el rechazo de la demanda u oferta formulada por un interesado con quien todavía no se han establecido relaciones comerciales. Equivalente en lo material es, además, una discriminación relativa al contenido de la relación comercial, de modo particular en lo que hace a los precios, tal que imposibilita en la práctica su continuidad o establecimiento, así como un suministro injustificadamente inadecuado que tenga o pueda tener este efecto (*cf.* RTDC 2-X-1991, expediente 300/91 «Distribuidora Editorial Costa del Sol»). La negativa de venta no comprende, por el contrario y como regla general, el mero incumplimiento de contrato (*cf.* RRTDC 22-XI-1995, expediente r 118/95 «Repsol/BP Cepsa», 20-III-1996, 1996, expediente r 139/95 «Shell-Repsol», 30-VII-1996, expediente r 149/96 «Petrodis»), salvo que, en atención a las circunstancias del caso, el incumplimiento forme parte de una estrategia dirigida a dificultar la actividad de los operadores en situación de dependencia (*cf.* RTDC 29-I-1997, expediente MC 17/96 «Ford España»).

i Negativa de venta o suministro.

(29) El supuesto básico de negativa a establecer relaciones comerciales es la negativa de venta o de suministro de bienes o servicios (en adelante, la negativa de venta). Los efectos de la negativa de venta obstaculizan el acceso de las empresas en situación de dependencia al mercado, tanto a la empresa comercial, que carece de los productos o servicios necesarios para su actuación como distribuidora, como a la empresa industrial, que no logra las materias primas, los productos intermedios o los servicios necesarios para su proceso de producción. Más allá de los intereses individuales de las empresas afectadas, las consecuencias de la negativa de venta tienen una particular relevancia institucional. En efecto, la negativa de venta pone en peligro la apertura de los mercados y el atomismo empresarial.

(30) Frente a todos estos intereses, la negativa de venta sólo puede quedar justificada (presuponiendo su licitud antitrust) por dos tipos de razones. En primer lugar, la negativa de venta puede justificarse por motivos singulares o propios de la particular relación entre la empresa con poder relativo de mercado y su cliente (*cf.* RRTDC 16-XI-1992, expediente A 32/92 «Tabacalera, S. A.», 20-IV-1993, expediente A 45/93 «Acerinox», 2-VII-1993, expediente A 41/95 «Cronomar», 13-XII-1995, expediente r 135/1995 «Maquinaria Agrícola», II-VI-1997, expediente r 219/1997 «Perfumerías Catalanas»). Motivos internos a la relación comercial son los que objetivamente pueden fundar una falta de confianza en el debido cumplimiento de las obligaciones derivadas del correspondiente contrato, que en el caso de que afecte a una relación de suministro vigente, y con el fin de respetar la exigencia de proporcionalidad, habrán de derivar de un previo incumplimiento grave o del advenimiento de una situación que permita

razonablemente esperar el incumplimiento grave (quiebra, suspensión de pagos...). En segundo lugar, la negativa de venta carece, desde esta perspectiva, de carácter discriminatorio si se encuentra su justificación en decisiones de política empresarial tendentes al aseguramiento, conservación o incremento de la propia competitividad (*cf.* RTDC 20-IX-1995, expediente r 129/1995 «Iveco-Pegaso»), siempre que sean lícitas intrínsecamente, racionales económicamente y se aplican de modo no discriminatorio (*cf.* RTDC 5-X-1994, expediente 87/94 «Lotto Sport»).

(31) Supuestos de negativa de venta que deben enjuiciarse según criterios diversos son los que se producen en los casos en que el poder relativo de mercado está fundado en la escasez de ciertos productos o servicios. Aquí, el control de deslealtad concurrencial se centra en la decisión de suministrar a unas empresas y no a otras, de un lado, y, de otro, en las condiciones en que tiene se efectúa el suministro a las diversas empresas que lo reciben. En suma, la deslealtad de la negativa de venta viene dada por la discriminación, por el tratamiento desigual dado a quienes están en igualdad de condiciones. Si en el interior del grupo no existe relación de dependencia relevante a los efectos del artículo 16.2 de la Ley de Competencia Desleal por tratarse de una unidad económica, parece que la discriminación no podrá fundarse en el suministro prioritario a las empresas del grupo (*cf.* RTDC 18-VII-1991, expediente 299/91 «Sucesa»). Como enseña la experiencia habida en el marco de la política de defensa de la competencia, la negativa de suministro en situaciones de escasez debe entenderse objetivamente justificada cuando sea el resultado de una crisis generalizada y sobrevenida, la empresa con poder de mercado no tenga existencias suficientes para atender los pedidos y el suministro preferente a determinados clientes se justifique en función de su condición de «clientes contractuales o habituales» (*ad ex.* STJCE 14-II-1978, asunto 27/76 «United Brands c. Comisión CE» o DCE 15-XII-1988 «BPB Industries plc»). No existe, en este sentido, ningún mandato de incrementar la capacidad productiva o adoptar medidas equivalentes para asegurar la regularidad del suministro.

ii Especial consideración de la negativa de suministro ligada a la implantación de un sistema de distribución.

(32) El caso paradigmático de negativa de suministro es la implantación del sistema de distribución por un fabricante con poder relativo de mercado cuando del sistema escogido se siga la negativa de suministro a todos o sólo a algunos clientes, actuales o potenciales, como ocurre de modo particular en los sistemas de distribución exclusiva, distribución selectiva y franquicia. Es obvia la tensión entre las empresas en situación de dependencia económica, que necesitan de los suministros para entrar o sobrevivir en el mercado, y la libertad del fabricante en la determinación de su organización de ventas, que no puede ser injustificadamente restringida.

(33) El control de la implantación de un sistema de distribución que da lugar a la negativa de venta por parte de una empresa con un poder relativo de mercado sobre sus clientes comprende varios pasos: en primer lugar, se exige la licitud del sistema escogido, que es fundamentalmente su licitud antitrust; en segundo lugar, la justificación objetiva de la decisión: la racionalidad económica del sistema y, en su caso, de los criterios cualitativos y cuantitativos de selección y de las restricciones territoriales adoptadas, para lo que habrá de considerarse principalmente la naturaleza de los productos de cuya distribución se trata y las características de su demanda; en tercer lugar, la implantación uniforme del sistema, en el que consiguientemente no pueden admitirse huecos o combinaciones no justificadas según los datos anteriores, y, en su caso, la aplicación no discriminatoria de los criterios de selección: tratamiento desigual de clientes, actuales y potenciales, que se hallan en igualdad de condiciones (*cf.* RTDC 13-V-1998, expediente 379/96 «Relojes Joya»). Así, merecen la consideración de actos de competencia desleal los supuestos en que el operador en posición de dominio relativo

y que opera en un determinado mercado, se reserva injustificadamente para sí el suministro de bienes o servicios esenciales para desarrollar una actividad relacionada con la primera en un mercado ascendente o descendente (*cfr.* RRTDC I-II-1995, expediente 350/94 «Teléfonos en Aeropuertos», 15-IV-1996, expediente r 126/95 «Handling Aeropuertos»).

(34) En los casos de cambio de un sistema de distribución por otro, el control de deslealtad concurrencial se extiende, además, al modo en que se pone término a las relaciones existentes. La objetiva conformidad con las exigencias de la buena fe, siempre limitadas aquí al plano de la obstaculización de la actividad de la empresa en situación de dependencia con la que se finaliza una relación, se manifiesta especialmente en la proporcionalidad de la actuación y especialmente, desde esta perspectiva, en que se conceda al cliente (distribuidor) que deja de serlo un período suficiente para atender a los pedidos ya cursados por su propia clientela o para colocar la parte de producción propia ya iniciada en atención a la relación preexistente, y para reorientar la posición y acción en el mercado, atendidas las inversiones específicamente realizadas en consideración a una relación por tiempo indefinido que ahora se rompe.

iii Negativa a conceder licencias.

(35) Sustancialmente equivalente a la negativa de venta, además, es la negativa a conceder licencias para la explotación de una tecnología patentada o mediante secreto empresarial. A estos casos se puede trasladar *mutatis mutandis* la argumentación relativa a la justificación objetiva de la negativa de venta, aunque en términos considerablemente más restrictivos: *prima facie* concurre una justificación objetiva suficiente, cual es el riesgo empresarial que comporta la elección de los suministradores o de los licenciarios.

iv Otros supuestos. Especial consideración de la negativa a establecer relaciones comerciales que impidan o dificulten a terceros el desarrollo de su actividad en el mercado.

(36) En el grupo de la negativa a establecer relaciones comerciales pueden insertarse también las acciones de la empresa con poder relativo de mercado distintas de las anteriores consistentes en la negativa a proporcionar a las empresas dependientes un recurso necesario para el desarrollo de su actividad en el mercado en condiciones que aseguren su competitividad. En este grupo de casos residual figura, en primer lugar la inadmisión en una feria comercial [*cfr.* RTDC 14-VII-1988, expediente 234/87 «First, S. A. c. Feria de Muestras de Barcelona y otros», 19-IV-1995, expediente 343/1993 «Feria Internacional de Valencia»]; la entidad organizadora de una feria de comercio (con poder relativo de mercado) ciertamente puede establecer condiciones de admisión y, por ello, excluir a las empresas que no las cumplan, pero tales condiciones no han de ser arbitrarias ni pueden ser arbitrariamente aplicadas. De igual modo, los medios de comunicación respecto de los que se produzca una situación de dependencia sólo pueden rechazar la publicación de una publicidad por causa justificada objetivamente: como la ilicitud del anuncio o el perjuicio que la publicación reporta al medio entre su público, y siempre de forma no discriminatoria. Asimismo, el titular de ciertas infraestructuras cuya utilización es necesaria para el desarrollo de una determinada actividad sólo puede negar a los clientes en situación de dependencia determinados programas preferenciales, abiertos a otros clientes en la medida en que las condiciones de la contraprestación no puedan reputarse equivalentes (*cfr.* RTDC 4-VI-1998, expediente r 295/98 «Cetursa»). En esta misma línea se coloca la negativa a admitir o la decisión de excluir a una empresa como socio o asociado por parte de consorcios o asociaciones empresariales en aquellos casos en los que, presupuesta su licitud antitrust, la pertenencia a las mismas sea imprescindible para asegurar la competitividad

de las empresas en el sector del tráfico considerado, para acceder a ciertos servicios de los que depende su competitividad [*cf.* RRTDC 29-VII-1993, expediente 329/93 «Cofradía de Pescadores de Cariño», 3-III-1997, expediente MC 20/1997 «Cajas Rurales (11)»] o para obtener certificados de calidad (*cf.* RTDC 9-II-1990, expediente 249/89 «La Tenienta/Vida Sana»). Aquí deben contarse igualmente los supuestos de denegación de las autorizaciones necesarias para realizar una determinada actividad (*cf.* RTDC 29-VII-1993, expediente 329/93 «Cofradía de Pescadores de Cariño»).

v Negativa de compra.

(37) También se incluyen en este ámbito los supuestos inversos a la negativa de venta: la negativa de compra (trata de un caso de este grupo, aunque sin examinar la situación de dependencia, SAP *Córdoba* 25-V-1999 «exclusión de funeraria»). Su deslealtad, sin embargo, sólo parece sostenible de modo generalizado para ciertos demandantes con un poder relativo de mercado especialmente cualificado, como la Administración pública, las entidades que gestionan fondos públicos o las empresas en situación de monopolio (sobre este último caso, *cf.* RRTDC 15-IV-1993, expediente A 43/93 «Izbi, S. L.», y especialmente 15-XII-1994, expediente r 79/94 «Tandem-Ruta Sur»).

j (sigue) Discriminación en sentido estricto

(38) La discriminación en sentido estricto consiste en el tratamiento desigual carente de justificación objetiva que una empresa (con poder relativo de mercado) dispensa a sus clientes o proveedores (en situación de dependencia económica) en materia de precios, condiciones de entrega, calidad, cantidad, prestaciones adicionales u otros términos de la relación que mantienen. El tratamiento desigual puede consistir en establecer peores términos por comparación con los que rigen las relaciones comerciales con la mayoría de los clientes o proveedores, o bien en aplicar en las relaciones con una o varias empresas unos términos mejores que los aplicados a la mayoría. La peor o mejor condición de unos términos debe apreciarse sólo en casos de igualdad de circunstancias de orden objetivo y subjetivo, esto es, respecto de empresas y suministros iguales (*cf.* RRTDC 8-II-1993, expediente 318/92 «Confederación Española de Asociaciones Pesqueras c. Refinerías españolas y Campsa», 5-XI-1993, expediente A 57/93 «Distribuciones Muñoz Ciment, S. A», 3-III-1994, expediente 340/93 «Mercazaragoza», 22-XI-1995, expediente r 118/95 «Repsol/BP Cepsa», 20-III-1996, expediente r 139/95 «Shell-Repsol», 30-VII-1996, expediente r 149/96 «Petrodis», 13-I-1997, expediente r 172/1996 «BP Oil España»).

(39) Ahora bien, el tratamiento desigual no es desleal *per se*, tampoco si se pone en práctica respecto de empresas en situación de dependencia. Para ello es preciso que concurren dos condiciones: falta de justificación objetiva y perjuicio de la posición competitiva del discriminado. La primera condición exige que la conducta enjuiciada no sea en sí ilícita con arreglo a la normativa antitrust, de competencia desleal o a otra normativa aplicable (*cf.* RTDC 23-XII-1996, expediente MC 15/96 «Tabacos de Canarias») o carezca de racionalidad económica; ello permite asegurar la licitud de las estrategias y decisiones de las empresas con poder relativo de mercado ordenadas y adecuadas para incrementar la contratación de las prestaciones propias (*ad ex.* descuentos por volúmenes de compra), para dar respuesta a la acción de otros competidores (*ad ex.* descuentos selectivos en zonas donde existen competidores cualificados), para ajustar los costes medios en las zonas de mayor negocio [*ad ex.* exigencia de mayores descuentos a los proveedores en determinadas áreas: *cf.* RTDC 7-VII-1995, expediente r 121/95 «Mutua Madrileña Automovilista (IV)»], para obtener garantías de los nuevos operadores con los que no han mantenido relaciones comerciales previas (*ad ex.* solicitud de fianzas a nuevos distribuidores: *cf.* RTDC 14-X-1993, expediente r 56/93 «Valdebro, S. A.») o para

premiar los resultados de unos distribuidores respecto de otros (*ad ex.* mediante la fijación de mayores objetivos para los distribuidores que alcancen mayores cuotas de penetración: *cf.* RTDC 7-VI-1996, expediente r 162/96 «Fiat Auto España»). La segunda condición exige que la conducta enjuiciada ocasione una desventaja competitiva a la empresa discriminada en relación con otras empresas (distintas de las pertenecientes al grupo de la empresa con poder relativo de mercado: *cf.* RTDC 22-V-1997, expediente r 203/97 «Sepila/Iberia»); de otro modo, la práctica de precios u otras condiciones contractuales diversas sólo representa una explotación de la elasticidad de la demanda [*cf.* RTDC 7-VII-1995, expediente r 121/95 «Mutua Madrileña Automovilista (IV)»].

(40) De ahí que, en la medida en que se apliquen uniformemente, no puedan ser considerados discriminatorios *per se* ciertos descuentos practicados por las empresas con poder relativo de mercado: los descuentos según el volumen de cada pedido o según el volumen del conjunto de los pedidos (aunque en este último caso puede concurrir una obstaculización mediata); los descuentos de fidelidad (pero también aquí puede haber una obstaculización mediata); los descuentos por la asunción de funciones y sus costes por el suministrado, concedidos a los mayoristas que se encargan de la clasificación, empaquetamiento o almacén de los productos..., o a los minoristas especializados que se encargan de la promoción directa de los productos. Más problemático puede ser el enjuiciamiento de la práctica de precios diversos cuando la entrega de la mercancía sea de cargo del suministrador (con poder relativo de mercado); es cierto que ninguna dificultad existe si el precio del transporte se calcula individualmente y se añade a un precio en fábrica único para todos los casos, pero no puede decirse lo mismo si a todos los clientes se exige un mismo precio que incluye los gastos de transporte: así se impide que las empresas geográficamente más próximas puedan explotar las ventajas de costes que ello comporta, pero también se compensan las desventajas de las que están más alejadas y se aviva la competencia.

(41) También en este grupo de casos se enmarca el establecimiento de diferentes condiciones para la admisión en una feria comercial, para la aceptación de publicidad o para la adhesión a un consorcio o a una asociación empresarial, como la que confiere ciertos certificados de calidad, así como para acceder a la utilización de infraestructuras necesarias para la prestación de determinados servicios a terceros, o para la obtención de autorizaciones requeridas para desarrollar una actividad imprescindible en la marcha del negocio, etc.

k (sigue) Obstaculización mediata

(42) La obstaculización mediata se caracteriza por las siguientes notas estructurales: la obstaculización afecta a empresas que se hallan en competencia con la empresa con poder relativo de mercado, y no a los clientes o proveedores en situación de dependencia económica; la obstaculización consiste, en particular, en la privación de los pedidos o suministros de los clientes o proveedores en situación de dependencia económica, y, en fin, dicha privación es resultado de los términos de la relación comercial con la empresa con poder relativo de mercado, que impiden que los suministros o pedidos de sus competidores sean una alternativa razonable a los de la empresa con poder relativo de mercado.

(43) Pueden enjuiciarse como obstaculización mediata las cláusulas que prohíben al distribuidor o suministrador en situación de dependencia económica distribuir los productos o servicios de un competidor o bien suministrar los productos o servicios a un competidor de la empresa con poder relativo de mercado; las que subordinan la contratación de un determinado producto o servicio a la aceptación de otros adicionales, sobre los que no se ostenta el poder relativo de mercado o sobre los que podría dejar

de ostentarse dicha posición a corto-medio plazo (*cf.* RTDC I-X-1993, expediente 328/93 «Opciones Compra Equipos Telefónica»), o las que están encaminadas a lograr los efectos de las anteriores por la vía de los hechos, como son los descuentos por fidelidad —concedidos sólo a la empresa en situación de dependencia que se aprovisiona en exclusiva de la empresa de la que depende— o los descuentos por volumen total de pedidos, que incluyen productos o servicios respecto de los que se tiene poder de mercado y otros respecto de los que no ocurre así.

(44) En este contexto el juicio de deslealtad concurre con el juicio antitrust: unos acuerdos del tipo expresado son, en principio, restrictivos de la competencia, pero pueden gozar de una autorización singular o de una exención por categorías, como de hecho se concede a los pactos de no distribuir productos de fabricantes competidores o a los pactos de compra de surtidos completos de productos establecidos en los contratos de distribución o compra exclusiva [arts. 2.2. a) y 3. a) del Reglamento (CEE) núm. 1983/83, y arts. 1 y 2.3. a) del Reglamento (CEE) núm. 1984/83] o a los pactos de subordinación de prestaciones cuando sea necesario para asegurar la explotación técnicamente satisfactoria de la tecnología licenciada [art. 2.1.5 del Reglamento (CE) núm. 240/96]. La unidad de la política de competencia no admite contradicciones entre la valoración *antitrust* y la valoración de deslealtad concurrencial de una misma práctica. Por ello, si en efecto las prácticas referidas gozan de una autorización en el ámbito del Derecho de defensa de la competencia, el juicio de deslealtad concurrencial sólo puede considerar la uniformidad de su aplicación, pero no su justificación objetiva, que ya fue constatada en sede antitrust; si, por el contrario, no gozan de dicha autorización, el juicio de deslealtad concurrencial se suma al juicio *antitrust* en toda la extensión.

I (sigue) Discriminación pasiva

(45) La discriminación pasiva se define por tres circunstancias: la empresa con poder relativo de mercado lo tiene como demandante de productos o servicios (poder relativo de demanda), las empresas obstaculizadas en su acción de mercado son competidoras de la empresa con poder relativo de demanda y, finalmente, la obstaculización que éstas sufren se debe inmediatamente a la acción de las empresas en situación de dependencia, y sólo resulta mediatamente reconducible a la acción de la empresa con poder relativo de demanda.

(46) En la discriminación pasiva, la explotación de la dependencia económica consiste en obtener de los proveedores los suministros en condiciones más ventajosas que las pactadas con las empresas que no disponen de poder relativo de demanda, o bien en obtener de aquellas compensaciones excepcionales, que no se prestan a las empresas que carecen de poder relativo de demanda. En el sector de la distribución al por menor de productos de consumo masivo, donde existen en efecto empresas con poder relativo de demanda, las condiciones más ventajosas comúnmente puestas en práctica son precios inferiores, descuentos especiales y otro tipo de participación en acciones promocionales, plazos especialmente prolongados para satisfacer el precio los suministros y, de su lado, las compensaciones excepcionales son el pago de primas de entrada por el fabricante para que sus productos formen parte de los ofrecidos al público por el distribuidor, el pago de un canon por el alquiler y mantenimiento de los expositores en el establecimiento del distribuidor, la contribución a sufragar gastos de publicidad y promoción de ventas no referidas a los productos sino al establecimiento en general.

(47) La obtención de esta clase de condiciones preferenciales y compensaciones extraordinarias sólo es desleal cuando es expresión directa del poder relativo de demanda, lo que no sucede donde la conducta de la empresa con poder relativo de demanda se ajuste a lo establecido legalmente; así, el establecimiento de normas especiales relativas al aplazamiento del pago a proveedores asegura en principio que

esta práctica no constituirá un supuesto de explotación en cuanto se observen las condiciones legalmente establecidas (*cfr.* art. 17 LOCM). De otro lado, y en general, el reproche de deslealtad reservado a la explotación de la situación de dependencia económica de los proveedores no constituye *per se* un límite al diseño de la política comercial de la empresa con poder relativo de demanda, ni a la tenacidad o habilidad negociadora de sus representantes, ni al aprovechamiento de situaciones coyunturales en las que convenga la concesión de tales ventajas. Para que la obtención de las referidas condiciones preferenciales y compensaciones extraordinarias constituya una discriminación pasiva es preciso, en primer lugar, que su concesión carezca de justificación objetiva considerado el marco negocial de prestaciones y contraprestaciones, que no pueda explicarse económicamente por la cantidad o condiciones de pago de los productos o servicios suministrados, de modo que, en suma, no encuentren directa o indirectamente una satisfacción en el precio debido, que no respondan a una verdadera contraprestación por parte de las empresas favorecidas. A esta condición se añade, en segundo lugar y con carácter acumulativo, la necesidad de que las condiciones preferenciales y compensaciones excepcionales sean atribuidas con carácter sistemático y permanente, no sólo con carácter coyuntural.

(48) Sentadas estas circunstancias, los proveedores en situación de dependencia no pueden conceder ventajas equivalentes a las empresas respecto de las que no están en situación de dependencia; de hecho, los proveedores se ven forzados a neutralizar los efectos negativos de las condiciones no competitivas concedidas a la empresa predominante con el endurecimiento de las condiciones comerciales de los suministros a las otras empresas. Esta discriminación de trato que el proveedor en situación de dependencia económica practica entre la empresa con poder relativo de demanda y sus demás clientes (competidores de la empresa con poder relativo de demanda), con frecuencia, se traduce para estos últimos en una peor estructura de costes, que va en detrimento de su capacidad de innovación e inversión y les obliga a exigir a los destinatarios finales mayores precios. Todas estas ventajas propias y desventajas ajenas no son consecuencias de una mayor eficiencia de las propias prestaciones, sino directo fruto de la situación de dependencia económica en que se encuentran los proveedores. y de todas ellas se sigue, a modo de corolario, una acentuación de las dificultades de supervivencia en el mercado y de acceso al mercado, esto es, un perjuicio de su posición y acción competitiva en el mercado para los competidores actuales o potenciales de la empresa predominante en la demanda.

Artículo 17.VENTA A PÉRDIDA

1. Salvo disposición contraria de las leyes o de los reglamentos, la fijación de precios es libre.

2. No obstante, la venta realizada bajo coste, o bajo precio de adquisición, se reputará desleal en los siguientes casos:

a) Cuando sea susceptible de inducir a error a los consumidores acerca del nivel de precios de otros productos o servicios del mismo establecimiento.

b) Cuando tengan por efecto desacreditar la imagen de un producto o de un establecimiento ajenos.

c) Cuando forme parte de una estrategia encaminada a eliminar a un competidor o grupo de competidores del mercado.

Bibliografía

F. ALONSO, en F. ALONSO, J. A. LÓPEZ PELLICER, J. MASSAGUER y A. REVERTE, *Régimen jurídico del comercio minorista*, McGraw-Hill, Madrid, 1999, pág. 236; R. ALONSO, «Supuestos de competencia desleal por venta a pérdida y discriminación», en A. BERCOVITZ (coord.), *La regulación contra la competencia desleal en la Ley de 10 de enero de 1991*, BOE-Cámara de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 1992, pág. 81 ss.; ID., «Venta a pérdida», *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995, pág. 6825 ss.; A. FERNÁNDEZ ARAOZ, « Libre competencia y precios predatorios: análisis jurídico del problema y bases para una propuesta de aplicación administrativa y judicial en España», *La Ley*, 1992-1, pág. 1094 ss.; F. HERNÁNDEZ, *Precios predatorios y Derecho antitrust. Estudio comparado de los ordenamientos estadounidense, comunitario y español*, M. Pons, Madrid, 1997; M. MONTEAGUDO, *La protección de la marca renombrada*, Civitas, Madrid, 1995; J. M. OTERO, «La venta con pérdida tras la entrada en vigor de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista de 15 de enero de 1996», *La Ley*, 1996-2, pág. 1457 ss.; F. PALAU, *Descuentos promocionales. Un análisis desde el Derecho contra la competencia desleal y la normativa de ordenación del comercio*, M. Pons, Madrid, 1998; M. PEGUERA, en C. MANUBENS y otros (dirección), *Ordenación del Comercio Minorista. Comentarios a la Ley 7/1996 y a la Ley Orgánica 2/1996, ambas de fecha 15 de enero*, Praxis, Barcelona, 1996; J. L. PIÑAR y E. BELTRÁN, *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica complementaria*, Civitas, Madrid, 1997, pág. 139 ss.; J. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, « La venta con pérdida como supuesto de competencia desleal. Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 2.ª) de 12 de junio de 1992», *RGD*, núms. 589-90, 1993, pág. 10343 ss.; M. TRONCOSO, «Prácticas predatorias», *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995, pág. 4981 ss.

Doctrina-comentario

Sumario:

- [1.Introducción](#)
- [2.Encuadramiento sistemático](#)
 - [a.El principio de libertad de precios](#)
 - [b.La prohibición de la venta a pérdida en la ley de competencia desleal](#)
 - [c.Las relaciones entre la regulación de la venta a pérdida en la ley de ordenación del comercio minorista y en la ley de competencia desleal](#)

- 3.La acción relevante
- a.Venta
- b.Venta a pérdida
- i.Supuestos en los que es relevante el precio de adquisición y supuestos en que son relevantes los costes.
- ii.Precio de adquisición.
- iii.Costes.
- iv.Precio de venta.
- 4.Las circunstancias determinantes de la deslealtad
- a.Inducción a error acerca del nivel de precios de otros productos o servicios del establecimiento
- b.Descrédito de la imagen de un producto ajeno
- c.Descrédito de la imagen de un establecimiento ajeno
- d.Estrategia encaminada a eliminar a un competidor o grupo de competidores del mercado

1 INTRODUCCIÓN

(1) En el ámbito de la legislación española contra la competencia desleal, la venta a pérdida ha conocido su primera regulación en el artículo 17 de la Ley de Competencia Desleal. Con anterioridad, los supuestos de venta a pérdida únicamente podían ser objeto de control a través de la legislación de defensa de la competencia.

(2) No es ésta, sin embargo, la única disposición que en la actualidad se ocupa de la regulación de la venta a pérdida, materia en la que existen igualmente normas contenidas en la legislación estatal sobre comercio minorista y en la legislación autonómica sobre comercio interior. En todos los casos ciertamente se parte de (y formalmente parece asumirse) un principio de libertad: la fijación de precios es libre, salvo que una disposición legal o reglamentaria determine lo contrario (art. 17.1 LCD, art. 13 LOCM). Este principio igualmente encuentra una acogida expresa en la legislación autonómica de comercio interior (*ad ex.* art. 33 LOAC del País Vasco, art. 7.1 LOC de la Comunidad Valenciana, art. 36.1 LOCI de Galicia, art. 5 LOAC de Aragón). Semejante declaración programática, no obstante, se plasma de una forma muy diferente en la legislación contra la competencia desleal y en la legislación sobre comercio minorista. Mientras que la Ley de Competencia Desleal extrae de la libertad de fijación de precios la consecuencia de que la venta a pérdida no constituye un acto de competencia desleal *per se* sino sólo cuando concurren especiales circunstancias (art. 17.2 LCD), la Ley de Ordenación del Comercio Minorista prohíbe con carácter general la venta a pérdida salvo en ciertos supuestos excepcionalmente determinados mediante un precepto claramente inspirado en la legislación francesa (art. 14 LOCM). En esta última línea y con anterioridad, alguna ley autonómica en materia de comercio interior ya había establecido una prohibición general de la venta a pérdida (art. 17.2 LVE de Cataluña), que sin embargo fue declarada inconstitucional por invadir la competencia legislativa exclusiva del Estado en materia de defensa de la competencia (STC 88/1986, de 1 de julio, «Ley catalana de rebajas»). Ello no obstante y puesto que a ellas no se refirió la declaración de inconstitucionalidad, en las legislaciones autonómicas quedaron tanto definiciones como criterios de determinación de la venta a pérdida (art. 17.1 LVE de Cataluña, art. 26 LCI de la Comunidad Valenciana, art. 31 LOCI de Galicia, art. 39 LOAC de Aragón) e incluso se ha introducido últimamente una expresa prohibición de la venta a pérdida (art. 32 de la LCI de la Comunidad Canaria), que si bien pueden considerarse derogadas para el comercio minorista por lo dispuesto sobre este particular en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista (*Disposición Final Única* III LOCM), en cambio, están vigentes para las actividades distintas del comercio minorista comprendidas dentro del comercio interior. De estas normas, sin embargo, debe predicarse un carácter esencialmente testimonial, pues allí donde no existe prohibición

no sirven *de facto* para determinar una conducta ilícita y la aplicación de una sanción, y donde existe prohibición y sanción no parece fácil que su aplicación pueda superar el debido control de constitucionalidad, pues no sólo nada ha cambiado en nuestro ordenamiento para entender que la jurisprudencia constitucional deba ser revisada en esta materia, sino que además la implícita declaración sobre la distribución de competencias legislativas acogida en la Disposición Final Única de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista en relación con la regulación de la venta a pérdida debe estimarse válida para cualquier sector económico, y por ello para los que pertenecen al comercio interior y no son comercio minorista.

(3) En la legislación de defensa de la competencia no se conoce una prohibición de la venta a pérdida, aunque en su caso constituirá bien un supuesto de abuso de posición de dominio, o bien de falseamiento de la competencia mediante actos de competencia desleal (arts. 6 y 7 LDC). Hasta la fecha, la praxis de los órganos de defensa de la competencia no se ha mostrado especialmente rigurosa en los casos de venta a pérdida resueltos, en los que destaca especialmente la corrección técnica y política de los análisis de mercado que se han llevado a cabo para comprobar la existencia de una venta a pérdida (determinación de los costes y examen de la estructura del mercado) así como de la valoración de los resultados obtenidos.

2 ENCUADRAMIENTO SISTEMÁTICO

a El principio de libertad de precios

(4) Como queda dicho, la legislación contra la competencia desleal y la legislación sobre comercio minorista proclaman expresamente el principio de libertad de precios: la libertad de los agentes económicos de determinar los precios de sus prestaciones (art. 17.1 LCD, art. 13.1 LOCM). La vigencia de este principio deriva directamente de la libertad de competencia que constituye el contenido esencial de la libertad de empresa constitucionalmente establecida y garantizada (*cf.* F. PALAU, *Descuentos promocionales* , pág. 89-97, con numerosas referencias). Como consecuencia de ello, toda regulación restrictiva de la libertad de fijación de los precios debe respetar ciertas exigencias formales: regulación mediante ley, y, sobre todo, materiales: respeto del contenido esencial de la libertad de empresa, amparo en principios también reconocidos constitucionalmente, aptitud para la promoción de estos otros principios y proporcionalidad. La cuestión no se ha planteado en estos términos todavía, pero no parece que deba asumirse sin reparos que la prohibición de la venta a pérdida, que formalmente es irreprochable, sea enteramente respetuosa con el contenido esencial de la libertad de empresa (coarta ciertas estrategias empresariales que están en condiciones de emprender los operadores más eficientes, en detrimento de sus intereses, de los de los consumidores y de los del mercado, pero a favor de una clase: comercio tradicional y fabricantes) y, sobre todo, que encuentre amparo en otros principios constitucionales [de hecho la tutela de los intereses de clase indicados no se funda en ninguna norma constitucional, sino que se disfraza como aseguramiento de un sistema de distribución eficiente y, por ello, se funda en la propia libertad de empresa, lo que si bien evita una hipócrita llamada a los intereses de los consumidores no deja de parecer discutible (*v.* J. MASSAGUER, «La explotación de una situación de dependencia económica como acto de competencia desleal», en *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont* , T. II, Tirant lo blanch, Valencia, 1995, pág. 2203 ss., pág. 2220-2224, o F. PALAU, *Descuentos promocionales* , pág. 101-104, ambos con numerosas referencias)] y sea proporcionada (no parece en absoluto obvio que la prohibición limitada a los casos previstos en la Ley de Competencia Desleal o a otros no sea suficiente para alcanzar los objetivos perseguidos).

(5) En cualquiera de los casos, y al menos por ahora, lo cierto es que la libertad de precios conoce dos clases de limitaciones excepcionales. De un lado, se admite de forma expresa la regulación de los precios por parte del Gobierno del Estado, que podrá fijar los precios o los márgenes de comercialización (O bien establecer sólo precios máximos) de productos de primera necesidad o materias primas estratégicas, de bienes producidos o comercializados en régimen de monopolio o mediante concesión administrativa, como medida complementaria de políticas de regulación de producciones o subvenciones u otras ayudas, en situaciones de ausencia de competencia efectiva, de existencia de obstáculos graves al funcionamiento del mercado o de desabastecimiento (art. 13.2 LOCM). En esta misma línea, se admite una regulación privada de los precios de ciertos productos, en la medida en que reglamentariamente se permite a ciertos operadores la fijación de los precios de venta al público que se han de practicar en el escalón siguiente de la distribución (como sucede en el sector del libro). De otro lado, se prohíbe la venta a pérdida, sea con carácter general (art. 14 LOCM) sea en los supuestos en que constituye un acto de competencia desleal o un ilícito *antitrust* (art. 13.1 LOCM). La vigencia del principio de libertad de precios y, en especial, su arraigo constitucional obliga a interpretar restrictivamente todas las normas que de una forma u otra entrañan su restricción. De ahí que todas las normas limitadoras de la libertad de fijación de los propios precios, y entre ellas se cuentan las relativas a la venta a pérdida, deban ser interpretadas de forma restrictiva.

b La prohibición de la venta a pérdida en la ley de competencia desleal

(6) En la inclusión de la venta a pérdida en el catálogo de actos de competencia desleal han pesado sobre todo las exigencias más inmediatas y evidentes del principio de libertad de precios. Consiguientemente la intervención del legislador en este ámbito se ha dirigido fundamentalmente a liberalizar esta práctica. En efecto, la venta a pérdida figura entre aquellos actos cuya tipificación, según se puede deducir del Preámbulo de la Ley de Competencia Desleal, obedece al propósito de evitar que los operadores menos eficientes acudan a la normativa contra la competencia desleal para hacer frente a las estrategias de los competidores que puedan incomodarles. Sumado a lo indicado más arriba, todo ello confirma un evidente y rotundo mandato de proceder de forma restrictiva en la interpretación de las circunstancias que determinan la deslealtad de la venta a pérdida, tanto hacia el exterior, de modo que no se añadan supuestos distintos de los considerados por el legislador, como hacia el interior, en la lectura de los términos legales, así como de proceder a una apreciación rigurosa de la concurrencia de las circunstancias de hecho de que depende la deslealtad en el caso considerado.

c Las relaciones entre la regulación de la venta a pérdida en la ley de ordenación del comercio minorista y en la ley de competencia desleal

(7) Como se ve, la regulación de la venta a pérdida en España ni refleja una opción política pacífica, ni puede considerarse entera y satisfactoriamente resuelta. En este sentido, bien puede parecer que la política económica estatal empeñada en la liberalización del mercado desde el comienzo de la transición haya acabado por ceder a los esfuerzos, primeramente autonómicos, por salvaguardar las llamadas formas clásicas del comercio minorista y no en último lugar de los fabricantes de productos de marca [sobre los distintos intereses implicados en la venta a pérdida, v. J. M. OTERO, *La Ley*, 1996-2, pág. 1457-1462; F. ALONSO, en F. ALONSO, J. A. LÓPEZ PELLICER, J. MASSAGUER Y A. REVERTE (coord.), *Régimen jurídico del comercio minorista*, art. 14, pág. 239-241] y, así, dar respuesta de paso a las demandas continuas de un grupo con significativo peso electoral. Pero este triunfo sólo tiene en el mejor de los casos un alcance sectorial: la prohibición de la venta a pérdida únicamente es de aplicación en la esfera del comercio minorista y siempre con respeto a lo dispuesto en la Ley de

Competencia Desleal (art. 14.1 11 LOCM). y aún dentro de este ámbito parece ser sólo un triunfo aparente. En efecto, si la prohibición de la venta a pérdida de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista es una medida estructural (reduce las posibilidades de una competencia de precios cualesquiera que fueren los efectos negativos que, en el caso, pudiera deparar la venta a pérdida, con lo que beneficia inmediatamente a los operadores menos eficientes) no puede dejar de advertirse que, como tal, es una medida que se queda a medio camino: no es adecuada para impedir todas las reducciones de precios predatorias (conducentes a la expulsión de competidores) sino tan sólo las más agresivas, en la medida en que, como se ha de ver más adelante, entre los criterios de determinación de la venta a pérdida no figuran ni los gastos de distribución y promoción ni el porcentaje de beneficio que podrían haberse incluido entre los costes relevantes para establecer la confrontación con el precio de venta.

(8) La vigencia meramente sectorial de la prohibición de la venta a pérdida de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista (afortunadamente ésta se recoge en una norma amparada en una competencia exclusiva del Estado y, por ello, es de aplicación uniforme en todo el territorio: *cf.* Disposición Final Única LOCM), así como el expreso reconocimiento del respeto a lo dispuesto en la Ley de Competencia Desleal (art. 14.1 11 LOCM) y el carácter general de esta última no dejan dudas acerca de que la Ley de Ordenación del Comercio Minorista no ha derogado la 'ordenación de la venta a pérdida contenida en la Ley de Competencia Desleal. De otro lado, el proclamado respeto a lo dispuesto en la Ley de Competencia Desleal apunta hacia una relación de complementariedad, y no hacia su desplazamiento por la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, en relación con el enjuiciamiento de las ventas a pérdida comprendidas en el ámbito del comercio minorista. De tal modo, la conformidad con lo dispuesto en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista acerca de la venta a pérdida no garantiza la licitud de la venta en cuestión, pues todavía podría constituir una venta a pérdida desleal según la Ley de Competencia Desleal: no parece admisible que una venta a pérdida de productos perecederos (exceptuada de la prohibición del artículo 14 de la Ley de Ordenamiento del Comercio Minorista) pueda ser empleada como oferta señuelo (en perjuicio de los consumidores), ni que una venta a pérdida efectuada para alcanzar los precios de un competidor con capacidad para afectar significativamente a las ventas de quien las realiza (igualmente exceptuada de la prohibición general) pueda servir como oferta señuelo (en perjuicio de los consumidores) o pueda desacreditar la imagen del producto vendido a pérdida (en perjuicio de su fabricante), como no parece admisible tampoco que, sobre la base de la estrecha concepción de la venta a pérdida que procura su definición a partir del precio de adquisición, puedan legitimarse estrategias predatorias (en perjuicio del mercado y de los consumidores). En suma, las ventas a pérdida comprendidas en el ámbito del comercio minorista que sean contrarias a la prohibición general son ilícitas *per se* (y en este sentido constituyen un ilícito administrativo sancionable de conformidad con lo previsto en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, así como un acto de competencia desleal por violación de normas reguladoras de actividad concurrencial [v. **Art. 15** (39)]), mientras que las exceptuadas y aquellas otras que no sean ventas a pérdidas según la Ley de Ordenación del Comercio Minorista aún han de ajustarse a las exigencias de la Ley de Competencia Desleal.

(9) Siendo ésta la relación que media entre la ordenación de la venta a pérdida en una y otra ley y, sobre todo, siendo bien distintos los intereses tutelados por una y otra (protección de los intereses de clase: comercio tradicional y fabricantes en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, frente a la protección institucional del mercado en atención a los intereses típicos en un sistema de competencia de los sujetos que intervienen y se relacionan en el mercado en la Ley de Competencia Desleal) y su respectivo ámbito material de aplicación, así como atendiendo a la vigencia del principio de libertad de precios, debe descartarse, a nuestro modo de ver, el préstamo de

elementos o proposiciones normativas desde la Ley de Ordenación del Comercio Minorista a la Ley de Competencia Desleal con el objetivo de integrar aquello que en ésta no ha sido regulado. Ello, sin embargo, no debe impedir que se recurra, como a nuestro juicio resulta conveniente y acertado, al texto del artículo 14 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista en busca de argumentos y criterios de interpretación que, de conformidad con exigencias sistemáticas, contribuyan en particular a clarificar el sentido y alcance de los términos técnicos empleados en el artículo 17 de la Ley de Competencia Desleal.

3 LA ACCIÓN RELEVANTE

a Venta

(10) La acción relevante se define como «venta». Probablemente la noción de venta sea el único extremo del artículo 17 de la Ley de Competencia Desleal que, además del principio de libre fijación de precios, deba merecer una interpretación amplia. En sentido estricto, en efecto, limitaría el ámbito de aplicación únicamente a aquellos sectores en que los operadores comercializan sus prestaciones mediante contratos de compraventa. Sin embargo, la posibilidad de llevar a cabo comercializaciones no remuneratorias no es exclusiva de estos sectores; de otro lado, se puede convenir sin dificultad en que las circunstancias determinantes de la deslealtad de esta práctica pueden concurrir también en estos otros sectores y en que, considerados los objetivos de la represión de la venta a pérdida desleal y los propósitos de la represión de la competencia desleal en general, no existe motivo para excluir de la deslealtad en estos casos al sector servicios en su conjunto [al que de hecho se refiere explícitamente el artículo 17.2. a) de la Ley de Competencia Desleal], o a la construcción de obra pública, al alquiler de cosas.

b Venta a pérdida

(11) No se ha determinado sin embargo en qué supuestos una «venta» es una «venta a pérdida». Con todo, no faltan en el texto de la norma vagas indicaciones al respecto; el precepto lleva por rúbrica «venta a pérdida», y a ella se refiere ulteriormente en su apartado segundo como «venta realizada bajo coste, o bajo precio de adquisición». La venta a pérdida resulta, pues, de la confrontación entre el precio de venta al público de la prestación, de un lado, y el precio de adquisición o costes que dicha prestación tiene para el oferente.

i Supuestos en los que es relevante el precio de adquisición y supuestos en que son relevantes los costes.

(12) Es evidente que «coste» y «precio de adquisición» no son en este contexto parámetros equivalentes. Como tampoco son parámetros alternativos, a tenor de los cuales debieran enjuiciarse las ventas a pérdida con carácter general y en todos los supuestos de hecho, de modo que una venta pudiera considerarse venta a pérdida cuando se realice bajo precio de coste, y en el caso de que no fuera así, cuando se realiza bajo precio de adquisición. De común se ha indicado que costes y precio de adquisición son parámetros que se refieren a supuestos de hecho distintos, a los que cada uno de ellos resultaría de aplicación con exclusión del otro; en particular, se ha explicado que el coste debería usarse para determinar si las ventas realizadas por un fabricante o prestador de servicios son ventas a pérdida, mientras que el precio de adquisición debería aplicarse a las ventas realizadas por un revendedor [v. R. ALONSO, en A. BERCOVITZ (coord.), *La regulación contra la competencia desleal*, pág. 81]. Con toda probabilidad, esta lectura se halla fuertemente condicionada por los términos en que se ha planteado el debate en el sector del comercio minorista, y no deja de ser significativo en este sentido que esta distinción haya sido acogida de forma expresa por

los comentaristas del artículo 14 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, como antes lo fue en las definiciones de venta a pérdida contenidas en algunas disposiciones autonómicas (*cf.* art. 17.1 LVE de Cataluña, art. 26 LCI de la Comunidad Valenciana, art. 31 LOCI de Galicia, art. 39 LOAC de Aragón y art. 32 LCI de la Comunidad Canaria).

(13) Siendo cierto que coste y precio de adquisición se refieren a supuestos de hecho diversos, a nuestro modo de ver, sin embargo, nada en el tenor del artículo 17.2 de la Ley de Competencia Desleal autoriza a relacionar exclusivamente costes con fabricante o prestador de servicios y precio de adquisición con distribuidor: ni los costes se califican como costes de producción o de otra forma que pueda dar a entender que este parámetro sólo resulta de aplicación a los fabricantes o a los prestadores de servicios, ni la referencia a costes y precio de adquisición está formulada en términos que deban llevar a esta sola diferenciación, hecha en clave exclusivamente subjetiva. Además de las diferencias en la estructura de costes que refleja la atención a precio de adquisición y a costes de producción, deben considerarse igualmente los casos a que se reduce la deslealtad de la venta a pérdida, y en este sentido nos parece obligado poner en relación también aquellos parámetros con las circunstancias determinantes de la deslealtad (sin dejar de atender, conviene insistir, a la condición de fabricante o revendedor del operador cuya conducta se enjuicia). Desde esta perspectiva, no resulta dudoso que el parámetro de los costes (referido al conjunto de la actividad, *v.* en este sentido SAP *Baleares* 19-II-1998 «perfumes») sea el único que puede resultar de utilidad para apreciar si una venta a pérdida tiene por finalidad eliminar a un competidor o grupo de competidores del mercado (si tiene carácter predatorio) o tiene por efecto ocasionar el descrédito de un establecimiento ajeno, mientras que el precio de adquisición o en su caso el coste de producción son los parámetros apropiados para valorar si una venta a pérdida es susceptible de inducir a error a los consumidores acerca del nivel de precios de los demás productos o servicios del establecimiento (si constituye una oferta señuelo) o tiene por efecto ocasionar el descrédito de la imagen de un producto ajeno (con independencia en ambos supuestos de que la práctica enjuiciada sea realizada por un fabricante, prestador de servicios o distribuidor). Y en este sentido parecen orientarse, en efecto, los pronunciamientos de los tribunales, que en los casos en que la venta a pérdida se ha enjuiciado como práctica predatoria se han valido de los costes para su determinación (*v.* SAP *Cádiz* 12-VI-1992 «Publicitarios de Andalucía S. A. c. Escaparate, S. L.»), mientras que donde se enjuició como oferta señuelo se ha usado el precio de adquisición como criterio de referencia (*v.* SSAP *Cantabria* 12-V-1993 «no lo encontrarán más barato en Cantabria», *Barcelona* 14-I-1998 «venta a pérdida de juguetes»).

(14) Los precios de adquisición y costes directos de producción sólo pueden ser relevantes en los casos en que las circunstancias determinantes de la deslealtad de la conducta puedan ser apreciadas en relación con la comercialización de un particular producto o servicio (como ocurre en el caso de la oferta señuelo y del descrédito de un producto ajeno), pero no allí donde es preciso tomar en consideración el conjunto de la oferta (como sucede en el caso de la expulsión de un competidor del mercado y el descrédito de un establecimiento ajeno). De otro modo, en contra de cualquier clase de racionalidad económica y ahora hecha abstracción de las posibilidades de que puedan concurrir las circunstancias determinantes de la deslealtad en los dos últimos supuestos referidos, se prohibiría toda política de precios que combinara márgenes remuneratorios en unos productos o servicios y márgenes negativos (sobre el precio de adquisición o coste de producción directa) en otros y de la que en última instancia resulte un balance positivo, esto es, una compensación de los rendimientos negativos (en los productos o servicios en los que el oferente está sometido a una mayor presión competitiva) con los rendimientos positivos totales (en los productos o servicios en los que no existe tal presión). Por el contrario, el engaño sobre el que se sustenta la deslealtad de la oferta señuelo o el descrédito de un producto ajeno son efectos independientes del carácter

remuneratorio o no del conjunto de la oferta; sólo dependen del nivel del precio del producto o servicio que se considere en cada caso y, de otro lado, no deben depender de la consideración del conjunto de costes del oferente en relación con dicho producto o servicio, pues ello compromete la estrategia de diseñar unos precios remuneratorios (por encima de costes) para unos productos o servicios y otros no remuneratorios (por debajo de costes) para otros productos o servicios, como por lo demás y desde un punto de vista formal parece confirmar la mención legal del precio de adquisición (que no es sino uno de los costes) como parámetro autónomo de determinación de la venta a pérdida. No puede desconocerse que justamente esto es lo que ha prohibido el artículo 14 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista en el sector de la economía a que resulta de aplicación.

ii Precio de adquisición.

(15) Como queda indicado, el precio de adquisición es el parámetro relevante para la determinación de la existencia de un supuesto de venta a pérdida en los casos de ofertas señuelo y descrédito de un producto ajeno. La Ley de Competencia Desleal carece de una definición de precio de adquisición, que por el contrario se establece en el artículo 14.1 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista. No debe haber inconveniente para trasladar las pautas a que responda esta definición (así, SAP *Barcelona* 14-I-1998 «venta a pérdida de juguetes»), pero no debe hacerse lo propio con el sentido de la proposición normativa en que se encierran: esto es, en el ámbito de la legislación de competencia desleal no rige la presunción construida en torno al precio según factura y descuentos que en la misma se hayan incluido (acerca de este extremo: el artículo 14 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista sólo establece en este pasaje una presunción destinada a facilitar la aplicación de la prohibición, v. F. PALAU, *Descuentos promocionales*, rpág. 139-141), sin perjuicio de que en el caso pueda ser correspondientemente valorada como indicio.

(16) A los efectos del artículo 17.2 de la Ley de Competencia Desleal, en efecto, el precio de adquisición es el efectivamente satisfecho por el oferente a su proveedor. Por tanto, es obligado tener en cuenta toda clase de descuentos, subvenciones y bonificaciones sobre el precio que se hubiere estipulado inicialmente. Y ello tanto si figuran en factura como si no, tanto si se hacen efectivos en el momento de la adquisición, como si en un momento posterior, en atención a condiciones tales como el volumen de compras del producto o servicio en cuestión (descuentos por volumen a lo largo de un determinado período de tiempo) o de una gama de productos o servicios entre los que se cuenta el producto o servicio en cuestión (descuentos por fidelidad), como el volumen de ventas alcanzados (bonificaciones por ventas), o como el lanzamiento del producto (primas de lanzamiento). Los únicos requisitos que, desde nuestro punto de vista, pueden exigirse para practicar la deducción correspondiente son los tres siguientes: en primer lugar, que el oferente pudiera razonablemente contar con el descuento, subvención o bonificación y conocer su cuantía al tiempo de decidir el precio de venta; en segundo lugar, que la cuantía correspondiente al descuento, subvención o bonificación considerada se aplique de forma correcta, y en particular que en el caso de que se refiera conjuntamente al precio satisfecho por la adquisición de una pluralidad de productos o servicios se aplique según los criterios determinados por el proveedor y, en defecto de dicha predeterminación, de conformidad con criterios de imputación objetiva y aplicados regularmente por el oferente en su contabilidad o, sólo en última instancia, de forma proporcional, y, en tercer y último lugar, que estos conceptos no sirvan al proveedor para compensar servicios que le presta el oferente (que en su caso deben ser tenidos en cuenta para el cálculo de los costes).

(17) En la determinación del precio de adquisición es necesario introducir asimismo un factor dinámico, esto es, dar cabida a una corrección que integre las variaciones que

pueda experimentar el precio de adquisición a lo largo de un cierto período de tiempo. De la licitud de este proceder da buena cuenta, en efecto, el reconocimiento del precio de reposición como alternativa al precio de adquisición en el artículo 14 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista. De ello se sigue la improcedencia de confrontar directa e inmediatamente el precio de venta de un producto o servicio con el precio de adquisición de esa misma unidad de producto o servicio, y en sentido positivo la necesidad de confrontarlo con el precio de adquisición medio satisfecho durante el período que en cada caso deba considerarse. A nuestro modo de ver, dicho período debe comprender todo el tiempo en que, atendidas las circunstancias concurrentes, pueda pronosticarse una caída de precio o simplemente un precio medio inferior y su cuantía de forma razonable y justificada. Es en este contexto, y del modo en que se ha apuntado, en el que encuentra acomodo la debida consideración de los precios de reposición.

(18) No existe razón para incrementar el precio de adquisición con el importe de los impuestos indirectos. A falta de una norma que lo prevea de modo expreso, como hace el artículo 14.2 *in fine* de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, debe asumirse que estos impuestos constituyen un concepto distinto del de precio de adquisición en la estructura de costes (variables) del oferente, y siendo esto así y a la vista de la necesaria interpretación restrictiva que debe efectuarse en este ámbito, no procede tenerlos en cuenta en la determinación del precio de adquisición.

iii Costes.

(19) De la forma en que se ha avanzado anteriormente, la venta por debajo de costes comprende dos hipótesis distintas, según sea uno u otro el supuesto de hecho, y en particular según la eventual deslealtad de la práctica considerada se deba al engaño sobre el nivel de precios de otros productos o servicios del establecimiento, o bien a su finalidad predatoria o a la producción del descrédito de un establecimiento ajeno. En el primer supuesto, los costes relevantes son los costes efectivos de producción, y en los segundos los costes variables medios, o incluso los costes totales medios en algunos casos de venta a pérdida predatoria. Por la naturaleza de las cosas, en cambio, puede descartarse que haya una hipótesis de venta a pérdida en la que la deslealtad se debiera al descrédito de productos ajenos y en la que el conjunto de los costes propios del oferente fueran de interés, pues en este caso se trata de los efectos que el precio practicado en relación con un particular producto ajeno tiene sobre su imagen [**(13)** y **(14)**].

(20) El coste efectivo de producción (*cfr.* art. 14.2 LOCM) es el parámetro equivalente al precio de adquisición, al que se debe acudir para la determinación de la existencia de una venta a pérdida en aquellas hipótesis en que el oferente produzca la prestación de que se trate, fabrique el producto o genere el servicio en cuestión. En consecuencia, las partidas que integran el coste efectivo de producción son sólo aquellas que conducen a un concepto funcionalmente equivalente al de precio de adquisición (que únicamente es uno, pero no el único, de los diversos conceptos que integran los costes variables); de otro modo se trataría desigualmente a intermediarios y productores, que bien pueden ser competidores directos, sin que exista razón objetiva para ello. Deben excluirse de este cálculo, por lo tanto, todos los costes relacionados con el almacenamiento, la promoción y la comercialización de los productos o servicios. Los criterios manejados para determinar el coste de producción son de naturaleza estrictamente económica, y no pueden ser alterados por consideraciones meramente contables (*v.* SAP *Alicante* 25-IX-1998 «autoescuelas»).

(21) En el caso de que la deslealtad de la venta a pérdida se deba a su finalidad predatoria o al descrédito de un establecimiento ajeno, y como se ha apuntado, son

diversos los conceptos de coste que habitualmente se manejan (en realidad, que se manejan en el análisis de las prácticas predatorias): costes variables, costes totales medios, e incluso costes marginales. Los costes variables medios son el resultado de dividir la suma de todos los costes que varían en función del volumen de producción o ventas por el número de unidades producidas o vendidas. Los costes totales medios, por su parte, son el resultado de dividir el coste total (suma de costes fijos y variables) entre el número de unidades producidas o vendidas. Por último, el coste marginal es el coste de la última unidad producida o vendida.

(22) Sin duda y siempre que se obvian los supuestos de exceso de capacidad productiva en los que el coste marginal es inferior al coste variable medio, el umbral de la venta no remuneratoria se cruza, en principio y a salvo de la posibilidad de alcanzar economías de escala que puedan anticiparse razonablemente, desde el momento en que el precio de venta esté por debajo del coste marginal. En estas condiciones, las ventas no reportan ingresos que permitan cubrir los restantes costes y obtener un beneficio, de un lado, y, de otro, se están desperdiciando recursos empresariales. Entre los autores, sin embargo, dada la dificultad de determinar en la práctica el coste marginal, se postula la sustitución del coste marginal por el coste variable medio como parámetro de referencia (en esta línea, M. TRONCOSO, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, pág. 4984 ss., F. HERNÁNDEZ, *Precios predatorios y Derecho antitrust*, pág. 99 ss., o A. FERNÁNDEZ DE ARAOZ, *La Ley*, 1992-1, pág. 1094 ss.).

(23) Los tribunales, por su parte, han manejado en este ámbito el coste variable medio (aunque no puede olvidarse la confusión de que adolece este fallo en uno de sus últimos considerandos, donde se mezclan indiferenciadamente costes variables y costes totales a través de una desafortunada referencia a la jurisprudencia comunitaria, parece que la *ratio decidendi* se funda en el empleo de los costes variables en SAP Cádiz 12-VI-1992 «Publicitarios de Andalucía, S. A. c. Escaparate, S. L.», opción que ha encontrado el respaldo de los primeros comentaristas: J. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *RGD*, 1993, pág. 10343); pero también han manejado los costes directos, en esencia asimilables a los costes totales (v. SAP Alicante 25-IX-1998, «autoescuelas»). Se trata en ambos casos de parámetros procedentes del control antitrust de las prácticas predatorias de las empresas con posición de dominio, sea del desarrollado por la jurisprudencia comunitaria, que se ha valido a estos efectos de los costes variables y de los costes totales medios (STJCE 3-VII-1991, asunto 62/86 «Akzo Chemie c. Comisión») o por el Tribunal de Defensa de la Competencia, que en este contexto ha tomado en consideración los costes de explotación, de elaboración o de producción, asimilables al coste total medio (v. RRTDC 5-II-1981, expediente 163/80, «Cruceros Ría de Vigo, S. L. c. Vapores de Pasajes, S. A.», 17-VII-1989, expediente 245/89, «Asociación Española de Torrefactos de Café c. Nestlé, S. A., Marcilla, S. A. y Saimaza, S. A.», y 7-I-1992, expediente 291/90, «Indas, S. A. c. Arбора Corporación, S. A.»), aunque no ha entrado en un análisis de costes cuando el precio de las prestaciones es muy inferior al exigido habitualmente (v. RRTDC 17-IX-1990, expediente 275/90, «Asociación Patronal de Detallistas de Leche de Madrid y su Provincia c. Establecimientos Alfaro, S. A.», y 7-I-1992, expediente 291/90, «Indas, S. A. c. Arбора Corporación, S. A.»).

(24) Desde nuestro punto de vista, no es dudoso, en primer lugar, que los costes totales medios marcan el límite por encima del cual debe descartarse en todo caso la existencia de una venta a pérdida. En segundo lugar, y como regla general, puede asumirse que el umbral de remuneratividad se traspasa en el caso de que se superen los costes variables medios (incluidas en su cálculo las economías de escala que puedan razonablemente esperarse): sólo en estas condiciones existe en efecto la posibilidad de que los ingresos acaben por enjugar los costes fijos y, en última instancia, por reportar un beneficio (todo depende del número de unidades del producto o del servicio que se vendan o se presten). En consecuencia, y desde la perspectiva opuesta, la venta a

precio inferior al coste variable medio es en todos los supuestos una venta a pérdida (lo que no significa que, además, sea desleal: para ello deben concurrir otras circunstancias). En el caso de que la venta a pérdida se analice como posible práctica predatoria, sin embargo, es conveniente matizar todavía más. En estos casos, en particular, debe igualmente analizarse la posibilidad de que el precio que se sitúa por encima de los costes variables medios y por debajo de los costes totales medios sea insuficiente para asegurar la rentabilidad a largo plazo (circunstancia que, a nuestro modo de ver, es irrelevante para enjuiciar el eventual descrédito de una marca o de un establecimiento). En este sentido, es preciso considerar el tamaño del mercado, la elasticidad de la demanda (y en particular la posibilidad de atraer nuevos clientes desde mercados o sectores aledaños o de incrementar el tamaño del mercado con una política de precios bajos). En particular, debe considerarse que los costes relevantes son los totales medios y no los variables medios, en aquellos casos en los que, atendido el tamaño del mercado, en el sentido que se acaba de indicar, la diferencia entre costes variables medios y precio de venta no haya de permitir superar a largo plazo los costes totales medios, siendo para ello preciso incrementar el precio de venta por encima de dichos costes totales. Nuevamente, en este caso también, los costes totales medios indican que se está ante una venta a pérdida, y no por ello mismo ante una práctica desleal.

(25) Debe advertirse, por otro lado, que la importación de los criterios manejados en materia de defensa de la competencia al ámbito de la represión de la competencia desleal, y en particular cuando se trate de valorar si la venta a pérdida tiene finalidad predatoria, iguala el punto de partida del control para los operadores en posición de dominio y para aquellos otros que no lo están. De este modo, sin embargo, no se extiende a estos últimos el tratamiento de la venta a pérdida elaborado para aquéllos en el ámbito de la defensa de la competencia: la venta por debajo de los costes totales medios, en efecto, sólo configura el supuesto de hecho venta a pérdida (que es en principio lícita para todos los operadores, incluidos los que se encuentran en una posición dominante y su conducta es objeto de escrutinio a la luz de la prohibición del abuso de una posición dominante), y no constituye *per se* la circunstancia determinante de que dicha práctica tenga por finalidad la expulsión de un competidor o grupo de competidores del mercado, y de que por ello sea desleal. Esto último depende, como se tendrá ocasión de explicar más adelante [v. **(50)** a **(55)**], de la conjunción de una pluralidad de factores, entre los cuales, se puede adelantar, figura asimismo la fuerza de mercado y a los cuales necesariamente habrán de añadirse otros para poder apreciar que, efectivamente, la venta a pérdida que pone en práctica un operador que no ostenta una posición de dominio tiene tintes predatorios. En este contexto, esto es, situado ya el precio de venta por debajo de los costes totales, los costes variables medios sólo indican un nivel extraordinario de pérdidas; en este sentido, se ha empleado básicamente como elemento que determina *per se* el carácter abusivo de la conducta enjuiciada cuando ha sido puesta en práctica por empresas que ostentan una posición dominante especialmente cualificada, y ésta parece que debe ser asimismo la relevancia que cabe asignar a los costes variables medios en la represión de la competencia desleal.

(26) Finalmente, no puede reprocharse a un tercero el descrédito de la imagen del propio establecimiento en el mercado como consecuencia del nivel de los precios siempre que dicho nivel sea remuneratorio, y lo es cuando el precio de venta está por encima de los costes variables medios. Como antes se indicó, y prescindiendo ahora de la consideración de la eventual obtención de economías de escala, la cobertura de los restantes costes y el logro de un beneficio depende entonces sólo del número de unidades del producto o servicio colocadas en el mercado, que es precisamente lo que se trata de promover con el nivel de precios escogido, o si se prefiere: que es precisamente el riesgo empresarial.

iv Precio de venta.

(27) El parámetro con el que se deben confrontar el precio de adquisición o, en su caso, los costes efectivos de producción o los costes variables medios es el precio de venta al público del producto o servicio en cuestión. Como en el caso del precio de adquisición, el precio de venta considerado ha de ser el efectivamente practicado, y no necesariamente el que figure en tarifas, listas de precio o publicidad: del que allí se consigne habrán de deducirse los mismos descuentos, subvenciones y bonificaciones que antes se indicó debían deducirse del precio de factura para determinar el precio de adquisición [v. (16)], incluso cuando se practiquen únicamente en determinadas ocasiones y circunstancias a ciertos clientes (v. SAP *Baleares* 19-II-1998 «perfumes»). En lo demás, la determinación del precio de venta está decisivamente influida por otros dos elementos: tiempo y clientes, a su vez estrechamente relacionados, desde la perspectiva de los hechos, con la circunstancia determinante de la deslealtad que se considere en cada caso.

(28) Algunos de los supuestos de deslealtad giran en torno a efectos que, por regla general, no son instantáneos sino que surgen a lo largo de un tiempo, esto es, que no son consecuencia de una única venta a pérdida sino de una serie continuada de ventas a pérdida (y, en su caso, de la presencia de otros factores). Si deben considerarse instantáneos los efectos de una venta a pérdida en el marco de una oferta señuelo, en cambio tanto el descrédito como la exclusión del mercado no son normalmente efectos que puedan seguirse de una única venta a pérdida. Ello exige que en el primer caso se deba considerar el precio de venta al público difundido a través de la publicidad que sustenta esta práctica (así como, donde proceda, los descuentos que sobre dicho precio todavía puedan practicarse). En los otros dos supuestos, por contra, se deben examinar los diversos precios que se hayan practicado o se deban practicar en las ventas producidas o previsibles a lo largo de un cierto período de tiempo y, en consecuencia, emplear como precio de venta el precio medio practicado en dicho período. La duración al efecto considerada habrá de ser, a nuestro juicio, aquella que, en atención a las circunstancias concurrentes y de forma razonable, pueda ser indicativa de que la práctica de ese nivel de precios, o en su caso la continuación de la práctica de ese nivel de precios, ha dado lugar, o en su caso puede dar lugar, al efecto en que se basa el reproche de deslealtad, esto es, al descrédito o a la predación.

(29) En todos los casos, aunque con toda probabilidad esencialmente (29) en los supuestos en que la deslealtad es efecto que se sigue de una pluralidad de ventas y en especial en el supuesto en que se basa en la eliminación de competidores del mercado, habrá que tener en consideración asimismo la eventualidad de una pluralidad de clientes a los que se practican precios diversos. El precio de venta al público que debe manejarse en estos casos es el precio medio de venta a los distintos clientes (en su caso, a lo largo de cierto período de tiempo).

4 LAS CIRCUNSTANCIAS DETERMINANTES DE LA DESLEALTAD

(30) La venta 'a pérdida es en principio lícita (SAP *Barcelona* 24-XII-1998 «venta a pérdida en centro comercial»). Sólo excepcionalmente puede considerarse un acto de competencia desleal; en particular, si en el caso considerado concurre alguna de las circunstancias expresa y exhaustivamente establecidas, esto es, si induce a error a los consumidores sobre el nivel de precios de las restantes prestaciones ofrecidas en el establecimiento, desprestigia los productos vendidos a pérdidas o la imagen de otros establecimientos o tiene una finalidad predatoria (art. 17.2 LCD). Por exigencias del principio de libertad de precios, y del modo antes apuntado, el reproche de deslealtad de la venta a pérdida debe fundarse en una apreciación rigurosa y restrictiva de estas circunstancias.

(31) En este sentido, no parece lícito añadir nuevas circunstancias determinantes de la deslealtad de la venta a pérdida, y en particular incorporar las circunstancias determinantes de la deslealtad de la venta con prima sobre la base de que la «pérdida» que refleja el nivel de precios practicado en los descuentos no deja de ser una ventaja que debe entenderse comprendida entre las «ventajas de cualquier clase» cuyo ofrecimiento integra el supuesto de hecho del artículo 8.2 de la Ley de Competencia Desleal (como pretenden M. 1. FELIU, «Venta con primas o regalos», *CJ*, núm. 2, 1992, pág. 72 ss., pág. 74, C. MOLINA BLÁZQUEZ, *Protección jurídica de la lealtad en la competencia*, Madrid, Montecorvo, 1993, pág. 278 ss.). Ciertamente, las ventas con prima y los descuentos son técnicas de promoción de ventas, y ciertamente también este dato ha motivado su regulación dentro de un mismo Título en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista (puesto que algunas modalidades de descuentos podrían quedar encuadradas entre las «ventas de promoción»). Pero no es menos cierto que la venta con prima ha quedado legalmente caracterizada a partir de la diferente sustancia entre prestación promocionada y ventaja adicional [v. **Art. 8 (24)**]. Y concentra su deslealtad en la perturbación en el proceso de formación de preferencias y adopción de decisiones por los consumidores resultante de la vinculación entre prestaciones, y no del nivel de los precios [destaca igualmente la diferente naturaleza de los problemas presentados por la venta a pérdida y la venta con prima, M. VÉRGEZ, en A. BERCOVITZ (coord.), *La regulación contra la Competencia Desleal en la Ley de 10 de enero de 1991*, Madrid, BOE-Cámara de Comercio e Industria de Madrid, 1992, pág. 63]. A ello habrá de añadirse que, de seguirse esta lectura y como consecuencia de la presunción del 15 por 100, el enjuiciamiento de la venta a pérdida según el artículo 8.2 de la Ley de Competencia Desleal todavía depararía una inaceptable restricción a la libertad de precios, haciendo de aquella proporción (sobre un precio que difícilmente podría ser identificado con un mínimo de seguridad) un límite máximo a las posibilidades de reducir precios del todo incompatible con el principio de libertad de fijación de precios. Debe excluirse, por tanto, la posibilidad de enjuiciar la venta a pérdida como venta con prima por el solo hecho de que el precio reducido sea una ventaja para los destinatarios de la oferta (v. *SAP Cantabria 12-V-1993* «no lo encontrarán más barato en Cantabria»).

a Inducción a error acerca del nivel de precios de otros productos o servicios del establecimiento

(32) La venta a pérdida es desleal, primeramente, si induce a los consumidores a error en relación con el nivel de los precios de los demás productos o servicios ofrecidos en el establecimiento, esto es, si la venta a pérdida opera como oferta-señuelo o de atracción, en suma como oferta engañosa. Como ya se ha tenido ocasión de exponer [v. **Art. 7 (55)** a **(57)**], con la expresión oferta-señuelo u oferta de atracción se designa a las ofertas, en este caso a las reducciones de precios por debajo del coste efectivo de fabricación (si el oferente produce el producto o servicio en cuestión) o, en su caso, del precio de adquisición (si el oferente revende el producto o servicio en cuestión [v. (20)], que se presentan como medio para promover la contratación de una particular prestación pero en realidad fomentan de modo inmediato la contratación de otras prestaciones del mismo establecimiento, ofrecidas en condiciones inopinadamente peores que la prestación promocionada.

(33) El enjuiciamiento de este grupo de casos ha de partir de dos premisas enunciadas con carácter general y que, pese a su obviedad, no parecen estar del todo claras cuando se afronta un caso concreto: la inducción a error no puede deducirse del hecho de que el precio de venta sea inferior al coste efectivo de producción (en este sentido, *SAP Cádiz 12-V-1992* «Publicitarios de Andalucía, S. A. c. Escaparate, S. L.») o al precio de adquisición (en este sentido, *SSAP Cantabria 12-V-1993* «no lo encontrarán más barato en Cantabria», *Barcelona 14-I-1998* «venta a pérdida de juguetes», *Palma*

de Mallorca 19-II-1998 «perfumes» Barcelona 24-XII-1998 «venta a pérdida en centro comercial»), como tampoco de que la diferencia porcentual entre el precio de venta y el precio de adquisición o coste de la prestación sea superior a un 15 por 100 (en relación con esto último y de forma acertada, SAP Cantabria 12-V-1993 «no lo encontrarán más barato en Cantabria»). Dicho en otros términos, no existe ninguna razón para presumir que la venta a pérdida constituye *per se* una oferta-señuelo desleal.

(34) En este grupo de casos, la deslealtad de la venta a pérdida se funda en la conjugación de elementos de inducción a error en sentido estricto y de obstaculización de una adecuada valoración de la oferta, siendo esta segunda consecuencia directa de la imagen falsa que se ofrece del nivel de precios de los restantes productos o servicios del mismo establecimiento. Por la propia naturaleza de las cosas, el precio ofrecido lleva a los consumidores a visitar el establecimiento del oferente, con lo que les brinda ocasión de dirigir su atención hacia los demás productos y servicios allí comercializados. Esta práctica promocional está totalmente fundada desde el punto de vista económico y es, en principio, lícita; así se ha reconocido, de hecho, en una pieza legislativa tan poco favorable a las políticas y estrategias agresivas en materia de precios como es la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, que bajo el término ventas u ofertas de promoción comprende aquellas que se realicen por precio inferior o en condiciones más favorables de las habituales, con el fin de potenciar la venta de ciertos productos o el desarrollo de uno o varios comercios o establecimientos y a las que, en aquellas de sus modalidades consistentes en reducciones de precios, únicamente se somete al requisito adicional, respecto de los exigidos con carácter general a todo descuento, de que los productos en promoción no estén deteriorados ni sean de peor calidad que los que serán objeto de una oferta ordinaria (art. 27 LOCM). De ahí que, en estos casos, la prueba no deba centrarse únicamente sobre el precio del producto o servicio empleado como reclamo, sino que deba comprender igualmente el nivel de precios de los demás productos o servicios del establecimiento (SAP Barcelona 24-XII-1998 «venta a pérdida en centro comercial») y las expectativas de los consumidores respecto de dicho nivel de precios. Sólo si se defraudan dichas expectativas, se produce la desviación desleal de la demanda de los consumidores. Para que la desviación de la atención desde la prestación ofrecida con descuento hacia otras haga que esta práctica sea desleal deben concurrir dos condiciones: aptitud para captar la atención del consumidor sobre el conjunto de la oferta de quien organiza la venta a pérdida y para transmitir la imagen de que los precios del conjunto de la oferta se sitúan en el mismo nivel que los de los productos o servicios vendidos a pérdida. Sólo en estos casos se revela la venta a pérdida como oferta-señuelo que, por su conveniencia, induce a visitar el establecimiento del oferente y, por las circunstancias que la rodean, ocasiona la contratación de otros productos o servicios en los que, de forma contraria a las expectativas de los consumidores, se practica un nivel de precios superior al practicado para los productos en que se centra la oferta.

(35) La primera de estas circunstancias es la vocación y la eficacia de la venta a pérdida (y de la oferta correspondiente) para atraer el interés del consumidor no tanto sobre el producto o servicio de este modo promocionados, cuanto sobre el conjunto de los productos o servicios que pueden adquirirse o contratarse en el establecimiento, y sobre los que se crea la imagen de que son vendidos a un precio inferior al de mercado (*v.* SAP Baleares 19-II-1998 «perfumes»). Para pronunciarse sobre la concurrencia de esta condición, se hace necesario examinar, de un lado, la aptitud del producto o servicio ofrecido a pérdida y de las circunstancias en que se realiza la oferta para atraer la atención del consumidor y, de otro, la desproporción entre los ingresos que reportan los productos o servicios principales comercializados y los costes en que se incurre para organizar la campaña promocional. Con todo, conviene extremar la prudencia en el empleo de este último criterio. En efecto, aquella desproporción sólo permite deducir la intención del competidor de comercializar otros productos o servicios que igualmente

pueden adquirirse o contratarse en el establecimiento, y ésta es una finalidad lícita, que no sanciona nuestro Derecho contra la competencia desleal. De ahí que se trate de un factor secundario, cuya valoración debe establecerse al lado de datos que demuestren el propósito del oferente de comercializar principalmente otros productos o servicios del establecimiento. De otro lado, la desproporción entre costes e ingresos sólo podrá comprobarse una vez transcurrido el tiempo durante el cual se ha llevado a cabo la venta promocional, y siempre teniendo en cuenta que nada exige que durante la realización de una oferta consistente en una reducción de precios se deban obtener ganancias. Será posteriormente cuando se podrá constatar si los costes en que se ha incurrido durante la campaña promocional se recuperan con el consiguiente aumento de las ventas del producto promocionado o mediante la venta de otros productos del mismo establecimiento. No obstante, en los pocos casos en los que este criterio pueda ser de utilidad, se podrán comparar los costes de esta operación promocional con los gastos de promoción en que incurren otros competidores, o con los habituales del mismo comerciante.

(36) La segunda de aquellas condiciones es la inesperada diversidad existente entre el nivel de los precios practicado en los productos o servicios aparentemente promocionados y el de los practicados en los productos o servicios realmente promocionados, que son notoriamente superiores. La discriminación entre el margen de ganancias adoptado para el producto o servicio sobre el que se centra la promoción y aquel adoptado para otros productos o servicios del establecimiento es un elemento necesario para que una oferta señuelo se considere ilícita en este ámbito (constituye el objeto sobre el que recae el error), pero no desencadena *per se* la deslealtad de esta práctica; de otro modo se partiría de la ilicitud de las ofertas señuelo como instrumento de marketing para promocionar el conjunto de las prestaciones de un establecimiento, lo que no puede ser aceptado (correctamente, *SAP Barcelona* 14-I-1998 «venta a pérdida de juguetes»). Ello no obsta, con todo, para considerar esta discriminación como un elemento que, junto con otros como la intensidad de la publicidad, puede llevar al consumidor a pensar que la oferta tendría una duración mayor de la que realmente ha tenido o que se ofrecen más productos que aquéllos con los que cuenta el oferente.

(37) Sentado lo anterior, para resolver si una venta a pérdida induce a error sobre el nivel de precios de los restantes productos o servicios del mismo establecimiento se han de emplear las mismas pautas que se utilizan para el enjuiciamiento de una práctica cualquiera como acto de engaño [v. **Art. 7 (43) a (51)**]. En particular y en relación con el caso que nos ocupa ahora, se ha indicado expresamente la necesidad de tomar en consideración los «criterios de racionalidad media que es la presumida en el consumidor» y que la inducción a error no puede determinarse en atención «a la abstracta bondad o malicia de la venta a pérdida en interés de los consumidores», así como también se ha señalado que la inducción a error es un concepto general, necesitado de ser individualizado en cada uno de los consumidores por referencia al colectivo del grupo social al que pertenece, lo que exige determinar el grupo de destinatarios de la oferta señuelo y los efectos de la misma sobre el estándar representado por el consumidor medio (identificado dentro del grupo), y no sobre un consumidor en particular (v. *SSAP Cantabria* 12-V-1993 «llo lo encontrarán más barato en Cantabria», *Baleares* 19-II-1998 «perfumes»). En efecto, la imagen que pueda formarse un determinado consumidor o un grupo reducido de los destinatarios de la oferta no es relevante, y en todo caso la correcta ponderación de los intereses en juego exige valorar preferentemente el interés del conjunto de los consumidores a beneficiarse de una reducción de precios sobre los intereses de un consumidor en particular o de un pequeño grupo de consumidores a no ser inducidos a error sobre el nivel de precios del establecimiento; de igual forma, tampoco puede anteponerse el interés de las llamadas formas de comercio tradicional (si es que realmente los intereses del sector son, considerados objetivamente y a largo plazo, los que parecen presumirse) a mantenerse

al margen de la competencia de precios. Por otro lado, de inducción a error sobre el nivel de precios a partir del precio de uno o varios productos sólo se puede hablar si el precio de los productos o servicios objeto de la promoción es un elemento adecuado para que el consumidor pueda tener una idea cabal acerca del nivel de precios del establecimiento. Ello depende, como es obvio, de la elección de los productos o servicios apropiados, que son aquellos cuyo precio de venta al público en otros establecimientos es conocido por el consumidor medio (SAP *Barcelona* 14-I-1998 «venta a pérdida de juguetes»). Ahora bien, está demostrado empíricamente, de un lado, que el consumidor cada vez se fija más en los precios y es más crítico: «aunque sea la parte débil de la relación, es maduro», siendo realmente excepcional que a partir de una oferta concreta se produzca un engaño sobre el nivel de precios de todo el establecimiento; de otro lado, también se ha podido probar que, para adquirir una determinada mercancía, el consumidor sólo se fija en el precio de la oferta individual, y no tanto en el nivel de precios del establecimiento, por lo que el engaño sobre el nivel de precios del establecimiento no siempre será relevante para influir en la decisión de compra del consumidor (F. PALAU, *Descuentos promocionales*, pág. 244, con ulteriores referencias). La inducción a error del consumidor sobre el nivel de precios de un establecimiento a partir del precio de un determinado producto o servicio ha de tener, pues, carácter excepcional en la realidad del tráfico comercial.

(38) Así las cosas, para afirmar la deslealtad de la venta a pérdida como supuesto de oferta-señuelo será necesario atender, además, a otros factores distintos del precio. Entre los mismos, desempeña un papel principal la información sobre el carácter promocional de la oferta. En este sentido, debe advertirse que el consumidor, consciente de la naturaleza promocional de una oferta (basada en nuestro caso en una venta a pérdida), difícilmente llegará a la conclusión de que el precio en cuestión es indicativo o revelador del nivel de precios de los demás productos o servicios ofrecidos en el mismo establecimiento, esto es, difícilmente ha de desligar el precio del producto o servicio a que se refiere para asociarlo con el nivel de precios del establecimiento, y ello tanto más cuanto más frecuente sea en la práctica la realización de esta clase de ofertas. De ahí que cuanto más precisa sea la información sobre el carácter excepcional de la oferta más reducidas serán las posibilidades de que el consumidor sea inducido a error sobre el nivel de precios del establecimiento (v. SAP *Cantabria* 12-V-1993 «no lo encontrarán más barato en Cantabria»). Semejante extremo será patente para el consumidor cuando se le informe bien de la duración de la oferta, o bien de la cantidad o unidades de producto que se ofrece, y ello aunque se supedite la oferta a la existencia de stocks con manifestaciones del tipo «hasta que se agoten las existencias» [sobre la valoración de esta clase de indicaciones desde la perspectiva del engaño, v. **Art. 7 (62)**]. La información sobre estos aspectos, por lo demás, es imperativa cuando a la promoción resulte de aplicación la Ley de Ordenación del Comercio Minorista o la normativa autonómica de ordenación del comercio (con detalle, F. PALAU, *Descuentos promocionales*, pág. 150 ss.). Y por supuesto será especialmente evidente si la publicidad advierte de forma expresa que los precios de venta practicados son inferiores al precio de adquisición (cfr. SAP *Barcelona* 14-I-1998 «venta a pérdida de juguetes»), aunque no pueda entenderse que con carácter general existe un deber de advertir a los destinatarios acerca de este extremo.

(39) Por el contrario, será más fácil que el consumidor sea inducido a error sobre el nivel de precios del establecimiento si la publicidad contiene indicaciones que muestran las ofertas de los productos vendidos a pérdida en términos tales que dan a entender que se trata sólo de un ejemplo de los precios practicados en el conjunto del establecimiento. Lo mismo sucederá cuando en el exterior del establecimiento se expongan o anuncien los precios de determinados productos, que sirven como criterio orientador de los consumidores porque son precios que retienen en la memoria, sin hacer referencia a que se trata de un descuento o de una oferta limitada a esos productos.

(40) El examen realizado ha sacado a la luz las dificultades para probar la inducción a error del consumidor sobre el nivel de precios del establecimiento. En efecto, la indagación de la representación que los consumidores se hacen de los precios del conjunto del establecimiento a partir de la oferta de un determinado producto tropieza con demasiados escollos. Resulta mucho más efectivo el control de las ofertas señuelo mediante su enjuiciamiento como supuesto de engaño, sea un engaño «genérico»: se induce a error al consumidor sobre otras circunstancias, entre las que destaca la cantidad de productos disponibles, como es el caso de las llamadas «ofertas vacías» [v. **Art. 7 (61)**], sea un engaño «específico», que induce al consumidor a visitar el establecimiento del oferente, sin que lo haga movido por un determinado entendimiento erróneo acerca del precio de los productos o la cantidad ofrecida, para desviar ulteriormente su decisión de compra (como consecuencia de la escasa calidad, obsolescencia... de los productos o servicios promocionados, en ocasiones advertida por las propias fuerzas de venta del oferente) hacia prestaciones distintas de las promocionadas.

b Descrédito de la imagen de un producto ajeno

(41) La deslealtad de la venta a pérdida por desacreditar la imagen de un producto ajeno radica en la obstaculización de la actividad de un tercero (en relación con las marcas renombradas, v. M. MONTEAGUDO, *La protección de la marca renombrada* , pág. 269-275) Y tiene su fundamento en una doble asociación: de un lado, en la asociación tan comúnmente extendida entre nivel de precio y nivel de calidad de los productos o servicios y, de otro lado, en la función comunicativa de las marcas, que, entre otros extremos, no sólo informan al consumidor acerca de la calidad de los productos o servicios a que se aplican, sino que también les trasladan, en su caso, aquel conjunto de representaciones positivas que constituyen su imagen y son, de este modo y al mismo tiempo, la base y la encarnación de su prestigio, cuando no la fuente principal de su demanda.

(42) Sobre estas premisas, y con el objetivo de preservar el valor de las marcas, se ha desarrollado una posición crítica en relación con las ofertas-señuelo que incluyen ventas a pérdida. Se ha postulado, en este sentido, la deslealtad de estas prácticas por las consecuencias perniciosas que ocasionan a los diferentes operadores y a la competencia como institución, que en última instancia consisten en la erosión del prestigio de las marcas y, por ello mismo, en la obstaculización, cuando no frustración de las estrategias empresariales organizadas en torno a las marcas prestigiosas; desde esta perspectiva, la venta a pérdida provocaría diversos efectos, estrechamente relacionados entre sí, como la reducción del interés de compra por parte de la demanda natural de estos productos de marca, la relajación del oferente en el servicio de atención al cliente ante la perspectiva de la competencia de precios por parte de un operador que no asume los mismos costes y el desinterés de la demanda, el enrarecimiento de las relaciones entre fabricante y detallistas (a quienes los precios de los competidores llevan a creer que son discriminados en el precio de sus suministros) y así la introducción de factores de desajuste en el sistema de distribución establecido por el fabricante, o la distorsión de las relaciones entre los detallistas y su clientela, a la que la venta a pérdida de otros detallistas llevan a desconfiar de los márgenes practicados actualmente y en el pasado por sus proveedores habituales (v. C. FERNÁNDEZ-NOVOA, «Reflexiones preliminares sobre la Ley de Competencia Desleal», *VXIV ADI 1991-1992*, pág. 15 ss., pág. 23, J. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *RGD* , 1993, pág. 10352 y ss., y sobre todo J. M. OTERO, *La Ley* , 1996-2, pág. 1459-1460, R. TAIX, en *La protección de la marca por los Tribunales de Justicia* , Consejo General del Poder Judicial-Andema, Madrid, 1993, pág. 160 ss., pág. 169).

(43) Sin embargo, y en nuestra opinión, no faltan buenas razones para proceder en estos supuestos con la mayor cautela. En efecto, la premisa básica del reproche de deslealtad concurrencial de la venta a pérdida por causa de sus efectos negativos sobre la imagen de los productos ajenos, esto es, la existencia de una relación entre nivel de precio y calidad de los productos o servicios, y en particular que un elevado precio de venta de un producto constituya una garantía de la calidad del mismo, dista mucho de ser una cuestión libre de controversia; de hecho, no faltan estudios que incluso demuestran la imposibilidad de establecer una relación entre precio y calidad (v. los estudios económicos citados por F. PALAU, *Descuentos promocionales*, pág. 255). Por otro lado, la perturbación advertida puede tener bastante de prejuicio en cuanto se pretenda generalizar sin establecer las oportunas matizaciones. Y lo cierto es que los tribunales de segunda instancia se han orientado en la línea más moderada aquí propuesta, reconociendo que el descrédito de la imagen de los productos ajenos no surge *ex re ipsa* de la venta a pérdida de determinados productos en un establecimiento (SAP *Cantabria* 12-V-1993 «liO lo encontrarán más barato en Cantabria», *Barcelona* 14-I-1998 «venta a pérdida de juguetes», *Baleares* 19-II-1998 «perfumes»), en la línea mantenida por los tribunales de los países que, como Alemania y Suiza, han inspirado los términos de la Ley de Competencia Desleal (v. F. PALAU, *Descuentos promocionales*, pág. 250, e *ibi* ulteriores referencias). A nuestro modo de ver, en el enjuiciamiento de este grupo de casos parecen decisivos, al menos, dos aspectos generalizadamente olvidados desde la perspectiva anterior: en primer lugar, la duración de la oferta señuelo así como las consecuencias que típicamente se siguen del carácter promocional de la oferta señuelo en cuyo seno tiene lugar la venta a pérdida y, en segundo lugar, la existencia de mecanismos de autotuleta al alcance del fabricante que permiten asegurar preventivamente un nivel satisfactorio de precios de venta al público para sus productos, conveniente a la imagen de marca que se desea y, en su caso, la existencia de mecanismos de represión que atienden más convenientemente al conjunto de intereses en juego.

(44) No puede pasarse por alto, con carácter general y por obvias exigencias de la naturaleza eminentemente fáctica del ilícito de deslealtad concurrencial, la exigencia de comprobar que, a la vista de las circunstancias del caso, la venta a pérdida produce o, de continuar o realizarse, puede producir el descrédito de la imagen de los productos ajenos, y más allá del corto plazo la frustración de una estrategia empresarial basada en la explotación de la imagen de los productos en cuestión, condensada en sus marcas. Ello lleva necesariamente a atender a la duración de la práctica considerada, y aparentemente no debe resultar difícil convenir en que una venta a pérdida aislada (de un producto en particular) es, salvo que se den condiciones extraordinarias que no son fácilmente imaginables y habrán de ser satisfactoriamente probadas caso por caso, insuficiente para ocasionar aquel efecto: de la misma forma que el logro de una imagen de marca es el producto del esfuerzo y el tiempo, su destrucción o lesión tampoco es inmediata. Sólo la venta a pérdida practicada a lo largo de un período de tiempo prolongado parece en principio adecuada para afectar perceptiblemente a la imagen del producto. Y de ahí la necesidad de ponderar convenientemente el marco en que se produce la venta a pérdida y, en particular, el carácter promocional de la oferta en que se encuadra (descuento, rebaja...), tal y como sucede en la mayor parte de los casos. En estas condiciones, los consumidores reconocen su carácter excepcional tanto en lo que se refiere a la ocasión y duración de la oferta y de los precios como en lo que se refiere a la singularidad de la oferta (que no es realizada por el conjunto de los detallistas y que es ajena al fabricante); difícilmente extraerán conclusiones acerca de la calidad, fama o prestigio de los productos o servicios afectados y, en particular, difícilmente serán inducidos a pensar que la reducción del precio obedece a una eventual modificación de las características del producto o servicio o a una nueva estrategia de imagen de marca del fabricante. Es más, mientras la oferta mantenga su carácter promocional, la venta a pérdida de productos de marca, al igual que ocurre con cualquier

otra modalidad de promoción de ventas, aumenta su demanda, incluso a largo plazo, toda vez que favorece la fidelidad de los consumidores a dicha marca, sin que pueda afirmarse que daña su imagen (*cfr.* F. PALAU, *Descuentos promocionales* , pág. 82, 255, con más referencias). A ello se une la oportunidad de valorar los criterios de eficiencia económica a que de común responde la conducta del oferente: la prolongación del período de la oferta de un producto o servicio a pérdida hasta el punto de que su imagen pueda sufrir algún menoscabo es una decisión económica poco razonable para el organizador de la oferta señuelo; en efecto, una duración excesiva hace que la oferta pierda su carácter promocional y, por ello, disminuya su fuerza de atracción sobre el consumidor. De ahí que no exista razón, a nuestro entender y como regla general, para temer por la imagen de los productos como consecuencia de su venta a pérdida en el contexto de ofertas señuelo u otra clase de ventas promocionales, y por supuesto no hasta el punto de formular de forma apriorística un reproche de deslealtad en estos casos.

(45) Incluso en los supuestos en que la venta a pérdida se prolongue en el tiempo, tampoco cabría declarar su deslealtad tras la mera comprobación del perjuicio a la imagen de marca del producto. Antes es preciso descartar la implicación del fabricante en la organización de la venta a pérdida. En este sentido, no puede olvidarse que su realización habrá sido posible bien porque el fabricante ha colaborado en su organización o, al menos, la ha aceptado, bien porque el fabricante no ha dejado de suministrar sus productos a su organizador. Bajo este aspecto, parece conveniente recordar que la negativa de venta con el propósito de evitar eventuales perjuicios en los productos o su marca no puede reputarse abusiva y, por ello, contraria al artículo 16.2 de la Ley de Competencia Desleal o a los artículos 6 y 7 de la Ley de Defensa de la Competencia. Por otra parte, el fabricante tiene siempre la posibilidad de preservar la imagen de marca de sus productos o servicios mediante la creación de un sistema de distribución integrada, en cuyo seno no sólo le es posible establecer precios recomendados, sino sobre todo una estructura de costes común a todos los distribuidores que evite políticas de precios tan dispares como para afectar a la imagen de marca así como interesarlos en la conservación de la imagen de marca como clave del éxito empresarial. En contra, no cabe argumentar que el poder de mercado de los distribuidores puede en ocasiones superar al de los fabricantes, que no pueden decidir su conducta de mercado: el aprovechamiento del poder de demanda de los distribuidores que llevara a imponer a los fabricantes unas condiciones de venta contrarias al principio de competencia eficiente o a boicotear sus productos podría ser enjuiciado como acuerdo contrario a la prohibición de restricciones de la competencia (art. 1 LDC) o, en su caso, como abuso de posición de dominio (art. 6 LDC) o como supuesto de discriminación pasiva [v. **Art. 16 (45) a (48)**].

(46) Siendo ello así, sólo cabe imaginar que la venta a pérdida pueda perjudicar a la imagen de marca en los casos en que su organizador posea una amplia cuota de mercado y suficientes productos de marca en stock para efectuar una venta a pérdida tan prolongada como para inducir a los consumidores a pensar que el menor precio se debe a un cambio de aquellas características del producto en cuestión a las que el público de los consumidores liga su prestigio (incluido en su caso el precio), y en que el fabricante carece de otro mecanismo para imponerle la deseada disciplina de precios (en esta misma línea, también M. MONTEAGUDO, *La protección de la marca renombrada* , pág. 275).

c Descrédito de la imagen de un establecimiento ajeno

(47) Junto a la venta a pérdida desleal por desacreditar la imagen de marca de los productos ajenos, también se ha tipificado como desleal aquella que menoscaba el crédito del establecimiento ajeno. El supuesto de hecho es, con todo,

considerablemente más complejo y residual. En efecto, la imagen cuyo descrédito se considera desleal en este ámbito no es la reputación del establecimiento en términos generales, sino una reputación vinculada al nivel de precios de los productos allí ofrecidos, y en especial vinculada a la práctica de precios que pueden considerarse bajos en relación con el conjunto de los establecimientos competidores. Y dado que de imagen se trata, no basta, a nuestro modo de ver, con el hecho de practicar precios reducidos, sino que es necesario que, además, la clientela de este establecimiento y de los establecimientos del correspondiente sector y segmento así lo reconozca y, precisamente por esta razón, le atribuya una consideración especialmente favorable, que pueda deteriorarse por el nivel de precios practicado por los competidores; esto último, a su vez, exige que aquella imagen haya sido inculcada en los consumidores, esto es, que sea el elemento nuclear de una estrategia empresarial, convenientemente apoyada mediante publicidad.

(48) Sentado lo anterior, la venta a pérdida se revela desleal si destruye o daña seriamente esta imagen no tanto porque sea exigencia del principio de competencia por méritos preservar la ventaja competitiva lograda de este modo, cuanto porque es exigencia del mantenimiento de la transparencia en el mercado y de la autonomía de decisión de los consumidores. La deslealtad radica, en efecto, en la aptitud de la venta a pérdida para dar lugar a una desviación de las preferencias de los consumidores hacia el establecimiento del que organiza la venta a pérdida, o incluso hacia los establecimientos de terceros, sobre la base de aquello que no deja de ser una práctica inapropiada para transmitir una representación fiel (o si se prefiere: duradera y razonable) del nivel de precios del propio establecimiento, y por referencia del de los terceros.

(49) Para que la venta a pérdida pueda producir este efecto parece necesario que afecte a una pluralidad de productos o servicios ofrecidos en el establecimiento, y en particular que afecte a aquellos que en el sector o segmento considerado sean percibidos por la clientela como indicativos del nivel de precios del establecimiento, esto es, a aquellos sobre los que se pueda construir en el mercado relevante una imagen de establecimiento con precios reducidos. Es, además, necesario que la venta a pérdida tenga la duración suficiente para transmitir al público de los consumidores una representación acerca del nivel de precios del establecimiento. Parece posible descartar que así sea en aquellos casos en que la venta a pérdida sea una venta promocional o, lo que no es muy distinto, sea una reacción a la oferta de un competidor, y por ello mismo tenga una excepcionalidad que no pasa inadvertida a los consumidores. Igualmente habrá de prestarse una especial atención a las circunstancias que configuran el contexto en que se realiza la práctica enjuiciada. En este sentido, ha de considerarse especialmente el contenido de la publicidad de las ofertas hechas por quien practica la venta a pérdida (tal vez, manifestaciones de carácter persuasivo sobre el nivel de precios de los competidores) y por quien explota el establecimiento cuya imagen puede resultar deteriorada, o bien la condición de la venta a pérdida de reacción a una nueva tendencia del mercado o a la estrategia de otros competidores y, en general, la presencia de causas de justificación objetiva. Se impone nuevamente la necesidad y conveniencia de extremar la prudencia a la hora de apreciar si la venta a pérdida da lugar o puede dar lugar al descrédito de la imagen de un establecimiento ajeno, de la forma en que efectivamente han hecho los tribunales de apelación (SSAP *Cantabria* 12-V-1993 «no lo encontrarán más barato en Cantabria», *Barcelona* 14-I-1998 «venta a pérdida de juguetes», *Baleares* 19-II-1998 «perfumes»).

d Estrategia encaminada a eliminar a un competidor o grupo de competidores del mercado

(50) La venta a pérdida es uno de los pilares básicos de las estrategias predatorias, esto es, de aquellas estrategias encaminadas tanto a expulsar a un competidor o un grupo de competidores del mercado (único efecto expresamente considerado por el legislador en este contexto), como a alejar a nuevos competidores del mercado. Del modo en que refleja el enunciado del supuesto de hecho, sin embargo y sin que pueda discutirse su importancia cualitativa, la venta a pérdida no se considera en principio apta para determinar este efecto, sino sólo una medida que, combinada con otras circunstancias, puede dar lugar a la expulsión o alejamiento del mercado de los competidores existentes o de los potenciales.

(51) Si como se ha de ver a continuación, la fortaleza de la posición de mercado del que organiza la venta a pérdida es uno de los elementos que debe concurrir para que esta práctica pueda tener los tintes predatorios que determinan su deslealtad, es evidente que existe una estrecha relación entre el artículo 17.2. c) de la Ley de Competencia Desleal y el artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia, donde se había residenciado tradicionalmente el enjuiciamiento de esta clase de conductas. Una y otra disposición configuran un supuesto de concurso de normas, que debe resolverse a favor de la especial, que en este caso es la establecida en legislación de defensa de la competencia. Adviértase, con todo, que difieren en su respectivo ámbito de aplicación. En efecto, el ilícito del artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia tiene por presupuesto la existencia actual de una posición dominante, circunstancia ésta de la que no depende la deslealtad de la venta a pérdida en el artículo 17.2. c) de la Ley de Competencia Desleal. De este modo, la Ley de Defensa de la Competencia concentra su interés, y en principio a ello reserva sus efectivos y poderosos medios, en el reforzamiento de la posición de dominio, mientras que la Ley de Competencia Desleal permite anticipar la reacción jurídica a un momento anterior a la misma adquisición de la posición de dominio. Lo dicho, como es obvio, no impide a los órganos de defensa de la competencia conocer y resolver aquellos casos en los que la venta a pérdida predatoria sea realizada por quien no ostenta una posición dominante, sirviéndose para ello del artículo 7 de la Ley de Defensa de la Competencia y, precisamente, sobre la base de la comisión del acto de competencia desleal tipificado en el artículo 17.2. c) de la Ley de Competencia Desleal [v. Introducción (42) a (50)], como de hecho se viene haciendo (*cfr.* RRTDC 30-XII-1991, expediente 295/1991 «N.C.A. Electromedicina c. General Electric CGR España, S. A.», 3-II-1992, expediente A 16/91 «Tecnotrón»). Y a la inversa, no ha de impedir que el abuso de posición de dominio consistente en una venta a pérdida predatoria sea tratado como acto de competencia desleal por violación de normas reguladoras de actividad concurrencial [*vid Art. 15 (49) y (50)*].

(52) Desde una perspectiva eminentemente técnica, además, la estrecha relación existente entre un ilícito y otro impone la sintonía en el enjuiciamiento de la venta a pérdida predatoria como acto de competencia desleal y como abuso de posición de dominio. En particular, parece obligado emplear los mismos parámetros en la apreciación de las condiciones en que la venta a pérdida puede tener el efecto predatorio que determina su deslealtad en el sentido del artículo 17.2. c) de la Ley de Competencia Desleal o su carácter abusivo en el sentido del artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia. Como lógica consecuencia del mayor desarrollo habido en este último ámbito, ello se ha de traducir en la práctica en una importación de las construcciones elaboradas en el ámbito de la política *antitrust* por los órganos de defensa de la competencia comunitarios y españoles (de hecho, *cfr.* no sólo los antecedentes que invoca sino también el arsenal conceptual que maneja la SAP *Cádiz* 12-VI-1992 «Publicitarios de Andalucía, S. A. c. Escaparate, S. L.»). En este ámbito, y a partir del máximo respeto al principio de libertad de precios, se ha adoptado una posición eminentemente permisiva respecto de la venta a pérdida y se ha elaborado un modelo de análisis de carácter objetivo, basado en un estudio de los distintos aspectos estructurales del mercado considerado y de sus operadores, así como de los

costes de los productos o servicios que ofrecen (v. F. HERNÁNDEZ, *Precios predatorios y Derecho antitrust* , pág. 180-182, A. FERNÁNDEZ DE ARAOZ, *La Ley* , 1992-1, pág. 1112-1114, M. TRONCOSO, en *Enciclopedia Jurídica Básica* , pág. 4982-4985).

(53) Así las cosas, para que la venta a pérdida pueda ser considerada desleal a la luz del artículo 17.2. c) de la Ley de Competencia Desleal han de concurrir determinadas condiciones. El principio de libertad de precios no sólo obliga a rechazar que la venta a pérdida, también desde esta perspectiva, sea considerada por sí misma desleal (yen este sentido ya SSAP *Cádiz* , 12-VI-1992, «Publicitarios de Andalucía, S. A. c. Escaparate, S. L.», *Baleares* 19-11-1998 «perfumes»), sino también a proceder, cuando menos, con cautela en la valoración de los factores que determinan la presencia de aquellas condiciones. Del mismo modo, el carácter objetivo que de forma general presta el artículo 5 de la Ley de Competencia Desleal al ilícito impone la necesidad de otorgar mayor relevancia a los elementos y circunstancias de esta naturaleza (*cf.* F. HERNÁNDEZ, *Precios predatorios y Derecho antitrust*, pág. 226, Y A. FERNÁNDEZ DE ARAOZ, *La Ley* , 1992-1, pág. 111 O), sin que por ello sea lícito forzar los términos legales («encaminadas») para hacer del juicio de deslealtad en este ámbito un juicio de intenciones (correctamente, SAP *Alicante* 25-IX-1998 «autoescuelas»).

(54) El punto de arranque del análisis ha de ser la constatación de una venta a pérdida en los términos indicados anteriormente [v. (21) a (25)], esto es, la realización de ventas por debajo de los costes variables (SAP *Cádiz* 12-VI-1992 «Publicitarios de Andalucía, S. A. c. Escaparate, S. L.») o por debajo de los costes totales en el supuesto de que el tamaño del mercado (incluido el ensanchamiento del mismo traído por la política de precios bajos) no permita absorber a largo plazo los costes fijos sin un incremento del precio de venta por encima de los costes totales. A ello ha de seguir la comprobación de que se inserta en una estrategia predatoria, esto es, que posee carácter sistemático y continuado —extremo que pasa además por la comprobación de que la venta a pérdida carece de toda justificación competitiva objetiva (v. SAP *Alicante* de 25-IX-1998 «autoescuelas»), como la liquidación de existencias por cierre del negocio, terminación de temporada u otra causa razonable, la venta de saldos, la reducción del precio de aprovisionamiento o producción de las prestaciones, el lanzamiento de una nueva prestación, la respuesta a una acción o estrategia de un competidor...— y, eventualmente, que se combina con otras medidas igualmente orientadas a expulsar o alejar del mercado a los competidores existentes o potenciales (v. SAP *Baleares* 19-11-1998 «perfumes»). Dicho esto, no puede dejar de advertirse, en fin, que, en determinados sectores y bajo ciertas condiciones, la eliminación de un competidor o grupo de competidores puede ser el resultado de una sola venta a pérdida, como sucederá cuando ésta se enmarque en la oferta hecha para la adjudicación de un suministro de productos, de una prestación de servicios o de una realización de obras.

(55) Dado el supuesto de hecho, ante todo es obligado llevar a cabo (55) una precisa delimitación del mercado relevante y de los sujetos que operan actualmente en el mismo así como de los potenciales entrantes con el fin de establecer si, en efecto, concurren las condiciones bajo las cuales resulta racional emprender una estrategia predatoria, esto es, bajo las cuales cabe razonablemente esperar una recuperación de costes tras la expulsión o el alejamiento de los competidores (así, SAP *Alicante* 25-IX-1998 «autoescuelas»), o bien si en el caso concurren circunstancias de orden excepcional que alientan la puesta en marcha de semejante política aun cuando no sea económicamente racional, como podría ser la intención de ocasionar un perjuicio a uno o varios competidores (*cf.* SAP *Alicante* 26-XII-1996 «Electro 2000»), igualmente contrario al principio de competencia por méritos [v. **Introducción (33)**]. Sentado lo anterior, procede examinar si, atendidas las circunstancias del caso, la estrategia identificada, y en la que se integra la venta a pérdida, es efectivamente adecuada para expulsar a un competidor o grupo de competidores del mercado, o para alejar del mismo

a potenciales entrantes. Expulsión del mercado debe interpretarse en un sentido literal, por lo que no debe reputarse desleal por esta causa ni la venta a pérdida que da lugar a una pérdida de cuota de mercado que permite al competidor o grupo de competidores afectados mantenerse en el mercado (SAP *Cádiz* 12-VI-1992 «Publicitarios de Andalucía, S. A. c. Escaparate, S. L.»), ni la venta a pérdida que impide el lanzamiento de un nuevo producto o servicio o saca del mercado un producto o servicio ya implantado sin poner en riesgo la pervivencia de sus oferentes. No se exige en este contexto, en cambio, la eliminación absoluta de la competencia en el mercado, lo que permite reprimir, como indica con claridad el tenor del precepto, las acciones dirigidas a la expulsión de un determinado competidor entre los diversos operadores del mercado, sin destruir la competencia o incluso sin reducirla de un modo sensible (v. J. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *RGD*, 1993, pág. 10354, F. HERNÁNDEZ, *Precios predatorios y Derecho antitrust*, pág. 215). En todos los casos, y doblemente en el caso de juicios prospectivos (en los casos en que la práctica enjuiciada está en marcha y por ello aún no se ha producido la expulsión del mercado), será preciso considerar en particular, como elemento clave para discriminar las salidas del mercado debidas a la ineficiencia de aquellas otras debidas a la estrategia predatoria, la fuerza de mercado del sujeto agente o su poder financiero (debido, por ejemplo, a la diversificación de las actividades: v. SAP *Alicante* 25-IX-1998 «autoescuelas»).

CAPITULO III

Acciones derivadas de la competencia desleal

Artículo 18.ACCIONES

Contra el acto de competencia desleal podrán ejercitarse las siguientes acciones:

1ª Acción declarativa de la deslealtad del acto, si la perturbación creada por el mismo subsiste.

2ª Acción de cesación del acto, o de prohibición del mismo, si todavía no se ha puesto en práctica.

3ª Acción de remoción de los efectos producidos por el acto.

4ª Acción de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas.

5ª Acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por el acto, si ha intervenido dolo o culpa del agente. El resarcimiento podrá incluir la publicación de la sentencia.

6ª Acción de enriquecimiento injusto, que sólo procederá cuando el acto lesione una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico.

Bibliografía

S. BACHARACH, *La acción de cesación para la represión de la competencia desleal*, Tecnos, Madrid, 1993; ID., «Acciones derivadas de la competencia desleal (En torno al art. 18 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal)», *RGD*, 1991, pág. 6177 ss.; S. BARONA, *Competencia desleal (Normas procesales en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal)*, Tirant lo blanch, Valencia, 1991; R. BELLIDO, *La tutela frente a la competencia desleal en el proceso civil*, Comares, Granada, 1998; F. CORDÓN, «Comentario breve a las normas procesales de la Ley de Competencia Desleal», *Actualidad Civil*, 1991-3, pág. 465 ss.; C. FERNÁNDEZ NOVOA, «La publicidad correctora y su aplicación por los tribunales españoles», *Derecho de los Negocios*, núm. 7, 1991, pág. 27 ss.; ID., *El enriquecimiento injusto en el Derecho industrial*, M. Pons, Madrid, 1997; A.V. ILLESCAS, «El ejercicio de las acciones civiles que propicia la LCD», en *Propiedad industrial y competencia desleal*, Consejo General del Poder Judicial-Andema, Madrid, 1995, pág. 195 ss.; C. LEMA, «Posibilidades y remedios para reprimir la competencia desleal», *Derecho de los Negocios*, núm. 6, 1991, pág. 3 ss.; J. MASSAGUER, voz «Acción de competencia desleal», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995, pág. 83 ss.; ID., «La acción de competencia desleal en el Derecho español», *Themis*, 1997, pág. 103 ss.; F. PANTALEÓN, «La acción de cesación o de prohibición en la Ley de Competencia Desleal», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, T. I, Civitas, Madrid, 1996, pág. 952 ss.; P. PORTELLANO, *La imitación en el Derecho de la competencia desleal*, Civitas, Madrid, 1995; A. WIRTH, *Das neue Recht des unlauteren Wettbewerbs in Spanien*, C. Heymanns, Colonia-Berlín-Bonn-Múnich, 1995; ID., «Supuestos procesales de la nueva Ley de competencia desleal», *Derecho de los Negocios*, núm. 24, 1992, pág. 1 ss.

Doctrina-comentario

Sumario:

- 1.Introducción
- 2.La acción de declaración de la deslealtad
- 3.La acción de cesación
 - a.Presupuestos
 - b.Contenido
- 4.La acción de remoción
 - a.Presupuestos
 - b.Contenido
- 5.La acción de rectificaci3n
 - a.Presupuestos
 - b.Contenido
- 6.La acci3n de resarcimiento de da1os y perjuicios
 - a.Presupuestos
 - b.Contenido
 - c.(sigue) Publicaci3n de la sentencia
 - d.(sigue) Indemnizaci3n en dinero
- 7.La acci3n de enriquecimiento injusto
 - a.Presupuestos
 - b.Contenido
- 8.La acci3n de publicidad il3cita: especial consideraci3n de las relaciones entre la acci3n de competencia desleal y la acci3n de publicidad il3cita
- 9.Las infracciones en materia de consumo
- 10.Las sanciones contra los il3citos de defensa de la competencia
- 11.Los delitos relativos a los actos de competencia desleal

1 INTRODUCCI3N

(1) La Ley de Competencia Desleal tiene el m3rito de haber establecido y articulado un satisfactorio arsenal de acciones para lograr la efectiva represi3n de la competencia desleal a trav3s de una completa regulaci3n de su contenido material y de sus aspectos procesales. La acci3n de competencia desleal comprende una pluralidad de pretensiones t3picas, que legalmente se denominan «acciones»: mera declaraci3n de la deslealtad del acto, cesaci3n del acto desleal, remoci3n de efectos del acto desleal, rectificaci3n de informaciones falsas o enga1osas, resarcimiento de da1os y perjuicios y enriquecimiento injusto (art. 18 LCD). Si en t3rminos generales la regulaci3n de la acci3n de competencia desleal, tanto de sus aspectos materiales como de sus aspectos procesales, no es censurable, no se puede ocultar, sin embargo, su deficiente coordinaci3n, en particular en los aspectos de orden procedimental, con todas las dem3s acciones asimismo disponibles contra los actos de competencia desleal. Ello no deja de deparar graves problemas en la pr3ctica, de un modo especial en la definici3n de las relaciones entre acci3n de competencia desleal y acci3n contra la publicidad il3cita.

(2) A la acci3n de competencia desleal se suman las acciones contra la publicidad il3cita, previstas en el art3culo 29 de la Ley General de Publicidad, as3 como la facultad de denuncia, y personaci3n en el expediente que pueda abrirse a ra3z de esta denuncia o de oficio, ante el Servicio de Defensa de la Competencia en los casos de falseamiento de la libre competencia mediante actos de competencia desleal y ante los 3rganos de la Administraci3n estatal o aut3noma que sean competentes para conocer de los actos de competencia desleal que constituyan al mismo tiempo violaci3n de las normas reguladoras del comercio minorista y del comercio interior o il3citos en materia de consumo. A todas estas acciones todav3a pueden sumarse las de defensa de los derechos de propiedad industrial y de propiedad intelectual que pudieran encontrarse involucrados en la comisi3n de un acto de competencia desleal. Finalmente, junto con

anteriores posibilidades de defensa concurre la acción penal en aquellos supuestos en que el acto de competencia desleal constituye un delito.

2 LA ACCIÓN DE DECLARACIÓN DE LA DESLEALTAD

(3) La acción de declaración de la deslealtad (art. 18.1.^a LCD) persigue la constatación de la comisión de un acto de competencia desleal y la proclamación judicial de que el acto examinado constituye un acto de competencia desleal; da cauce, por lo tanto y como de modo particular se encarna en el requisito de subsistencia de la perturbación a que se condiciona su estimación, a la satisfacción del interés del actor que consista meramente en que se declare judicialmente la deslealtad de cierta conducta.

(4) La única acción de declaración prevista legalmente es de carácter positivo. No ha encontrado reconocimiento en la Ley de Competencia Desleal la pretensión de una declaración de carácter negativo, esto es, de que un determinado acto no constituye un acto de competencia desleal, que podría haberse revelado especialmente útil para hacer frente a la recepción de requerimientos de cese o al envío de comunicaciones a terceros reprochando la deslealtad de una determinada conducta. La general exigencia de reconocimiento legal de las pretensiones ejercitables en juicio hace especialmente difícil que esta acción negatoria acabe siendo reconocida por los tribunales (de hecho, deniega su admisión SAP *Castellón* 14-XI-1996 «mobiliario de oficina system»), aunque quizás no falten apoyos por ello, como es su expreso establecimiento para la violación de patentes y, por extensión, para otras modalidades de propiedad industrial (art. 127 y DD LP y art. 40 LM). En todo caso, el que reciba requerimientos o se vea afectado por comunicaciones que le imputen injustificadamente la comisión de un acto de competencia desleal y le intimen a su cesación o adviertan de ello a terceros no carece de medios de defensa. El envío de tales requerimientos y comunicaciones, si efectivamente carece de base, constituye, según los casos, un acto de obstaculización o de denigración, que podrá combatirse mediante la acción de competencia desleal.

(5) Para la declaración judicial de deslealtad concurrencial se exige, de un lado, que el acto de competencia desleal objeto de la acción se haya realizado efectivamente y, de otro lado, que subsista la perturbación que dicho acto ocasiona. Este último extremo debe referirse al momento de presentación de la demanda (SSAP *Valencia* 21-III-1994 «Gremio de Libreros de Valencia c. El Corte Inglés», *Valladolid* 26-V-1997 «Flexibreacks International, S. A.») y debe apreciarse con independencia de una eventual terminación de la conducta objeto de la demanda (SSAP *Valencia* 18-VII-1997 «Gremio de Libreros de Valencia c. Continente S. A.», *Asturias* 12-II-1998 «Asociación de Librerías del Principado de Asturias c. Continente, S. A.»). Consecuencia de todo ello es la inviabilidad de esta acción en relación con conductas todavía no llevadas a la práctica, así como también en relación con conductas cuyos efectos se hayan agotado aun cuando exista un riesgo de repetición (no obstante, v. SAP *Barcelona* 7-II-1996 «Vitastar»); para la represión de estas conductas debe acudir a la pretensión de cesación [v. **(8)** a **(10)**]. No es presupuesto de la acción de declaración de deslealtad en ninguno de los casos el dolo o negligencia del sujeto agente.

(6) El presupuesto de subsistencia de la perturbación sólo puede entenderse válido para los casos en que la pretensión de declaración se sustancie con carácter principal, esto es, de forma autónoma o independiente respecto de las demás pretensiones legalmente reconocidas. En otro caso, la declaración, aun solicitada individualmente, es sólo un presupuesto de las pretensiones de cesación, remoción... ejercitadas (v. SSAP *Madrid* 4-II-1997 «productos para el tratamiento de ostomías», *Ciudad Real* 29-V-1997 «Asociación Provincial de Empresarios de Papelería y Librería de Ciudad Real»). En consecuencia, la exigencia de subsistencia de la perturbación no ha de impedir que, con carácter previo, se compruebe la deslealtad del acto combatido cuando

ello sea necesario para acoger otras pretensiones integrantes de la acción de competencia desleal que, en cambio, no requieren la continuidad de los efectos y que tampoco requieren el ejercicio conjunto, con carácter adjetivo o complementario, de la acción de declaración (v. SSAP *Valladolid* 26-V-1997 «Flexibreaks International, S. A.», *Alicante* 25-IX-1998 «autoescuelas»), ni por supuesto ha de llevar a desestimar, por interpuestas fuera de plazo, aquellas otras pretensiones (SSAP *Badajoz* 1-X-1997 «Asociación Provincial de Libreros y Papeleros de Mérida c. Continente, S. A.», *Asturias* 12-III-1998 «Asociación de Librerías del Principado de Asturias c. Continente, S. A.»). Por lo demás, los antecedentes parlamentarios de este precepto también dejan claro testimonio de que no fue en absoluto voluntad del legislador que la exigencia de subsistencia de la perturbación pudiera impedir el ejercicio de las demás pretensiones del artículo 18 de la Ley de Competencia Desleal, sino todo lo contrario (cfr. la intervención del Senador Galán del Grupo Socialista del Senado en contra de la enmienda presentada por el Grupo Mixto para la supresión de la frase «si la perturbación creada por el mismo subsiste»: Cortes Generales, *Diario de Sesiones del Senado* , Comisiones, IV Legislatura, núm. 56, pág. 23, col. dcha.).

3 LA ACCIÓN DE CESACIÓN

(7) La cesación del acto de competencia desleal (art. 18.2.^a LCD) comprende de forma unitaria no sólo la cesación en sentido estricto o paralización del acto que efectivamente se ha ejecutado, sino también la prohibición del que todavía no ha sido puesto en práctica; a su vez, la cesación en sentido estricto comprende tanto la prohibición de continuación como la de repetición (SAP *Barcelona* 24-XII-1998 «venta a pérdida en centro comercial», y entre los autores: S. BACHA-RACH, *La acción de cesación para la represión de la competencia desleal* , pág. 88-93; v. ulteriormente F. PANTALEÓN, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez* , T. I, pág. 952-957). Como se ha destacado con frecuencia, la pretensión de cesación constituye el objeto nuclear de la acción de competencia desleal, encaminada como está a poner fin o a impedir el falseamiento de la competencia, las perturbaciones, disfuncionalidades y efectos negativos de toda clase que comporta el acto de competencia desleal. Y ello es así, a diferencia de lo que ocurre con otras pretensiones (cfr. art. 19 LCD), en todos los supuestos, esto es, cualquiera que sea el interés afectado en particular por el acto de competencia desleal combatido (sin perjuicio de que en cada caso el acento pueda ponerse en uno u otro aspecto).

a Presupuestos

(8) Presupuestos de la cesación son la realización efectiva o inminente del acto de competencia desleal y, en caso de efectiva realización, la presencia de un riesgo objetivo o probabilidad de continuación o de repetición. Aunque este segundo requisito no aparece expresamente mencionado en el texto legal, su vigencia viene impuesta por la naturaleza misma de las cosas. Por el contrario, no son presupuestos para la cesación, en ninguna de sus modalidades, el dolo o la negligencia del sujeto agente, ni la causación de un daño efectivo o la idoneidad para ocasionar un daño efectivo.

(9) Compete al actor la prueba de que en el caso concurren los presupuestos exigidos para que la acción de cesación sea acogida. En particular, el actor deberá proporcionar la prueba de la realización del acto o, en su caso, de la inminencia de su realización (de común a través de la prueba de actos de preparación), así como de las circunstancias fácticas determinantes de su deslealtad, sin perjuicio de que en ciertos supuestos el juez pueda imponer al demandado la prueba de la exactitud y veracidad de las indicaciones o manifestaciones que hayan motivado la contienda (art. 26 LCD). Asimismo, en caso de realización efectiva del acto de competencia desleal, compete al actor probar la existencia de un riesgo objetivo de repetición (o continuación, según las características

fácticas del supuesto en cuestión); en este sentido, el actor habrá de aportar los medios de prueba necesarios para acreditar que el acto combatido también será desleal en el futuro, que por su naturaleza y por las circunstancias del caso es susceptible de ser repetido o de tener continuidad en el tiempo, sea de la misma forma o de una forma sustancialmente idéntica, y, en fin, que es objetivamente esperable la continuación o repetición (sobre la prueba del riesgo de continuación o repetición, con algún detalle S. BACHARACH, *La acción de cesación para la represión de la competencia desleal*, pág. 117-119), incluso en el caso de que haya sido suspendida su realización con anterioridad a la presentación de la acción (v. SAP Navarra 4-V-1998 «Avena Kinesia/Avena Krammer»).

(10) La probabilidad de continuación o repetición, con todo, puede presumirse en principio a partir de la continuidad de la presencia en el mercado. Desde la perspectiva contraria, no existirá riesgo de repetición en aquellos supuestos en que el autor no se halla en condiciones de repetir o continuar la conducta desleal por haber terminado o cambiado su actividad. Tampoco lo habrá, no obstante la continuidad de la presencia en el mercado, en los supuestos en que el acto considerado, por su naturaleza y por las circunstancias del caso, sea de ejecución única o limitada a un tiempo determinado (*ad ex.* captación de trabajadores cuando no queden trabajadores por captar, cuando se haya accedido de este modo ya al secreto empresarial o cuando se haya eliminado al competidor), en que la conducta enjuiciada, especialmente en los supuestos de violación de normas, deje de constituir un acto de competencia desleal como consecuencia de una modificación legislativa (SAP Madrid 4-II-1997 «productos para el tratamiento de ostomías»), en que la actuación denunciada constituyera una medida de legítima defensa, o en que la persona que realizó el acto en cuestión se hubiera avenido de buena fe e íntegramente a los términos de una admonición o requerimiento extrajudicial de cesación. En este sentido, y como regla general, no parece necesariamente acertado exigir en todos los casos que la persona que ha realizado un acto de competencia desleal deba formular una «declaración inhibitoria reforzada con pena» para entender excluido el riesgo de repetición, por muy fundada que esté semejante práctica en otros países (así, no obstante, F. PANTALEÓN, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, T. I, pág. 960-963). En efecto, no puede olvidarse que los términos de un requerimiento de cese son libremente decididos por el eventual actor (actual perjudicado o amenazado), en cuya mano está, por tanto, exigir que el requerido acepte la pena convencional; si no lo considera necesario, esto es, si el requerimiento no comprende la previsión de una pena para el caso de repetición, no es tampoco razonable, ni tampoco parece cohonestable con las exigencias de la buena fe en materia de ejercicio de los propios derechos, acoger la ulterior acción de cesación del requirente cuando haya mediado una aceptación del requerimiento en todos sus términos y un cumplimiento efectivo de los mismos (incluida la abstención en los preparativos).

b Contenido

(11) La condena a cesar podrá comprender, según sean unas u otras las circunstancias del caso, una orden de cesación en sentido estricto, que incluya tanto la paralización del acto de competencia desleal que se estaba realizando al tiempo de la presentación de la demanda como la prohibición de la repetición de su realización, o bien una prohibición de poner en práctica el acto de competencia desleal que se estaba preparando al tiempo de interposición de la acción. La condena deberá fijar con precisión los términos de la cesación o, en su caso, de la prohibición (especialmente interesante en este sentido, SAP Cantabria 20-IV-1998 «Revuelta»), indicando, si procede, los extremos o elementos determinantes de la deslealtad del acto combatido cuya supresión o modificación permitiría su continuación.

(12) El contenido de la cesación se presenta normalmente revestido de carácter negativo, esto es, consiste normalmente en un no hacer, incluido el tolerar (no impedir o no entorpecer) las actuaciones del actor o de terceros o el tolerar determinadas situaciones de hecho. Ello no obstante, no han de faltar supuestos en los que el cumplimiento de la cesación exija del condenado un obrar positivo, en especial cuando se trata de evitar un particular efecto (la cesación de una determinada publicidad sólo se logra mediante la impartición de las instrucciones necesarias para que deje de emitirse o publicarse un anuncio, o para que se retiren las vallas publicitarias instaladas); en estos supuestos, la cesación se aproxima a la remoción de los efectos, si no llega a coincidir materialmente con ella.

(13) La eficacia práctica de la condena de cesación sólo se puede asegurar, en su caso y siempre de forma indirecta, mediante la remoción de los efectos o rectificación de las informaciones. Estas medidas son ellas mismas objeto de sendas acciones de competencia desleal (art. 18.3.^a y 4.^a LCD). *De lege data* no parece posible acudir con aquel fin a la imposición de multas coercitivas o medidas similares, que no pueden fundarse ni en una norma general ni en la extensión por analogía de lo previsto en materia de defensa de la competencia; en la doctrina, no obstante, se ha defendido la adopción de astringencias o multas dilatorias en materia de competencia desleal para el caso de que no se cumpla la correspondiente orden de cesación [primeramente y en relación con medidas cautelares F. PALAU, «Algunas cuestiones en torno al régimen de tutela cautelar establecido en la Ley de competencia desleal (Comentario al Auto del Juzgado de 1.^a Instancia núm. 3 de Castellón de 30 de julio de 1991)», *RGD*, núm. 576, 1992, pág. 8489 ss., pág. 8505 y 8506, así como J. MASSAGUER, *RDM*, núm. 206, 1992, pág. 764; más recientemente parece haberse sumado a esta línea, en relación con la acción principal y *de lege data*, F. PANTALEÓN, en r.: *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, T. I, 958].

(14) Por su parte, la ejecución forzosa *in natura*, consistente en deshacer lo hecho con infracción de la sentencia de condena a cesar, sólo parece posible en la medida en que se trate de un deshacer fungible; en otro caso, habrá que contentarse con la indemnización de los daños y perjuicios que pueda ocasionar el incumplimiento de la condena (conforme, A.v. ILLESCAS, en *Propiedad industrial y competencia desleal*, pág. 207-208).

4 LA ACCIÓN DE REMOCIÓN

(15) La acción de remoción de los efectos producidos por el acto de competencia desleal (art. 18.3.^a LCD) tiene por objeto la reconstitución del *statu quo* anterior a su realización. Esta pretensión posee un carácter autónomo respecto de la acción de cesación. Dicha autonomía encuentra su fundamento en un plano funcional y su manifestación n más relevante en un plano estructural. Bajo el primer aspecto, la acción de remoción no sólo permite el aseguramiento de la condena a cesar, sino también y principalmente la eliminación de aquel estado de cosas duradero que sea contrario a Derecho traído por el acto de competencia desleal. Bajo el segundo aspecto, los presupuestos materiales de la acción de remoción quedan desligados de los propios de la acción de cesación, permitiéndose de este modo poner fin al estado de cosas traído por el acto de competencia desleal también cuando su realización ha cesado y no existe riesgo de repetición. Por otro lado, y a diferencia de la acción de resarcimiento de daños y perjuicios, la acción de remoción está orientada por criterios estrictamente concurrenciales, por lo que su objetivo consiste en la eliminación de una distorsión actual de la competencia, y no en la satisfacción del interés perjudicado y, particularmente, en la reparación de los efectos dañosos producidos en el pasado por el acto combatido.

a Presupuestos

(16) Para que sea acogida la acción de remoción se requiere que el acto de competencia desleal produzca efectos distorsionadores de la competencia, así como también, aunque el texto legal guarde silencio en este punto, que tales efectos persistan no obstante la cesación. No son presupuestos de la acción de remoción ni el dolo o culpa del demandado, ni el riesgo de repetición, ni la producción de una lesión patrimonial. Tampoco parece exigible con carácter general la plena realización del acto de competencia desleal. Resultan, en efecto, fácilmente imaginables hipótesis en las que pueden existir efectos potencialmente distorsionadores de la competencia sin que todavía se haya realizado el acto de competencia desleal (material publicitario con indicaciones engañosas que aún no se ha distribuido). En estos casos, y del mismo modo que se admite para la acción de cesación preventiva (prohibición del acto no realizado pero inminente), debe acordarse la remoción como necesario complemento y desarrollo de la cesación cuando no sea suficiente por sí misma para asegurar que el acto desleal no se realizará (sin merma de su respectiva autonomía).

b Contenido

(17) El contenido de la remoción sólo podrá determinarse caso por caso, en atención a los efectos que produce (o que podría producir) el acto que motiva la demanda y de cuya eliminación se trata. En cualquier caso, puede avanzarse que las medidas de remoción que se acuerden han de ser objetivamente adecuadas para eliminar los efectos del acto de competencia desleal y, además, han de ser proporcionadas. Finalmente, las medidas de remoción acordadas judicialmente que consistan en un hacer que no pueda calificarse de hacer personalísimo podrán ser objeto de ejecución *in natura*.

(18) Por otro lado, y ahora con un carácter particular, la remoción puede actuar sobre los objetos en que se materializa el acto de competencia desleal (ellos mismos fuente de ulteriores perturbaciones concurrenciales en cuanto susceptibles de ser utilizados o explotados en el mercado: material publicitario, productos imitados, documentos, moldes, patrones, envoltorios, envases, etiquetas...) mediante su modificación, restitución (secretos empresariales), retirada del tráfico (v. SSAP *Navarra* 4-V-1998 «Avena Kinesia/Avena Krammen», *Cantabria* 20-IV-1998 «Revuelta») o incluso destrucción; sobre los registros en que se ampara un derecho (patente, modelo de utilidad, diseño industrial, marca, nombre comercial, rótulo, pero también denominación social, nombre de dominio...) cuya obtención o utilización sea desleal, mediante su cancelación, modificación o transferencia; sobre el estado de opinión creado por las informaciones contenidas en las indicaciones, alegaciones o manifestaciones desleales, mediante la publicación de la sentencia (de forma implícita, SAP *Barcelona* 8-VI-1995 «Grúas Vilafranca, S. A. c. Grúas y Transportes Vilafranca, S. A.», y probablemente también responda a ello el esfuerzo interpretativo hecho en SAP *Madrid* 13-XII-1994 «catálogos de muebles de cocina»), sin perjuicio de que este remedio sea también una modalidad de resarcimiento de daños y perjuicios [v. (36) a (40)], o mediante la publicación de desmentidos o la rectificación de dichas informaciones [que ha sido objeto de una regulación particular y de la que se trata (20) a (28)]; sobre los contratos realizados o establecidos a raíz del acto de competencia desleal (captación desleal de clientes o de colaboradores), mediante su suspensión temporal o incluso mediante la declaración de su ineficacia.

(19) Las medidas de remoción de efectos sólo pueden alcanzar directamente al demandado —esto es, su ejecución sólo ha de incidir en la esfera personal o patrimonial del demandado—, no a los terceros. Para ello es preciso que la condena de remoción sea dictada en un proceso en el que hayan sido demandados, lo que presupone que ellos mismos sean autores del acto de competencia desleal denunciado, que hayan

cooperado a su realización, que sean trabajadores o colaboradores de los anteriores (art. 20 LCD), o bien que hayan realizado un acto de competencia desleal distinto pero relacionado con el anterior.

5 LA ACCIÓN DE RECTIFICACIÓN

(20) Con la acción de rectificación de informaciones engañosas, incorrectas y falsas se da cabida a la pretensión de corrección (publicitaria o no) entre las acciones derivadas de la competencia desleal (art. 18.4.^a LCD). Así se había hecho ya de modo expreso para la publicidad ilícita [art. 31. d) LGP]. Si bien la determinación judicial (negativa) de la configuración de un acto que se ha considerado desleal no parece en absoluto superflua (que es el otro contenido que en principio podría atribuirse a la acción de rectificación), este extremo no deja de ser más propio del contenido de la condena de cesación. La relativa novedad y, sobre todo, la excepcionalidad y rigurosidad de sus presupuestos, en cambio, no hacen obvio que la corrección del acto desleal quede comprendida, sin una previsión expresa, en la acción de remoción. De ahí que parezca preferible entender que la acción de rectificación derivada de la competencia desleal es, en realidad, una acción que tiene por objeto la corrección de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas (abandono la lectura defendida en *Enciclopedia Jurídica*, pág. 84-85, aunque ésta parece ser la orientación de RJAAP 29-X-1998 «Whitehall»; en la línea ahora asumida ya S. BACHARACH, *La acción de cesación para la represión de la competencia desleal*, pág. 99-101, y C. LEMA, *Derecho de los Negocios*, núm. 6, 1991, pág. 5).

(21) Cualquiera que sea el *nomen iuris* asignado legalmente a esta acción, no puede pasarse por alto que la difusión de informaciones incorrectas o falsas no constituye *per se* un acto de competencia desleal. En este sentido, la acción de rectificación está reservada a remover los efectos de los actos cuya deslealtad pueda basarse en la difusión de informaciones engañosas, incorrectas o falsas: actos de engaño y de comparación engañosa, así como, aunque quizás en menor medida, actos de denigración y de comparación denigratoria. Pero no a cualquier supuesto de acto de engaño, de denigración o de comparación desleal, sino sólo a aquellos cuya ilicitud derive de la presencia de informaciones engañosas, incorrectas o falsas (v. **Art. 7**, **Art. 9** y **Art. 10**). Ello da lugar a dos consecuencias de distinto sentido. En primer término, no podrá pretenderse la rectificación cuando la deslealtad de estos actos tenga un sustento fáctico diverso, como sucede cuando la denigración es desleal por no ser pertinentes, en general, o por tener un carácter estrictamente personal, en particular, las manifestaciones realizadas o difundidas, o bien cuando la comparación es desleal por no ser análogos o relevantes los extremos comparados. En segundo término, no podrá pretenderse la rectificación cuando la deslealtad del acto considerado resulte de la omisión de indicaciones verdaderas, o bien, ahora desde un ángulo negativo, cuando no radique la misma en una información difundida mediante indicaciones, alegaciones o manifestaciones, sino v. *gr.* en la forma de presentación de las alegaciones, indicaciones o manifestaciones (publicidad encubierta).

a Presupuestos

(22) Por la extremada trascendencia de sus repercusiones, la condena de rectificación no sólo exige una contundente demostración de la falsedad o incorrección de las indicaciones, alegaciones o manifestaciones del caso (y, por tanto, que dicha falsedad o incorrección no resulte de una eventual insuficiencia de la actividad probatoria de la demandada, en su caso de conformidad con el art. 26 LCD, o de meros indicios: v. SAP *Cádiz* 20-II-1996 «imán terapéutico»), sino además la concurrencia de ciertos presupuestos especialmente rigurosos. De un lado, se requiere que los efectos residuales (que se manifiesten más allá de la cesación) del acto de competencia desleal

sean graves y extraordinariamente duraderos y, de otro lado, se requiere que la rectificación sea un remedio eficaz y proporcionado para poner fin a dichos efectos residuales. La prueba de todo ello compete al demandante que interesa la rectificación. En estrecha relación con el contenido de la rectificación, es exigible que la exactitud y veracidad de las indicaciones que incluya la rectificación hayan sido plenamente establecidas en el proceso. Como en los casos anteriores, para su adopción no se exige una actuación dolosa o negligente, ni tampoco la efectiva producción de un daño.

(23) En el primer sentido, la adopción de la condena a rectificar exige una comprobación cuidadosa de la efectiva persistencia de los efectos del acto de competencia desleal y de los riesgos que ellos comportan. Así, la rectificación debe reservarse para los casos en que, por el contenido de los mensajes falaces y por la duración e intensidad con que circularon, se haya inculcado a los consumidores un convencimiento erróneo acerca de la naturaleza, características, condiciones, utilidad...de determinadas actividades, prestaciones o establecimientos, o bien se haya provocado entre los consumidores un descrédito de la persona, actividades, establecimiento o prestaciones del demandante o de un tercero tan acendrados (engaño y denigración) que no sólo no vayan a desaparecer con la cesación del acto desleal, sino que vayan a seguir influyendo efectiva y decisivamente en las preferencias y decisiones de los consumidores (de ahí que pueda descartarse su aplicación en los supuestos de ofertas promocionales, que por definición tienen una reducida duración) y que, incluso, pudieran ser reavivados por nuevos mensajes del todo veraces (como destaca C. FERNÁNDEZ NOVOA, *Estudios de Derecho de la publicidad*, pág. 280). Semejante influencia podrá ser modulada y exigirse con una intensidad diversa en función de los riesgos derivados de la contratación de las prestaciones promocionadas para los consumidores.

(24) Asimismo, es debida una comprobación de la gravedad de tales efectos, hecha a partir de una valoración de los intereses involucrados, especialmente atenta a los riesgos que para los intereses de los consumidores (en particular para su seguridad y su salud) pudieran comportar los efectos residuales del acto de competencia desleal (por ejemplo, contratación de un producto promocionado mediante el acto desleal en la creencia de que carece de efectos secundarios).

(25) Además de lo anterior, para que proceda la rectificación de informaciones engañosas, incorrectas o falsas se requiere igualmente que, en la práctica y a la vista de las circunstancias del caso, esta medida sea eficaz, esto es, que realmente sea adecuada para poner término a los efectos residuales del acto de competencia desleal detectados. Asimismo se requiere, de otra parte, que sea proporcionada, en el sentido de que la rectificación sea el único remedio posible, o el remedio menos gravoso disponible, para deshacer la situación creada por el acto desleal. Sin lugar a dudas, eficacia y proporcionalidad no agotan su relevancia en este ámbito como presupuestos de la condena a rectificar, sino que también son criterios que deben presidir de forma principal la determinación judicial del contenido de este remedio.

b Contenido

(26) La rectificación consiste en la difusión de una comunicación que deberá advertir de forma expresa y clara de la inexactitud o falsedad de las indicaciones o manifestaciones difundidas con anterioridad y que, de otro lado, deberá proporcionar asimismo la información exacta y veraz que resulte pertinente, en la medida en que esto último sea imprescindible para poner término a los efectos residuales del acto de competencia desleal (lo que por regla general será el caso en los supuestos de engaño, y no lo será en los supuestos de denigración). La rectificación no consiste, por tanto, en la mera publicación de la sentencia de condena, que acertadamente se ha configurado como modalidad de reparación *in natura* de los daños y perjuicios ocasionados por el acto de

competencia desleal [v. **(36)** a **(38)**], si bien en algunos casos no se diferencia con claridad entre la publicación de la sentencia de condena, que en materia de publicidad ilícita es objeto de una pretensión autónoma [art. 31. c) LGP] y rectificación (*cf.* SAP *Madrid* 4-X-1994 «las noticias son totalmente falsas»). En todo caso, la rectificación deberá incluir una referencia expresa al hecho de que se realiza en cumplimiento de una sentencia de condena por competencia desleal.

(27) Lo extraordinario de este remedio obliga a que la sentencia de condena fije cuidadosamente tanto el contenido de la rectificación, como las condiciones en que habrá de difundirse: el medio (en esencia, comunicaciones individualizadas orales o escritas a los afectados y/o publicación en medios de comunicación social) y la duración, lo que a su vez exige —si es que se quiere evitar la incongruencia de la sentencia— que con carácter previo el suplico de la demanda tenga la necesaria amplitud y el suficiente grado de precisión en relación con estas cuestiones. El criterio determinante al respecto es el aseguramiento de que la rectificación llega al público que en su día recibió las informaciones engañosas, inexactas o falsas, y de que efectivamente elimina los efectos residuales del acto de competencia desleal (sobre todos estos extremos se pronuncia SJPI *Madrid* 17-XII-1996 «Asociación Española de Productores de Huevos c. Fuertes, S. A.»).

(28) La condena a rectificar únicamente puede imponerse de modo directo al autor de la difusión de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas en que se funde el acto de competencia desleal considerado en cada caso. No puede imponerse, en cambio, a quienes hayan cooperado a su realización, como editores, entidades de radiodifusión... salvo que hayan hecho propias tales informaciones. A estos sujetos, y siempre que fueran igualmente demandados (art. 20 LCD), podrá en su caso de condenárseles, de un lado, a hacer público su distanciamiento respecto de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas y, de otro lado, a difundir a su costa la rectificación en los términos establecidos judicialmente.

6 LA ACCIÓN DE RESARCIMIENTO DE DAÑOS Y PERJUICIOS

(29) La acción de resarcimiento de daños y perjuicios (art. 18.5.^a LCD) no ocupa un lugar central en el sistema de acciones contra la competencia desleal, ni desde un punto de vista funcional ni desde un punto de vista económico. Como se ha advertido anteriormente, este rol principal corresponde a la acción de cesación y, en menor medida, a la acción de remoción. La acción de resarcimiento tiene u'na función compensatoria; ello no obstante, y desde un punto de vista práctico, es innegable que, aunque ello no haya sido normativamente asumido en su configuración, la acción de resarcimiento actúa también como factor disuasorio o preventivo de nuevos actos de competencia desleal y, en conjunto, despliega una función aseguradora del mantenimiento del orden concurrencial libre y no falseado.

a Presupuestos

(30) El resarcimiento de los daños y perjuicios procede si el acto de competencia desleal ocasionó una lesión patrimonial (daño emergente y lucro cesante) efectiva y, de otro lado, si su autor procedió con dolo o culpa. La comisión del acto de competencia desleal no determina necesariamente la existencia de un daño y, por ello, debe exigirse que se concrete y que se pruebe su realidad, efectividad y cuantía [SSAP *Toledo* 4-IV-1992 «Vidal Sassoon/Iber Neutro», *Burgos* 26-V-1992 «sin la solvencia de la primera firma de ascensores» (confirmada por STS 20-III-1996), *Barcelona* 15-III-1993 «sin los efectos desagradables del cloro» (confirmada sobre el fondo por STS 8-V-1997), *Cantabria* 1-IV-1993 «esperando poder seguir contando con su confianza», *Valencia* 5-V-1993 «Vida Sasoon/Neymi Tayko» (casada en relación con el fondo por STS 5-VI-1997 «Vidal

Sasoon/Neymi, Tayko»), *Barcelona* 6-X-1993 «inválida para negocios marítimos», *Valencia* 8-XI-1993 «Wyn Olis, Co.», *Baleares* II-XI-1993 «Asociación (Gremio) de Libreros de Mallorca c. Hipermercado S.A. de D., S. A.», *Madrid* 13-XII-1994 «catálogos de muebles de cocina», *Huesca* 21-I-1995 «Esloalsa, S. L. c. AG Empresas, S. L. y otro», *Madrid* 18-II-1995 «carta abierta a clientes proveedores y amigos», *Barcelona* 24-V-1995 «El Rey. Primera biografía autorizada», *Barcelona* 29-XII-1995 «Pepe/Pepe Pardo», *Valencia* 21-X-1997 «estuches para sábanas adaptables», *Madrid* 22-IV-1998 «triángulo con fondo verde y blanco», *Barcelona* 14-IX-1998 «único curso autorizado»], admitiéndose obviamente que este último extremo se determine en fase de ejecución de sentencia, previa determinación en su caso de las bases de cálculo en la sentencia que se pronuncie sobre el fondo. Ello no obstante, y en línea con la jurisprudencia establecida con carácter general (por todas, STS 8-VII-1996 «Cordonett c. Cordón Negro»), podrá entenderse satisfecho este requisito si de la naturaleza de los hechos enjuiciados y de las circunstancias concurrentes se sigue como consecuencia lógica e inevitable la producción de un daño efectivo (en esta línea, y con independencia de que en el caso se estimara o desestimara la pretensión, deben entenderse SSAP *Baleares* 9-VI-1994 «Can Elías/Pianos Ca N'Elías», *Barcelona* 8-VI-1995 «Grúas Vilafranca c. Grúas y Transportes Vilafranca», *Barcelona* 10-I-1996 «Fumispore/Fungistop», *Barcelona* 7-II-1996 «Vitastan», *Barcelona* 31-VIII-1998 «carátulas de discos compactos»), debiendo el demandante realizar el esfuerzo probatorio necesario para acreditar suficientemente que de dicha naturaleza y circunstancias se sigue un daño efectivo como consecuencia lógica y razonable y debiendo. Asimismo, será necesario que el actor proporcione prueba suficiente de la relación de causalidad entre el acto de competencia desleal y el daño [SSAP *Burgos* 26-V-1992 «sin la solvencia de la primera firma de ascensores», *Barcelona* 15-III-1993 «sin los efectos desagradables del cloro» (confirmada sobre el fondo por STS 8-V-1997), *Alicante* 26-XII-1996 «Electro 2000», *Cantabria* 20-IV-1998 «Revuelta», *Navarra* 4-V-1998 «Avena Kinesia/Avena Krammen», *Valencia* 14-XI-1998 «Querol, S. A. c. Don Bongo, S. A.», así como de la culpa o dolo del demandado (SSAP *Barcelona* 14-III-1995 «dispositivo para el acondicionamiento del agua», *Madrid* 10-VI-1996 «competencia de expleado»).

(31) Dolo y culpa fundan en igual medida la responsabilidad por daños y perjuicios: no existe un ajuste del importe de la eventual indemnización en función de la gravedad de la conducta del demandado; en caso de culpa, con todo, se abre la posibilidad de moderar la responsabilidad en atención a una eventual conducta igualmente culposa del actor (y en particular por causa de la omisión de la adopción de aquellas medidas que hubieran podido evitar o aminorar el daño).

(32) El dolo consiste en el conocimiento efectivo de la deslealtad de la propia actuación y la voluntad de llevarla a cabo para conseguir los correspondientes resultados, pero también en la consciente aceptación de la deslealtad o no comprobación de la deslealtad cuando ya se ha decidido la actuación y la ilicitud concurrencial se tiene por posible; no se exige, en cambio, voluntad de ocasionar un daño o aceptación de un daño como consecuencia de la actuación desleal.

(33) Por su parte, la culpabilidad consiste en el conocimiento de la actuación y la voluntad de llevarla a cabo ignorando negligentemente sea la deslealtad misma de la conducta, sean las circunstancias de hecho en que se funda dicha deslealtad o ilicitud; como en el caso anterior, tampoco es preciso que dicho conocimiento debido se extienda a los daños y perjuicios ocasionados a terceros. Con carácter general, la culpa se puede afirmar en todos los casos en que un examen diligente de la propia actuación y de las circunstancias del caso (extremo que ha de valorarse en atención a las condiciones del demandado, que no necesariamente es un empresario) hubiere permitido pronosticar la deslealtad o hubiere permitido superar un error acerca de su

calificación jurídica como acto de competencia desleal; por el contrario, sólo parece posible negar la culpabilidad, incluso cuando haya mediado un requerimiento de cese, en los casos en los que la conducta realizada encuentre amparo en una autorización pública o en los que existan dudas acerca del enjuiciamiento (calificación jurídica) de una determinada conducta, sea por el carácter novedoso (falta de precedentes) y complejo del supuesto, sea por la existencia de precedentes contradictorios, si en cualquiera de estas circunstancias se ha obtenido un asesoramiento externo independiente que ofrezca razones serias y fundadas para entender que la actuación considerada es conforme a Derecho. En consecuencia, no ha habido una objetivación de la responsabilidad por daños y perjuicios derivados de la comisión de un acto de competencia desleal (desde luego en la intención del legislador no estaba establecerla: *cfr.* intervención del Sr. Galán: Cortes Generales, *Diario de Sesiones*, Senado, Comisiones, IV Legislatura, núm. 56, pág. 22, col. izq.). No parece haber lugar, en consecuencia, para una extensión de la doctrina jurisprudencial sobre la responsabilidad por riesgo u objetivación de la responsabilidad extra contractual del que causa daño a otro en ejercicio de una actividad empresarial (no obstante, STS 30-V-1992 «no era un equipo eficaz», con nota crítica en este punto de J. MASSAGUER, *CCJC*, núm. 29, 1992, pág. 610 ss., pág. 635-637). Ello no obstante, y atendidas las circunstancias que típicamente rodean a los actos de competencia desleal y a sus autores —profesionalidad de los operadores, creación de situaciones de riesgo para terceros, aprovechamiento de los resultados de la actuación concurrencial— puede partirse del deber de asumir un estricto estándar de diligencia en la comprobación de la legalidad de la propia conducta y, consiguientemente, puede aceptarse en este ámbito la imposición del *onus probandi* acerca de la inexistencia de dolo o culpa al demandado en aquellos supuestos en que el demandante ofrezca prueba cumplida de la realidad del daño y del debido nexo de causalidad.

(34) Observa igualmente una conducta dolosa o culposa quien inicialmente no procedió con dolo o culpa si con posterioridad se encontró en cualquiera de las situaciones expuestas y, ello no obstante, continuó en la realización del acto de competencia desleal.

b Contenido

(35) El resarcimiento puede consistir tanto en la reparación por equivalente o pecuniaria, como en la reparación específica o *in natura*. Con la reparación específica no se trata de reconstituir la situación anterior a la comisión del acto de competencia desleal —que es el objeto propio de las acciones de remoción y de rectificación—, sino de atribuir una satisfacción que reconstruya la utilidad lesionada por el acto de competencia desleal. De las distintas modalidades de reparación específica, únicamente la publicación de la sentencia ha merecido una mención particular, habiéndose silenciado por el contrario otras modalidades, como la atribución de la propiedad de ciertos productos (imitaciones, productos fabricados con empleo de secretos empresariales); el silencio legal, sin embargo, no ha de ser obstáculo para admitir cualquier otra pretensión que tenga por objeto una reparación específica. No puede olvidarse, con todo, que, aunque en un plano teórico, a la reparación *in natura* corresponde prioridad sobre la reparación por el equivalente, lo cierto es que aquella primera juega un papel limitado en materia de competencia desleal.

c (sigue) Publicación de la sentencia

(36) A diferencia de lo que sucede en las normas relativas a la acción de publicidad ilícita y a las acciones por violación de patentes y marcas, la publicación de la sentencia ha sido encuadrada como una particular modalidad de la indemnización de daños y perjuicios (correctamente, *SSAP Toledo 4-IV-1992*, «Vidal Sassoon/lber

Neutro», *Valencia* 8-XI-1993 «Wyn Olis», *Barcelona* 9-XI-1994 «catálogo de juntas de estanqueidad»). Ello constituye una solución técnicamente impecable, pues la publicación de la sentencia no deja de ser una modalidad de reparación específica y por ello su mención simplemente recuerda lo que ya se conoce con carácter general (por todos, F. PANTALEÓN, en C. PAZ-ARES, L. DíEZ-PICAZO, R. BERCOVITZ y P. SALVADOR, *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, art. 1. 902, págs. 2001-2002). La publicación de la sentencia no puede considerarse, en este contexto, como un simple complemento o accesorio de la reparación pecuniaria [no obstante, SSAP *Burgos* 26-V-1992 «sin la solvencia de la primera firma de ascensores» (confirmada por STS 20-III-1996), *Madrid* 13-XII-1994 «catálogos de muebles de cocina», o *Madrid* 10-VI-1996 «competencia de expleado»]. Este encuadramiento sistemático, no ha de impedir sin embargo, que la publicación de la sentencia pueda igualmente ser el contenido propio de una condena de remoción, siempre que concurren los requisitos exigidos al efecto y en particular siempre que este remedio se revele adecuado para restaurar la situación de hecho anterior a la realización del acto de competencia desleal (*cf.* SSAP *Madrid* 13-XII-1994 «catálogos de muebles de cocina», *Barcelona* 8-VI-1995 «Grúas Vilafranca C. Grúas y Transportes Vilafranca») [v. (18)].

(37) Como modalidad de resarcimiento de daños y perjuicios, la publicación de la sentencia está condicionada a que concurren los requisitos exigidos con carácter general para la estimación de la acción de resarcimiento, debiendo rechazarse en otro caso (SAP *Toledo* 4-IV-1992, «Vidal Sassoon/Iber Neutro», *Valencia* 8-XI-1993 «Wyn Olis, Co.»). A estos requisitos generales debe añadirse otro de carácter particular, como es la adecuación de la publicación de la sentencia para cumplir una función resarcitoria en el caso considerado: la publicación de la sentencia sólo puede ordenarse en la medida en que, a la vista de las circunstancias del supuesto de hecho, pueda efectivamente reparar la lesión patrimonial ocasionada por el acto de competencia desleal. Por el contrario, su otorgamiento no debe hacerse depender de la continuidad del acto de competencia desleal o de sus efectos, como tampoco ha de condicionarse, de otro lado, a la concurrencia de un eventual interés de terceros en el conocimiento del fallo (no obstante, y aunque en materia de marcas donde la pretensión de publicación de la sentencia se ha desvinculado formalmente del resarcimiento de daños y perjuicios, SAP *Valencia* 3-II-1998 «Pepe Jeans/Pepe's Tejanos»). En relación con esto último no puede olvidarse que, como se expone seguidamente [v. (40)], las sentencias son públicas y que, por ello, nada impide al demandante darles la publicidad que considere más adecuada a sus intereses, y en este sentido que en el ámbito del artículo 18.5.^a de la Ley de Competencia Desleal no se discute la utilidad social de dicha publicación, sino su idoneidad para reparar una lesión patrimonial efectiva ocasionada al actor.

(38) En consecuencia, a la publicación de la sentencia como modalidad de resarcimiento se ha de recurrir en los supuestos, no precisamente escasos, en que los daños afecten directamente al prestigio o imagen del perjudicado (SAP *Badajoz* 24-I-1997 «únicos legalmente autorizados», aunque la condena a la publicación de la sentencia se acuerda para resarcir daños «morales, espirituales o inmateriales...cuya cuantificación económica no es posible calibrar») o los perjuicios deriven de la desviación de clientela y su cuantificación no sea posible en absoluto o no sea posible en parte. La publicación de la sentencia se puede sumar a la indemnización pecuniaria de los daños y perjuicios cuando se juzgue probada su cuantía sólo hasta una cierta cifra y su efectiva existencia por una cifra superior pero indeterminada.

(39) Nada se ha dispuesto acerca del modo en que debe hacerse la publicación de la sentencia, en particular no ha precisado ni el lugar ni el contenido de la publicación. Son extremos que, como no podía ser de otro modo, se han confiado a jueces y tribunales, pues sólo pueden resolverse adecuadamente a la vista de las circunstancias del caso.

Su determinación corresponde a la parte dispositiva del fallo, y no al arbitrio del demandado. En principio, parece razonable que la publicación se realice en los mismos medios de comunicación social a través de los que se hubiere difundido el acto de competencia desleal y, en los demás supuestos, que se realice de forma que la noticia de la sentencia llegue de modo suficiente y proporcionado a los clientes del afectado por el acto de competencia desleal, incluida la publicación en medios de comunicación social (en el caso de un acto de imitación, prensa escrita: SJPI *La Almunia de Doña Codina* 25-XI-1992 «Panama Jack»). El contenido de la publicación debe reducirse, en principio, a un extracto de la sentencia (elaborado por el juzgador) o a la parte dispositiva de la sentencia [SAP *Cádiz* 20-II-1996 «imán terapéutico», SJPI *Ibi* 5-XII-1992 «la única que cumple todas las normas de seguridad» (confirmada por SAP *Alicante* 16-11-1994)]. No parece adecuado, por el contrario, que el objeto de la publicación sea el texto entero de la sentencia, que no sólo carece de interés para el público en general, sino que incluso puede carecer de utilidad como medida de resarcimiento cuando, por su extensión y más que necesaria complejidad, pasa inadvertida o no es comprendida por los destinatarios naturales de la misma.

(40) La previsión de una publicación de la sentencia a costa del demandado como sanción del acto de competencia desleal no impide que el actor-victorioso la publique a su costa. Las resoluciones judiciales, en efecto, son de libre publicación, dado su carácter de acto oficial público (arts. 24.2 y 120.1 CE —tal y como han sido interpretados, respectivamente, por STC 176/88, de 4 de octubre «prórroga del secreto sumarial», y STC 30/82, de 1 de junio «suspensión de acreditaciones a Diario 16»— y art. 266.1 LOPJ; Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial) y dada la licitud de la difusión de información veraz concurrentemente desfavorable a un agente económico siempre que sea pertinente (arg. ex art. 9 LCD, y en esta línea STS 28-VII-1995 «carta a convecinos»; v. también la Resolución del Consejo General del Poder Judicial aprobando un Informe del Gabinete Técnico, de la que da cuenta A. ZURITA, «La publicidad de las sentencias», *Actualidad Aranzadi*, núm. 137, 1994, pág. 2). El actor, en principio, puede dar publicidad a la sentencia de forma íntegra o de forma extractada, pero sin alteraciones, mutilaciones, adiciones o comentarios que puedan desmerecer el crédito de la parte demandada-vencida y sin que tenga lugar en una ocasión o de forma que, atendidas las circunstancias del caso, pueda considerarse impertinente.

d (sigue) Indemnización en dinero

(41) A los efectos del resarcimiento por el equivalente, la cuantía de los daños habrá de comprender la pérdida directamente producida por el acto de competencia desleal: minoración del valor de la imagen y expectativas de negocio del actor que no logren evitarse con la cesación y, en su caso, rectificación, o con las medidas que hubiere podido adoptar el actor; valor de objetos sustraídos que no puedan recuperarse o de objetos dañados; gastos para la prevención o neutralización de los efectos sobre la clientela (publicación de anuncios, envío de comunicaciones, medidas de promoción de ventas...) que puedan considerarse necesarios y proporcionados según las circunstancias del caso; investigación y acopio de pruebas; asesoramiento legal y técnico; paralización de la producción o comercialización.

(42) Entre los daños resarcibles, y en la medida en que entre ellos se debe entender comprendida la totalidad de los daños producidos en efecto por el hecho ilícito, pueden contarse igualmente los daños morales. Algún reparo ha suscitado, no obstante, esta posibilidad, fundado de forma más o menos clara en la limitación de la legitimación activa a las personas cuyos intereses económicos resulten directamente perjudicados o amenazados por el acto de competencia desleal (v. R. BELLIDO, *La tutela frente a la competencia desleal en el proceso civil*, pág. 128-129). No parece, con todo, un

argumento decisivo, sea porque legitimación activa y contenido de las pretensiones se encuentran en planos diversos, sea porque la reparación del daño moral no deja de satisfacer un interés económico, sea porque no existen criterios de determinación de los daños y perjuicios legalmente fijados que sean incompatibles con la reparación de los daños morales, sea, en fin, porque los presupuestos de la responsabilidad por daños son los mismos que se exigen con carácter general (la diferencia se limita al ámbito procesal: prescripción y competencia territorial). Bajo este último aspecto, en particular, la denegación de la indemnización de los daños morales bien pudiera parecer extremadamente formalista. De hecho, los tribunales están concediendo indemnizaciones por este concepto (v. SSAP *Barcelona* 27-I-1995 «UAP», *Pontevedra* 18-IX-1997 «Tisega, S. L. c. Insega, S. L.»; cfr. también SAP *Badajoz* 24-I-1997 «únicos legalmente autorizados»). Debe repararse, sin embargo, en que en buena parte de las ocasiones lo que se califica de daños morales tal vez sean en puridad daños patrimoniales, como es el caso de los daños ocasionados a la imagen, buen nombre o prestigio (cfr. SSAP *Barcelona* 6-X-1993 «inválida para negocios marítimos», *Alicante* 26-XII-1996 «Electro 2000»), conceptos reconducibles todos e integrantes del más amplio de fondo de comercio o *goodwill*. La consecuencia práctica del desplazamiento desde el daño patrimonial al daño moral en estos casos es una evidente relajación en la exigencia de la prueba de la efectividad y, sobre todo, de la cuantía del daño sufrido.

(43) Los perjuicios, de su lado, son los beneficios dejados de obtener precisamente como consecuencia del acto desleal (y durante todo el tiempo en que produce sus efectos), la diferencia entre el valor actual del patrimonio del actor y aquel que habría tenido si no se hubiere realizado el acto de competencia desleal, sin incluir en el cálculo las simples expectativas de ganancias (v. SAP *Barcelona* 24-V-1995 «El Rey. Primera biografía autorizada»). La cuantificación de los perjuicios encuentra enormes dificultades en la práctica, exigiéndose como se exige prueba acabada de la misma (v. SAP *Barcelona* 31-VIII-1998 «carátulas de discos compactos»). Tales dificultades se manifiestan fundamentalmente, y como es obvio, en la reconstrucción del valor hipotético del patrimonio del actor, puesto que debe hacerse en atención a un también hipotético desarrollo normal de las cosas, esto es, en atención a criterios de probabilidad según el curso normal de los acontecimientos (*ad ex.* STS 16-VI-1993 «Autocares Valladolid, S. A.»). De ahí que no sea lícito concluir *a priori* que todo el incremento de valor del patrimonio del que realiza el acto de competencia desleal se corresponde con los perjuicios del que lo padece o, al contrario, que toda la disminución del valor del patrimonio de este último equivale a sus perjuicios. Por el contrario, es obligado considerar todas las circunstancias concurrentes en el caso que puedan explicar la evolución de los ingresos y la posición de mercado del demandante (v. SSAP *Huesca* 21-I-1995 «Esloalsa, S. L. c. AG Empresas, S. L. y otro», *Cantabria* 20-IV-1998 «Revuelta»). En particular, han de tomarse en consideración circunstancias tales como la capacidad productiva del que realiza el acto de competencia desleal y del que padece sus efectos patrimoniales; la concurrencia de otros competidores y su actuación; la coincidencia de la clientela (SAP *Cantabria* 20-IV-1998 «Revuelta»); las dificultades financieras, organizativas o tecnológicas que pudiera padecer el afectado por el acto ilícito (SAP *Valencia* 14-XI-1998 «Querol, S. A. c. Don Bongo, S. A.»); la situación y tendencias del mercado, con especial atención a la eventual disminución de ventas en la zona en que tiene lugar la conducta desleal (SAP *Navarra* 4-V-1998 «Avena Kinesia/Avena Krammer»); las medidas adoptadas para evitar los efectos del acto ilícito, y entre ellas la reducción de los propios precios (SAP *Alicante* 25-IX-1998 «autoescuelas») o, desde la perspectiva contraria, la posible adopción de medidas cautelares que paralizaran la realización del acto de competencia desleal durante la tramitación del procedimiento (SAP *Barcelona* 19-IV-1995 «en el Super del año pasado hay algo que colea»). Y todo ello siempre con buen cuidado de deslindar las ganancias dejadas de obtener por causa de las facetas desleales de la actuación del demandado

de las ganancias dejadas de obtener por cuanto tiene de competencia lícita la actuación del demandado (v. STS 23-II-1990 «competencia de socios», SSAP Zaragoza 18-XII-1996 «sonda para inseminación», Cantabria 20-IV-1998 «Revuelta»). La efectiva presencia de circunstancias que, en efecto, hayan contribuido a disminuir los daños y perjuicios o que revelen que la disminución patrimonial no se debe enteramente a la conducta desleal puede encontrar el debido reflejo en la fijación de la indemnización mediante un porcentaje sobre ingresos obtenidos por el que cometió el acto de competencia desleal, en su caso limitados a los obtenidos en el mercado (objetivo y/o territorial) en que se produjo el efecto desleal sancionado. La complejidad de los factores que influyen en este proceso de cálculo, sumada a la diversidad de las situaciones a que dan lugar los diferentes actos de competencia desleal, impiden fijar reglas generales (al menos sin abandonar el esquema general de la responsabilidad extracontractual): *ad ex.*, la cifra de negocios del autor del acto de competencia desleal en relación con los productos afectados podría servir para reparar los perjuicios que ocasiona una imitación idónea para generar asociación (y ésta es la base de cálculo adoptada por SAP Navarra 4-V-1998 «Avena Kinesia/Avena Krammer»), como el precio percibido por una determinada prestación podría ser un criterio de cálculo adecuado cuando la contratación de dicha prestación con tercero sea resultado de un desleal aprovechamiento del esfuerzo ajeno (SAP Pontevedra 18-IX-1997 «Tisega, S. L. c. Insega, S. L.»), pero ninguno de estos parámetros lo es en absoluto para reparar los que produce la imitación o la contratación si comporta un aprovechamiento indebido de la reputación ajena, como en general no lo es en ningún caso en que el perjuicio, del modo en que sucede en una buena parte de los actos de competencia desleal, consista en la desviación de clientela. Lo cierto es que no existe ninguna norma que proporcione al juzgador específicos criterios para la determinación de los perjuicios y que, de otro lado y por ello mismo, facilite al actor la prueba de la cuantía de los perjuicios, en particular acerca de la hipotética evolución de sus ingresos y gastos en el caso de que no se hubiere realizado el acto de competencia desleal.

(44) Finalmente y como consecuencia obligada del principio de territorialidad que rige en esta materia, sólo son resarcibles los daños y perjuicios ocasionados en el mercado español (SAP Zaragoza 18-XII-1996 «sonda para inseminación»).

7 LA ACCIÓN DE ENRIQUECIMIENTO INJUSTO

(45) La acción de enriquecimiento injusto (art. 18.6.^a LCD) sólo procede si el acto de competencia desleal comporta la invasión de la esfera de exclusiva asegurada por el ordenamiento al actor, sea de modo directo mediante un derecho de exclusiva (*ius prohibendi*) o indirectamente (situación de contenido económico análogo a un derecho de exclusiva). Acoge en este punto la Ley de Competencia Desleal una *condictio* por intromisión (v. L. Díez-PICAZO, en M. DE LA CÁMARA y L. Díez-PICAZO, *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, Civitas, Madrid, 1988, pág. 116 ss., pág. 124, J. M.^a MIQUEL, voz «Enriquecimiento injustificado», *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995, pág. 2806), fundada en la usurpación de determinados elementos patrimoniales ajenos y llamada a reintegrar a su titular el provecho económico obtenido indebidamente por el autor de esta clase de actos de competencia desleal; de este modo recibe por primera vez una expresión legal clara lo que únicamente se atisbaba en la Ley de Propiedad Intelectual, en la Ley de Patentes y en la Ley de Marcas [v. L. Díez-PICAZO, en R. BERCOVITZ (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, La ed., Madrid, Tecnos, 1989, art. 125, pág. 1695, C. FERNÁNDEZ NOVOA, *El enriquecimiento injustificado en el Derecho industrial*, pág. 12-18, P. PORTELLANO, *La imitación en el Derecho de la competencia desleal*, pp.147-154] y ya ha obtenido el reconocimiento de los tribunales en materia de propiedad intelectual (v. STS 19-VII-1993 «televisor en bar») y de propiedad industrial (v. SAP Albacete 13-IV-1998 «botas deportivas»). Como sucede en términos generales (v. STS 20-V-1993 «Framun, S. A.

c. Tapaq Oficinas, S. L.»), tampoco en materia de competencia desleal tiene esta clase de acción de enriquecimiento injusto un carácter subsidiario respecto de la acción de indemnización de daños y perjuicios: el enriquecimiento injusto y los daños y perjuicios son conceptos diversos que bien pueden concurrir en un mismo supuesto (correctamente, SAP Zaragoza 18-XII-1996 «sonda para inseminación») y frente a los que debe en todo caso prevalecer íntegramente la tutela que dispensa el ordenamiento. Dicho esto, no puede desconocerse, sin embargo, que en la práctica la previsión de la acción de enriquecimiento injusto viene a llenar el hueco que, en estos supuestos, deja la acción de indemnización de daños y perjuicios, sea por razón de algunos de sus presupuestos, como la exigencia de dolo o culpa, sea, de otro lado, por razón de las limitaciones que a su contenido impone la función resarcitoria, como la limitación de la reparación a los daños y perjuicios efectivamente sufridos (condición que no tienen ni el daño cesante o ahorro de costes ni el lucro emergente logrados a través de la invasión de una esfera de exclusiva ajena).

a Presupuestos

(46) El condicionamiento de la acción de enriquecimiento a la lesión de una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva, y no del propio derecho de exclusiva, o de una situación económica análoga no añade un presupuesto particular a los propios de esta acción según Derecho común (*cf.* SSTS 19-V-1993 «botellas Bayley's», 25-IX-1997 «Lico c. Alico»), ni tampoco constriñe de otro modo el campo operativo de la acción de enriquecimiento injusto (*cf.* L. Díez-PICAZO, en M. DE LA CÁMARA y L. Díez-PICAZO, *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, ob. cit., pág. 124-125, o C. FERNÁNDEZ NOVOA, *El enriquecimiento injusto en el Derecho industrial, passim*). Al contrario, con aquella previsión se define el supuesto de hecho, especificando el contexto fáctico propio de esta acción (el tránsito no justificado de un valor patrimonial desde un patrimonio a otro) en materia de represión de la competencia desleal. Para que se produzca dicho tránsito, en efecto, es preciso que exista algún tipo de título jurídico o de hecho (pero también éste jurídicamente protegido) sobre el bien económico afectado por la acción ilícita de un tercero (en este caso, por el acto de competencia desleal). Este título se identifica justamente como «posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico».

(47) Por lo demás, los presupuestos de la acción de enriquecimiento injusto y el contenido de la restitución pretendida con ella son los generales de Derecho común. Estos presupuestos son, en primer lugar, el enriquecimiento patrimonial del autor del acto de desleal, que puede consistir tanto en la obtención de determinadas ganancias como, lo que aquí puede ser de un especial interés, en el ahorro de ciertos gastos que reporta el aprovechamiento de las prestaciones ajenas amparadas por un derecho de exclusiva o posición de contenido económico análogo; en segundo lugar, el empobrecimiento del que sufre el acto de competencia desleal, resultado de la usurpación de una posibilidad de uso o disfrute atribuida por el ordenamiento al actor, de modo que el enriquecimiento que experimenta el tercero se obtiene a costa del actor, mediante la intromisión ilegítima en su posición para el desarrollo de la propia actividad; finalmente, la falta de causa que justifique el enriquecimiento, extremo que encarna *per se* la deslealtad de la conducta, sin necesidad de que la ilegitimidad de la invasión de la esfera de exclusiva ajena venga acusada por ningún otro factor adicional. No son presupuestos de la acción de enriquecimiento ni el dolo ni la culpa del autor del acto desleal.

(48) Entre las posiciones amparadas por un derecho de exclusiva se cuentan los derechos de propiedad industrial y de propiedad intelectual (en el bien entendido de que la pretensión de enriquecimiento injusto comprendida en la acción de competencia desleal no se basa en la mera violación del correspondiente *ius prohibendi*). Entre las

posiciones de análogo contenido económico, se deben contar las posiciones activas en la relación entre un sujeto y un determinado bien económico en que el ordenamiento reserva a su titular la explotación de dicho bien económico a través de cualquier mecanismo, incluido el Derecho contra la competencia desleal (*cf.* art. 8.2 LTPS), que le legitime para impedir a los terceros su aprovechamiento salvo que cuenten con su autorización (aunque no necesariamente en todos los casos y bajo cualquier condición). Son objeto de esta clase de posiciones de contenido económico análogo a los derechos de exclusiva, particularmente, aquellos bienes inmateriales cuya protección jurídica no se establece mediante la atribución de un derecho subjetivo de exclusión en favor de su titular, como por ejemplo los signos distintivos no inscritos, los elementos y rasgos identificativos de una persona, los secretos empresariales (*v.* C. FERNÁNDEZ NOVOA, *El enriquecimiento injusto en el Derecho industrial*, pág. 91-110), o las prestaciones protegibles frente a la imitación desleal o frente al aprovechamiento desleal del esfuerzo ajeno (*v.* P. PORTELLANO, *La imitación en el Derecho de la competencia desleal*, pág. 155), como podría ser el caso de los denominados derechos audiovisuales (sobre la naturaleza jurídica de estos últimos, *v.* J. MASSAGUER, «Naturaleza, protección y titularidad de los derechos audiovisuales sobre eventos deportivos», XVIII *ADI* 1997, pág. 283 ss.).

(49) La acción de enriquecimiento injusto por actos de competencia desleal, en suma, no es una acción conferida a los titulares de derechos de propiedad industrial o intelectual en casos de violación llana de estos derechos, sino a éstos por actos que no constituyen propiamente una violación de los mismos sino actos de competencia desleal (utilización de una marca renombrada que da lugar a una confusión más allá de la identidad o similitud de productos o servicios o a un aprovechamiento indebido de fama ajena) y a los titulares de ciertos bienes económicos protegidos por el ordenamiento mediante mecanismos distintos, también en casos de propia competencia desleal (confusión con signos distintivos no registrados, imitación de creaciones industriales o estéticas no protegidas mediante derechos de exclusiva que implica asociación, aprovechamiento indebido de la reputación o del esfuerzo ajenos, aprovechamiento indebido de la reputación ajena mediante la utilización de signos distintivos no registrados, de nombres, de elementos o rasgos de la personalidad de otro, explotación de secretos empresariales...). Así las cosas, el tránsito patrimonial que constituye el supuesto de hecho del enriquecimiento injusto no puede producirse de común en los supuestos de engaño, publicidad en especie, denigración, comparación, inducción a la infracción contractual, infracción de normas, discriminación o venta a pérdida, sino sólo en algunos casos de confusión, imitación, aprovechamiento de fama ajena y violación de secretos, así como quizás en algún supuesto de inducción a la infracción contractual.

b Contenido

(50) El objeto material de esta acción no es la restitución de la integridad de la posición jurídica amparada por el derecho de exclusiva u otra económicamente análoga lesionada por el acto de competencia desleal (de ello se ocupan las acciones de cesación y remoción), sino sólo la reintegración del equivalente. La condena, por tanto, consiste en la atribución de la suma de dinero en que se cifre, en el caso, el indebido aprovechamiento de un elemento patrimonial ajeno.

(51) Dicha suma puede consistir, en primer lugar, en el ahorro de costes que el acto de competencia desleal ha reportado a su autor (*damnum cessans*), esto es, en el valor de uso del bien económico usurpado, que normalmente se fijará como porcentaje sobre ingresos obtenidos por la realización del acto de competencia desleal (importe de una licencia por el uso del bien económico deslealmente apropiado). Su determinación ha de hacerse de forma objetiva (atendiendo a extremos tales como la naturaleza industrial o comercial del bien usurpado y la ventaja competitiva que procura al que puede

disponer del mismo) y según los parámetros ordinarios del sector (por ello, prescindiendo de que la política del actor no sea la concesión de licencias, pero atendiendo al valor de uso que tenga en el mercado el bien económico de que se trate, a lo habitual en la concesión de licencias en el correspondiente sector del mercado y, eventualmente, a la anterior política seguida al respecto por el que resulta afectado por el acto de competencia desleal) (trata con detalle la forma e que debe determinarse el importe del *damnum cessans* desde la perspectiva del Derecho de patentes y de marcas, C. FERNÁNDEZ NOVOA, *El enriquecimiento injusto en el Derecho industrial*, pág. 49-63, 84-90). No puede eludirse esta condena en el caso de que la realización del acto de competencia desleal no hubiere permitido la obtención de una ganancia: el ahorro de costes se ha producido igualmente y, por ello, el enriquecimiento consiste en este caso en una pérdida menor. De otro lado y para los casos en que la ganancia obtenida mediante la intromisión en la esfera de exclusiva ajena en que consiste el acto de competencia desleal exceda del importe del ahorro de costes que proporciona a su autor (el precio de la licencia en que se cifra el *damnum cessans* es en esta hipótesis uno de los costes —debidos— del que comete el acto de competencia desleal), la suma a cuyo pago ha de condenarse al autor del acto de competencia desleal que se haya enriquecido consistirá en el importe de la ganancia obtenida de este modo que sea reconducible a la utilización del bien económico deslealmente usurpado (*lucrum emergens*). La condena no puede tener por objeto en este caso la totalidad de los ingresos logrados mediante el acto de competencia desleal, puesto que de tal forma se beneficiaría al actor igualmente con la parte de ingresos destinada a cubrir los costes propios del infractor (distintos de los que corresponden al uso no autorizado del bien económico deslealmente usurpado) que no soporta el actor, sino la diferencia entre los ingresos obtenidos y los costes efectivamente soportados (en materia de patentes y marcas, examina detenidamente los criterios para el cálculo *dellucrum emergens*, C. FERNÁNDEZ NOVOA, *El enriquecimiento injusto en el Derecho industrial*, pág. 35-39, 77-80).

8 LA ACCIÓN DE PUBLICIDAD ILÍCITA: ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LAS RELACIONES ENTRE LA ACCIÓN DE COMPETENCIA DESLEAL Y LA ACCIÓN DE PUBLICIDAD ILÍCITA

Bibliografía: J. M^a DE LA CUESTA, «Observaciones sobre la Ley General de Publicidad», *RJC*, 1989, pág. 917 ss.; A. M. LARCA, «Cuestiones procesales relativas a la publicidad ilícita», *La Ley*, 1989-1, pág. 1093 ss.; A. MONTÓN, «El proceso de la Ley General de Publicidad», *La Ley*, 1989-1, pág. 1046 ss.; M. PINO, «El proceso publicitario en la Ley General de Publicidad de 1988», *La Ley*, 1991-3, pág. 939 ss.; S. SÁNCHEZ SOLÉ, «Las medidas cautelares en la Ley General de Publicidad», *B/M*, núm. 13, 1992, pág. 187 ss.

(52) La acción de competencia desleal concurre, cuando el acto combatido tenga la consideración de publicidad (art. 2 LGP), con la acción por publicidad ilícita, que comprende las pretensiones de rectificación, cesación, publicación de la sentencia condenatoria y difusión de publicidad correctora (art. 31 LGP) Y para cuya tramitación se previenen ciertas normas de procedimiento específicas. El conocimiento y resolución de las causas correspondientes compete a los órganos de la jurisdicción ordinaria (arts. 28 y 29 LGP); de tal modo se abandona el sistema anterior de control administrativo de los ilícitos en materia de publicidad que en su momento estableciera el Estatuto de la Publicidad, sin perjuicio de la potestad sancionadora que pueda tener la Administración en relación con la publicidad prohibida en normas relativas a ciertos productos o servicios [*cfr.* art. 8.6 LGP, art. 106.1 LMed, art. 11 de la Orden Ministerial (Ministerio de Economía y Hacienda) de 12-XII-1989] o con la publicidad difundida a través de ciertos medios de comunicación. Además se establecen unas acciones extrajudiciales de cesación y de rectificación (arts. 26 y 27 LGP), cuya única eficacia consiste en ser

condición previa imprescindible para el ejercicio de las acciones antes mencionadas, salvo cuando la publicidad no se haya difundido todavía (conforme J. M.^a DE LA CUESTA, *RJe*, 1989, pág. 950) o el anunciante sea un órgano administrativo o un ente público (art. 33.2 LGP). Finalmente, en ciertos casos se admite la posibilidad de demandar y obtener órdenes judiciales de cesación o prohibición provisional de la publicidad ilícita (art. 30 LGP). La legitimación activa no sólo compete a las personas directamente afectadas por la publicidad, sino también a las asociaciones de consumidores, a los órganos de la administración que sean competentes para inspeccionar y ordenar la publicidad comercial y, en general, a los que tengan un derecho subjetivo o un interés legítimo (art. 25.1 LGP). La legitimación pasiva sólo corresponde a los anunciantes [argo ex arts. 26.2, 27.2, 29. b), 30.1, 31. a) LGP]; carecen de ella, en cambio, agencias de publicidad y medios de comunicación.

(53) Las acciones de la Ley General de Publicidad son compatibles y, en su caso, acumulables con las demás acciones civiles, penales o administrativas que pudiera interponer la parte para la represión de la misma actividad (art. 32 LGP), incluidos los procedimientos que instruyera la Administración por fraude en materia de consumo (SAP *Cádiz* 20-II-1996 «imán terapéutico»). En particular, y desde la perspectiva que ahora interesa, entre la acción de competencia desleal y la acción por publicidad ilícita existe un supuesto de concurso de acciones. Como se ha expuesto anteriormente, la Ley General de Publicidad no es una ley especial por razón de la materia respecto de la Ley de Competencia Desleal, de un lado, y, de otro, la Ley de Competencia Desleal parte de la base de su aplicación a la actividad publicitaria, como se sigue sea de la definición de las conductas relevantes en su cláusula general y en sus diversos tipos o de las expresas declaraciones del legislador en tal sentido, recogidas en el Preámbulo de la Ley de Competencia Desleal [v. **Introducción (27) a (35)**]. En consecuencia, la acción por publicidad ilícita (arts. 26, 27 y 31 LGP) y su correspondiente acción cautelar (art. 30 LGP) no desplazan a la acción de competencia desleal y su correspondiente acción cautelar, o lo que es lo mismo: el demandante tiene la posibilidad de interponer la acción por publicidad ilícita o la acción de competencia desleal, o incluso de acumular pretensiones distintas derivadas de una y otra Ley, como sucederá, en particular, cuando al amparo de la Ley de Competencia Desleal se ejerciten pretensiones que no encuentran cabida en la acción por publicidad ilícita. Habrá que estar, en consecuencia, a la acción ejercitada en particular en relación con los aspectos de la conducta ilícita respecto de los que se solicita la tutela jurisdiccional y el fundamento y contenido mismo de la tutela impetrada.

(54) y lo cierto es que la protección que dispensan las acciones de la Ley de Competencia Desleal es considerablemente más eficaz que la dispuesta por las acciones de publicidad ilícita, tanto por el alcance de sus pretensiones (entre las que se incluyen algunas de las que carece la Ley General de Publicidad, como son la acción mero declarativa, la acción de remoción, la acción de indemnización de daños y perjuicios, y la acción de enriquecimiento injusto), como por los presupuestos de naturaleza procesal a que se encuentran sometidos (no existe en la Ley de Competencia Desleal, en efecto, el trámite de reclamación de cesación y rectificación extraprocesal previa previsto en los artículos 26 y 27 de la Ley General de Publicidad), o por la mayor amplitud del círculo de personas legitimadas pasivamente (al contrario de lo que sucede en materia de publicidad ilícita, sujetos distintos del anunciante, tan significativos como las agencias de publicidad o los medios de comunicación están pasivamente legitimados para soportar la acción de competencia desleal); sólo la legitimación activa se dispone en términos más amplios en la Ley General de Publicidad (que la reconoce a la Administración y, en general, a quienes tengan un interés legítimo). También es más eficiente la configuración de la acción cautelar en la Ley de Competencia Desleal. De una parte, en el ámbito de la represión de competencia desleal la ordenación de medidas cautelares sólo está condicionada a la concurrencia de los presupuestos

generales y una valoración genérica de su conveniencia y puede producirse en el plazo de veinticuatro horas sin audiencia si media peligro grave e inminente (art. 25 LCD); en materia de publicidad ilícita, por el contrario, su concesión (art. 30 LGP) depende de una libre valoración judicial de los intereses en juego y, en especial, del interés general (conforme A. BERCOVITZ, en *Homenaje a H. Baylos*, pág. 65-66), únicamente pueden dictarse en el plazo de veinticuatro horas si concurren dos condiciones: en primer lugar, la publicidad ha de estar expresamente prohibida, ha de referirse a productos que pueden generar un riesgo grave para la salud, seguridad o patrimonio de las personas o ha de tratar sobre juegos de suerte, y, en segundo lugar, ha de mediar solicitud de un órgano administrativo (conformes —y naturalmente críticos— con esta interpretación del art. 30 LGP, C. LEMA, «La protección del consumidor en la Ley General de Publicidad», en J. I. FONT GALÁN y F. LÓPEZ MENUDO, *Curso sobre el nuevo Derecho del consumidor*, Instituto Nacional de Consumo, Madrid, 1990, pág. 103 ss., pág. 116, y A. MONTÓN, *La Ley*, 1989-1, pág. 1051, col. dcha., mientras que expresa dudas sobre el particular J. M.^a DE LA CUESTA, *RJe*, 1989, pág. 953), Y en todo caso es preciso dar audiencia al demandado. Añádase que los condicionamientos legales para entablar la acción cautelar por publicidad ilícita no son adecuados para el logro de una rápida reacción y paralización de la publicidad, lo que reduce enormemente la utilidad de las medidas cautelares de la Ley General de Publicidad: la acción cautelar sólo se puede entablar conjuntamente con la acción principal (arg. ex art. 30 LGP). No puede sostenerse la posibilidad de presentar la solicitud de medidas cautelares antes de la demanda con base en la remisión al artículo 1.428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues esta remisión se hace con carácter complementario y sobre este particular la Ley General de Publicidad cuenta con disposición expresa y no necesita complemento, siendo como es más que elocuente la referencia a «demandante» y «demanda» que se halla en su tenor: «a instancia del demandante» y «dentro del plazo de las veinticuatro horas siguientes a la presentación de la demanda». De ahí se sigue, por otro lado, que la reclamación extrajudicial es condición previa también para el ejercicio de la acción cautelar (arg. ex arts. 26.3 y 27.4 LGP), salvo en el supuesto de que se ejercite antes de la difusión de la publicidad.

(55) y si se pretendiera afirmar la existencia de un concurso de normas, sobre la base de una infundada especialidad de la publicidad ilícita respecto del acto de competencia desleal y de la acción contra la publicidad ilícita y su correspondiente procedimiento respecto de la acción de competencia desleal y su correspondiente procedimiento (v. SAP Valencia 6-II-1998 «profesionales facultados», así como en *ahiter dictum* SAP Madrid 4-II-1997 «productos para el tratamiento de ostomías», en una línea que claramente contrasta con la posición mantenida por STS 8-V-1997 «sin los efectos desagradables del cloro», que no pone ninguna objeción al ejercicio alternativo de las acciones de publicidad ilícita y competencia desleal), no puede olvidarse que la legislación reguladora de la publicidad es igualmente norma jurídica que tiene por objeto la regulación de la actividad concurrencial, cuya infracción constituye un supuesto de violación de normas desleal [v. **Art. 15 (40)**] que puede combatirse mediante la acción de competencia desleal, sin necesidad de observar los requisitos de procedibilidad exigidos para la acción contra la publicidad ilícita y sin necesidad de ninguna clase de ejercicio conjunto.

9 LAS INFRACCIONES EN MATERIA DE CONSUMO

(56) Los actos de competencia desleal pueden, igualmente, constituir supuestos de infracción en materia de consumo, como consecuencia de la violación de las normas estatales sobre defensa de los consumidores — *ad ex*. la difusión de un anuncio que recoge una información incorrecta acerca de las características del producto o servicio promocionado no sólo puede constituir un acto de engaño desleal (art. 7 LCD), sino también una infracción en materia de consumo (arts. 8.1 y 34.6 LCU)— o una práctica

comercial ilícita como consecuencia de la violación de las normas de ordenación del mercado minorista — *ad ex.*, una venta a pérdida no sólo puede constituir un acto de competencia desleal (art. 17 LCD) sino también una infracción administrativa grave [arts. 14 y 65.1. c) LOCM]— o de la violación de normas autonómicas de disciplina del mercado — *ad ex.* un *sweepstake* no sólo puede constituir un regalo publicitario desleal (art. 8.1 LCD), sino también una infracción de la normativa catalana de comercio interior (art. 20 LCI de Cataluña)-. Éstos son ilícitos administrativos, sancionados con multas que impone la Administración competente previa la instrucción del oportuno expediente. Las sanciones civiles derivadas de la Ley de Competencia Desleal o de la Ley General de Publicidad y las sanciones administrativas derivadas de las normas de disciplina de mercado, y sus correspondientes procedimientos, son compatibles y acumulables: si los hechos son los mismos, el contenido de la protección que se sigue de la sanción no lo es. Sólo la doble represión administrativa de las infracciones estatales en materia de consumo y de las infracciones autonómicas de disciplina de mercado puede ser incompatible, cuando los hechos sancionados y los intereses protegidos sean los mismos (art. 33 LCU).

10 LAS SANCIONES CONTRA LOS ILÍCITOS DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

(57) Las conductas prohibidas por la legislación de defensa de la competencia son actos de competencia desleal bien por definición -así, el falseamiento sensible de la libre competencia a través de actos de competencia desleal (art. 7 LDC) o la discriminación que tiene su origen en un abuso de posición dominante [art. 6.2. d) LCD]-, bien por constituir una violación de normas desleal [v. **Art. 15 (49) y (50)**]. El enjuiciamiento y represión de estos actos, y de forma particular del falseamiento de la libre competencia por actos de competencia desleal corresponde al Tribunal de Defensa de la Competencia, también facultado para adoptar medidas cautelares (art. 45 LDC), cuyas características, presupuestos y procedimiento de adopción se encuentran enunciados en numerosas resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia (*ad ex.* RTDC, 27-VI-1991, expediente MC 2/91 «Autoferbar, S.A. c. Mutua Madrileña del Automovilista»). La represión de los ilícitos de defensa de la competencia comprende sanciones administrativas y civiles específicas. Entre las primeras figura la cesación de las prácticas y remoción de sus efectos (art. 10 LDC), así como multas sancionadoras a cargo de los agentes económicos, empresas o agrupaciones de empresas implicadas ya cargo de los representantes legales de las personas jurídicas implicadas (art. 10 LDC). Entre las sanciones civiles figura la nulidad del acuerdo restrictivo (art. 1.2 LDC), pero también la nulidad de los actos jurídicos que son ejecución del abuso de posición dominante (*ad ex.* RTDC 28-VII-1992, expediente 305/91 «Iguatorial Médico Colegial de Pontevedra»). Los procedimientos por competencia desleal y por defensa de la competencia son independientes, como lo son sus respectivas medidas cautelares; por ello, el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por el acto de competencia desleal constitutivo de ilícito antitrust puede pedirse en el marco de la acción de competencia desleal, sin esperar a la declaración en vía administrativa y, en su caso, jurisdiccional (art. 13 LDC).

11 LOS DELITOS RELATIVOS A LOS ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL

(58) Finalmente, a las anteriores sanciones civiles y administrativas se suma la represión penal de ciertos actos de competencia desleal, que ciertamente juega un papel secundario en el entero sistema. Por lo general, el acto de competencia desleal no tiene una sanción penal específica en cuanto tal, sino sólo en la medida en que puede ser subsumido en una de las acciones típicas de los delitos: la violación de secretos en los delitos de descubrimiento y difusión, revelación o cesión de secretos de empresa (arts. 278 a 280 CP), y el acto de engaño en el delito de publicidad engañosa (art. 282 CP).

Artículo 19.LEGITIMACIÓN ACTIVA

1. Cualquier persona que participe en el mercado, cuyos intereses económicos resulten directamente perjudicados o amenazados por el acto de competencia desleal, está legitimada para el ejercicio de las acciones previstas en los cinco primeros números del artículo anterior.

La acción de enriquecimiento injusto sólo podrá ser ejercitada por el titular de la posición jurídica violada.

2. Las acciones contempladas en los números 1º a 4º del artículo anterior podrán ejercitarse además por las siguientes entidades:

a) Las asociaciones, corporaciones profesionales o representativas de intereses económicos cuando resulten afectados los intereses de sus miembros.

b) Las asociaciones que, según sus estatutos, tengan por finalidad la protección del consumidor. La legitimación quedará supeditada en este supuesto a que el acto de competencia desleal perseguido afecte directamente a los intereses de los consumidores.

Bibliografía

S. BARONA, *Competencia desleal (Normas procesales en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal)*, Tirant lo blanch, Valencia, 1991; R. BELLIDO, *La tutela frente a la competencia desleal en el proceso civil*, Comares, Granada, 1998; F. CORDÓN, «Comentario breve a las normas procesales de la Ley de Competencia Desleal», *Actualidad Civil*, 1991-3, pág. 465 ss.; J. J. MARÍN, en R. BERCOVITZ y J. SALAS, *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Civitas, Madrid, 1992, pág. 485 ss.; A.v. ILLESCAS, «El ejercicio de las acciones civiles que propicia la LCD», en *Propiedad industrial y competencia desleal*, Consejo General del Poder Judicial-Andema, Madrid, 1995, pág. 195 ss.; O. LÓPEZ y L. DIETTA, «El control administrativo de la publicidad», *AAP*, núm. 30, 1999, pág. 16 ss.; J. MASSAGUER, voz «Acción de competencia desleal», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1985, pág. 83 ss.; ID., «La acción de competencia desleal en el Derecho español», *Themis*, 1997, pág. 103 ss.; J. J. MUERZA, *Aspectos procesales de las Acciones de Cesación y Prohibición de Daños en el Ámbito del Derecho Industrial y de la Competencia*, Cedecs, Barcelona, 1997; F. PALAU, *Descuentos promocionales. Un análisis desde el Derecho contra la competencia desleal y la normativa de ordenación del comercio*, M. Pons, Madrid, 1998; M. REBOLLO, «Legitimación de las Administraciones públicas para instar la cesación de la publicidad ilícita», *EC*, núm. 37, 1996, pág. 13 ss.; A. WIRTH, *Das neue Recht des unlauteren Wettbewerbs in Spanien*, C. Heymanns, Colonia-Berlín-Bonn-Múnich, 1995; ID., «La relación de competencia en la Ley de Competencia Desleal (Comentario a la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Madrid de 30 de diciembre de 1993, caso "Veneno en la Piel")», *RGD*, núm. 595, 1994, pág. 4013 ss.

Doctrina-comentario

Sumario:

- [1.Introducción](#)
- [2.Legitimación individual: Persona que participe en el mercado cuyos intereses económicos resulten directamente perjudicados o amenazados](#)

- 3.Legitimación colectiva: Asociaciones, corporaciones profesionales o representativas de intereses económicos y las asociaciones de consumidores
- 4.La posición de la administración

1 INTRODUCCIÓN

(1) La legitimación activa para el ejercicio de la acción de competencia desleal está reconocida no sólo a las personas cuyos intereses resultan directamente afectados por el acto de competencia desleal, sino también al conjunto de personas que, por hallarse en una misma situación, se ven afectadas de igual forma por el acto de competencia desleal. El respeto y salvaguardia de esta dualidad de interés individual e interés colectivo en el ámbito de la legitimación activa para el ejercicio de la acción de competencia desleal es exigencia sistemática, por lo demás, del modelo de tutela institucional de la competencia económica (art. 1 LCD) y de los presupuestos materiales del ilícito de deslealtad concurrencial (arts. 2 y 3 LCD). De ahí el reconocimiento separado de una legitimación activa a título individual y de una legitimación activa a título colectivo, concebida como medio de efectiva tutela de los intereses del conjunto (de una clase) de partícipes en el mercado.

2 LEGITIMACIÓN INDIVIDUAL: PERSONA QUE PARTICIPE EN EL MERCADO CUYOS INTERESES ECONÓMICOS RESULTEN DIRECTAMENTE PERJUDICADOS O AMENAZADOS

(2) A título individual, tienen reconocida legitimación activa las personas que participan en el mercado y resultan directamente perjudicadas o amenazadas en sus intereses económicos por el acto de competencia desleal (art. 19.1 LCD). El ámbito subjetivo del reconocimiento de acción está definido, ante todo, por las referencias a la condición de partícipe en el mercado y a los intereses económicos. Aunque existe un generoso reconocimiento de la legitimación activa individual, la acción de competencia desleal no se configura de este modo como una acción pública. Aún más, de la fórmula normativa resulta patente la voluntad del legislador de evitar esta evolución y, por ello, la necesidad de extremar la prudencia, que no es lo mismo que ser necesariamente restrictivos, en la afirmación de la legitimación activa individual.

(3) Las personas que participan en el mercado son aquellas en cuyo interés se establece la represión de la competencia desleal (art. 1 LCD), incluidos los consumidores [aunque en la práctica el reconocimiento de legitimación activa a título individual a favor de los consumidores tiene un simple valor simbólico (en relación con los descuentos, v. F. PALAU, *Descuentos promocionales*, pág. 2989), no faltan, sin embargo, casos en que los consumidores son los demandantes: SSAP *Ciudad Real* 12-VII-1993 «bonificación por compra», *Madrid* 27-V-1.994 «COU en Estados Unidos»]. No existe ningún argumento que pueda servir para sustentar que la condición de partícipe sólo corresponde a aquellas personas que forman parte del círculo de destinatarios de la prohibición de competencia desleal (art. 3.1 LCD), y menos aún para exigir que realicen actos en el mercado con finalidad concurrencial (art. 2 LCD). Ello, sin embargo, no es óbice para exigir la condición de partícipe en el mercado en términos estrictos, sea como consumidor u otra clase de demandante no profesional de bienes y servicios o como operador económico profesional. En este último caso, aquella condición se satisface tanto a través del desarrollo real y efectivo de una actividad de producción, mediación o prestación de bienes o servicios para el mercado (en España), como de la preparación de estas actividades, por ejemplo a través del inicio de campañas de publicidad (v. SAP *Barcelona* 29-XII-1995 «Pepe/Pepe Pardo»). En esta línea, se debe negar la legitimación activa a quien haya cesado su actividad en el mercado (v. SAP *Barcelona* 19-X-1994 «ropa de confección») o al que haya cambiado de actividad (v. SAP *Barcelona* 29-XI-1995 «Asociación de Vídeo-Clubs de Catalunya c. Warner

Home Vídeo Española, S. A.»). En estos casos, con todo, conviene considerar cuidadosamente, entre otros extremos, el contenido de la pretensión ejercitada —pues la pretensión de resarcimiento de daños y perjuicios no puede quedar supeditada a la condición actual de partícipe en el mercado (v. SAP *Lleida* 9-VI-1995 «uso indebido de fondo de comercio»)—, las posibilidades reales de reiniciar la actividad y la medida en que la actuación combatida afecta (perjudica o amenaza) a dichas posibilidades o en que afecta al desenvolvimiento de la nueva actividad.

(4) Los intereses económicos cuya lesión o amenaza directa abre la posibilidad de ejercitar la acción de competencia desleal a quienes participan en el mercado son, por su parte, los que, considerada la actividad que se lleva a cabo en el mercado, tiene cada partícipe en relación con el aspecto del orden concurrencial afectado por el acto que se considere. La referencia al perjuicio o amenaza directa de los intereses económicos no puede de ninguna forma servir para exigir la existencia de una relación de competencia (v. A. WIRTH, *RGD* , 1994, pág. 4023) o la producción real o potencial de un daño patrimonial como presupuestos de la deslealtad de un acto realizado en el mercado con finalidad concurrencial. En particular y desde la perspectiva ahora considerada, la legitimación activa no queda limitada a los competidores efectiva o potencialmente afectados por el acto de competencia desleal y, consiguientemente, pierde todo sentido entrar a considerar quiénes son competidores y quiénes no. En este ámbito, el perjuicio y la amenaza directa de los intereses económicos sólo concretan el interés legítimo exigible para iniciar una causa de esta naturaleza. Por ello, concurrirán estas circunstancias en las personas que resulten inmediata y personalmente alcanzadas, esto es, afectadas de modo concreto y singular [de modo cualificado frente al resto de «todos los que participan en el mercado» (art. 1 LCD)] por la repercusión que el acto de competencia desleal tenga o pueda tener sobre la estructura competitiva y/o el funcionamiento concurrencial del mercado, influyendo o pudiendo influir negativamente en la propia posición o actividad en el mercado (como oferente o como demandante, como operador profesional o como consumidor). De que se encuentren legítimamente interesadas, precisamente en su condición de partícipes en el mercado, en el remedio de la situación actual. No concurrirán aquellas circunstancias, en cambio, por el solo hecho de que, de resultas de un acto de competencia desleal, se sufra o se pueda sufrir cualquier clase de perjuicio relativo a bienes o derechos no directamente protegidos por la legislación contra la competencia desleal: el criterio de la causalidad no parece, en efecto, bastante para aceptar una legitimación activa cuando el perjuicio o amenaza de los propios intereses sea ocasionado por el perjuicio o amenaza de los intereses de un tercero con el que se mantiene relación (como acreedor, socio, inversor...) éstos sí producidos de forma específica por el acto de competencia desleal (*cf.* la explicación con que el Sr. Galán, del Grupo Parlamentario Socialista en el Senado, justificó el rechazo de la enmienda núm. 61 del Grupo Parlamentario Popular en el Senado en la que se proponía sustituir «directamente» por «directa y personalmente»: Cortes Generales, *Diario de Sesiones del Senado* , Comisiones, IV Legislatura, núm. 56, pág. 16, col. dcha.).

3 LEGITIMACIÓN COLECTIVA: ASOCIACIONES, CORPORACIONES PROFESIONALES O REPRESENTATIVAS DE INTERESES ECONÓMICOS Y LAS ASOCIACIONES DE CONSUMIDORES

(5) A título colectivo, por su parte, están legitimados para ejercitar la acción de competencia desleal las asociaciones, corporaciones profesionales o representativas de intereses económicos (asociaciones de empresarios, colegios profesionales, gremios...) y las asociaciones de consumidores. Este reconocimiento de legitimación activa se halla ciertamente próximo al dispuesto con carácter general para la tutela de intereses difusos (art. 7.3 LOPJ). No se ha establecido, sin embargo, en términos tan amplios, tal y como revela con claridad la omisión de los grupos.

(6) La legitimación activa colectiva no alcanza a todas las pretensiones propias de la acción de competencia desleal, sino sólo a las de declaración, cesación, prohibición, remoción y rectificación, y no a las de resarcimiento de daños y perjuicios (v. SAP Murcia 14-X-1996 «Asociación de Libreros de Cartagena y su Comarca c. Centros Comerciales Continente, S. A. »). Ello no obstante, estas entidades están legitimadas para interponer las acciones de resarcimiento y de enriquecimiento en los casos en que el acto de competencia desleal ocasione daños y perjuicios a estas entidades en cuanto tales y, en su caso, propicie el aprovechamiento de un derecho de exclusiva o situación análoga propias de ellas, así como en los casos en que actúen en representación de sus miembros.

(7) Por lo demás, el reconocimiento de legitimación activa a favor de estas entidades se efectúa en términos muy generosos, y no se ve limitado por ninguna norma particular que sancione específicamente los abusos de la misma. Desde un punto de vista formal, sólo se exige una forma jurídica que esté legalmente habilitada para el ejercicio de acciones en defensa y promoción de intereses colectivos (art. 7.3 LOPJ), un estatuto específico que les atribuya como finalidad la promoción de los intereses económicos de sus miembros o, en su caso, la defensa de los intereses de los consumidores. No es preciso requerir a estos efectos que sus normas de gobierno o sus estatutos contengan una expresa mención de la represión de la competencia desleal. Desde un punto de vista material, finalmente, se requiere que el acto de competencia desleal afecte a los intereses de los miembros (en realidad, de los miembros potenciales, y no sólo de los miembros reales) de las asociaciones, corporaciones profesionales o representativas de intereses económicos o, en su caso, que afecte directamente al interés de los consumidores (de nuevo, tanto de los que efectivamente se encuentran asociados como de los que no lo están). Atendidas la finalidad de tutela institucional de la competencia asumida por la Ley de Competencia Desleal y la supresión de la relación de competencia como elemento material del ilícito, nada puede oponerse a la legitimación activa de las asociaciones intersectoriales.

(8) En particular, una asociación de consumidores tiene legitimación para ejercitar la acción de competencia desleal en cuanto tenga por finalidad, según sus estatutos, la defensa de los intereses de los consumidores, sin necesidad de llevar a cabo en efecto una actividad de esta clase distinta de la interposición de acciones y sin necesidad de estar constituida con arreglo a la Ley de Asociaciones o como una cooperativa de consumo y estar inscrita en el correspondiente libro registro llevado en el Ministerio de Sanidad y Consumo. Esto último sólo es requisito para gozar de los beneficios que la legislación de defensa de los consumidores otorga a las asociaciones de consumidores (art. 20 LCU). Sin embargo, el ejercicio de acciones ante los órganos de la jurisdicción y, en particular, el ejercicio de la acción de competencia desleal no tiene esta consideración; sí lo tiene, por el contrario, el beneficio de justicia gratuita. En la práctica, no obstante, la exclusión de la posibilidad de ejercitar la acción de resarcimiento de daños y perjuicios (v. J. J. MARÍN, en R. BERCOVITZ y J. SALAS, *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, pág. 569-573, con ulteriores referencias), de un lado, y, de otro, los costes que lleva aparejado el proceso por competencia desleal, en especial la fianza requerida para la adopción de medidas cautelares y los gastos que exige el acopio de pruebas, puede desembocar en que las asociaciones de consumidores prefieran, a pesar de ser menor su eficacia, las acciones por publicidad ilícita o la reclamación ante los órganos de autocontrol: las facilidades ofrecidas aseguran un significativo protagonismo en la vida económica y política a un coste muy bajo, y, sobre todo, la denuncia ante los órganos de la Administración en los casos en que el acto de competencia desleal comporte un ilícito en materia de consumo, un ilícito de comercio interior o un ilícito de defensa de la competencia: la tramitación del expediente y, por tanto, la investigación de los hechos compete a la Administración, que asume enteramente los gastos que genera, y la asociación de consumidores tiene

garantizada su intervención en el eventual procedimiento administrativo como parte interesada. No deja de ser llamativo en este sentido el número de expedientes tramitados y resueltos por los órganos de defensa de la competencia iniciados en virtud de denuncia de asociaciones de consumidores.

4 LA POSICIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN

(9) Carecen de legitimación activa para ejercitar la acción de competencia desleal tanto la Administración, como el Ministerio Fiscal. En relación con la primera, su omisión entre los legitimados para interponer la acción de competencia desleal (que se debe a una enmienda que contó con la siguiente motivación: «Técnica. Tratarse de una eventualidad prevista en la Ley de Disciplina de Mercado», como si alguna vez la legislación estatal hubiera contado con semejante Ley; *cfr.* Enmienda núm. 74 del Grupo Socialista en el Congreso = BOCG, *Congreso de los Diputados*, IV Legislatura, Serie A, núm. 7-4) contradice y deja sin contenido material efectivo las previsiones de buena parte de las normas autonómicas, que todavía atribuyen competencia para velar por el cumplimiento de la legislación estatal contra la competencia desleal a los órganos de la Administración autonómica encargados de aplicar las normas sobre prácticas comerciales (*ad ex.* art. 39.1 LOC de la C. Valenciana).

(10) Ello no obstante, los órganos administrativos competentes (*v.* F. PALAU, *Descuentos promocionales*, pág. 295-298, asimismo M. REBOLLO, *EC*, núm. 37, 1996, pág. 13 ss.), *rectius*: las Administraciones en que se encuadren tienen reconocida la legitimación para interponer la acción de publicidad ilícita (art. 25.1 LGP, así como la extraña y probablemente vacía de efecto práctico Disposición Adicional *Segunda* LOCM), sin otra limitación, en principio, que la derivada de la exigencia general de que el particular supuesto de publicidad ilícita afecte a los intereses generales (art. 103 CE). De ahí que, no obstante la falta de precisión de que en este punto adolece la norma, los órganos administrativos competentes para el ejercicio de la acción de publicidad ilícita sean, en primer lugar, aquellos que tienen expresamente atribuida la legitimación para el ejercicio de esta acción por disposición legal, como la Comisión Nacional del Mercado de Valores (art. 94 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores), el Banco de España [art. 11.5 de la Orden Ministerial (Ministerio de Economía y Hacienda) de 12 de diciembre de 1989 sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad], unas poco determinadas «autoridades sanitarias» (art. 7.3 del Real Decreto 1907/1996, de 2 de agosto, sobre publicidad y promoción comercial de productos, actividades o servicios con pretendida finalidad sanitaria) o algunos organismos autonómicos (*ad ex.* art. 10 LAC del País Vasco). Además, también debe reconocerse legitimación activa para el ejercicio de la acción de publicidad ilícita a aquellos otros organismos cuyas funciones legalmente establecidas comprenden de forma más o menos genérica el ejercicio de acciones en defensa de los intereses cuya tutela tienen específicamente encomendados, como es por ejemplo el caso de los Consejos Reguladores de las Denominaciones de Origen (*cfr.* SAP *León* 17-V-1995 «Consejo Regulador de la Denominación de Origen Bierzo C. PALACIO DE ARGANDA»). En todo caso, la legitimación activa de la Administración no es en este caso emanación de su *imperium* sino una facultad de Derecho privado. Contrariamente, la eventual concurrencia de diversos órganos administrativos competentes debe resolverse reconociendo a todos la legitimación, y no seleccionando a uno de ellos como el único órgano competente, en la medida en que el acto considerado tenga difusión nacional o no quede comprendido en el ámbito de competencias ejecutivas autonómicas (M. REBOLLO, *EC*, núm. 37, 1996, pág. 16-17).

(11) De otro lado, para el ejercicio de la acción de publicidad ilícita no cuenta la Administración con ninguna previsión especial, lo que determina que en este ámbito

también la Administración se vea sometida a la exigencia de previa reclamación extrajudicial de cese o rectificación. Sólo en relación con la acción cautelar puede apreciarse algún trato privilegiado, como sin duda es la previsión de que (sólo) las medidas cautelares instadas por la Administración puedan ser dictadas en las veinticuatro horas siguientes a la presentación de la demanda [art. 30.1. a) II LGP], aunque tampoco en este caso se dispense expresamente a la Administración del requerimiento de previa reclamación extrajudicial de cese.

Artículo 20.LEGITIMACIÓN PASIVA

1. Las acciones previstas en el artículo 18 podrán ejercitarse contra cualquier persona que haya realizado u ordenado el acto de competencia desleal o haya cooperado a su realización. No obstante, la acción de enriquecimiento injusto sólo podrá dirigirse contra el beneficiario del enriquecimiento.

2. Si el acto de competencia desleal es realizado por trabajadores u otros colaboradores en el ejercicio de sus funciones y deberes contractuales, las acciones previstas en los números 1º y 4º del artículo 18 deberán dirigirse contra el principal. Respecto a las acciones de resarcimiento de daños y de enriquecimiento injusto se estará a lo dispuesto por el Derecho civil.

Bibliografía

S. BACHARACH, *La acción de cesación para la represión de la competencia desleal*, Tecnos, Madrid, 1993; S. BARONA, *Competencia desleal (Normas procesales en la Ley 31/991, de 10 de enero, de Competencia Desleal)*, Tirant lo blanch, Valencia, 1991; R. BELLIDO, *La tutela frente a la competencia desleal en el proceso civil*, Comares, Granada, 1998; A.v. ILLESCAS, «El ejercicio de las acciones civiles que propicia la LCD», en *Propiedad industrial y competencia desleal*, Consejo General del Poder Judicial-Andema, Madrid, 1995, pág. 195 ss.; J. MASSAGUER, «Acción de competencia desleal», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995, pág. 83 ss.; ID., «La acción de competencia desleal en el Derecho español», *Themis*, 1997, pág. 103 ss.; J. J. MUERZA, *Aspecto procesales de las Acciones de Cesación y Prohibición de Daños en el Ámbito del Derecho Industrial y de la Competencia*, Cedecs, Barcelona, 1997; A. WIRTH, *Das neue Recht des unlauteren Wettbewerbs in Spanien*, C. Heymanns, Colonia-Berlín-Bonn-Múnich, 1995.

Doctrina-comentario

Sumario:

- [1.Introducción](#)
- [2.Persona que haya realizado u ordenado el acto de competencia desleal o haya cooperado a su realización](#)
- [3.Trabajadores y colaboradores](#)

1 INTRODUCCIÓN

(1) La legitimación pasiva corresponde *prima facie* al autor material y al que coopera en la realización del ilícito (art. 20 LCD). Si varias personas participan en la comisión de un acto de competencia desleal. una o unas como autor/es y/o otra u otras como cooperador/es, cada una responde independientemente, según la naturaleza y efectos de su contribución; existe, no obstante, un régimen propio cuando el acto de competencia desleal ha sido cometido por trabajadores y colaboradores (art. 20.2 LCD).

2 PERSONA QUE HAYA REALIZADO U ORDENADO EL ACTO DE COMPETENCIA DESLEAL O HAYA COOPERADO A SU REALIZACIÓN

(2) Autor material del acto de competencia desleal es la persona que lo realiza u ordena: la persona que de forma voluntaria ejecuta o prepara la ejecución de un acto de competencia desleal. o a cuya decisión se debe su ejecución o su preparación por otro; no priva de la condición de autor a estos efectos el hecho de que quien ejecuta materialmente el acto de competencia desleal u ordena su realización obre en representación de un tercero, incluso como miembro del órgano de administración de

una persona jurídica (v. SSAP *Asturias* 18-IX-1996 «captación de clientes de asesoría de empresas», *Valladolid* 26-V-1997 «Flexibreacks Intemational, S. A.», *Málaga* 3-VI-1997 «perfumes de Chanel»), sin perjuicio de que ésta también sea autor como consecuencia de la imputación directa de la actuación de sus órganos. En todos los casos, la autoría está desvinculada respecto del aprovechamiento de la acción. En este sentido, igualmente merece la consideración de autor la persona que realiza u ordena la realización del acto de competencia desleal que únicamente beneficia a un tercero (cfr. art. 2.2 LCD) y, en sentido inverso, no la merece quien se beneficia directa o indirectamente del acto de competencia desleal realizado por un tercero sin haber participado o intervenido en modo alguno en su realización (v. SAP *Barcelona* 24-V-1995 «El Rey. Primera biografía autorizada»).

(3) El que coopera en la realización del acto de competencia desleal es la persona que, con medios materiales y personales propios, facilita o hace posible el comportamiento desleal de un tercero (quien como autor decide por sí la realización del acto de competencia desleal) respecto del cual no se encuentra en una posición de subordinación jerárquica o técnica y que, por esto mismo, con su negativa puede impedir la ejecución del acto de competencia desleal. En esta situación se encuentran, en particular, los medios de comunicación que difunden publicidad engañosa, denigratoria, parasitaria...(en esta línea parece que se sitúa la legitimación pasiva del editor de un folleto de contenido denigratorio, afirmada pero no calificada en SAP *Barcelona* 19-IV-1995 «en el Súper del año pasado hay algo que colea»), o a los distribuidores de productos o servicios en que se encarna la realización de un acto de competencia desleal (v. SAP *Málaga* 3-VI-1997 «perfumes de Chanel»).

(4) Si en la realización o preparación de un acto de competencia desleal participan varias personas, como autores y/o como cooperadores, la acción podrá dirigirse a elección del actor, y de la forma en que resulta con claridad de la fórmula disyuntiva empleada en la norma, contra todos, algunos o uno de ellos. No existe un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario legal y no lo existirá tampoco de hecho cuando no concurra la unidad de situación requerida a estos efectos (v. SSAP *Alicante* 26-XII-1996 «Electro 2000», *Ciudad Real* 29-V-1997 «Asociación Provincial de Empresarios de Papelería y Librería de Ciudad Real»). En consecuencia, cuando la acción no se dirija contra todos los que hubieren participado en la realización o preparación del acto de competencia desleal, la elección de los demandados no está condicionada por su respectivo grado de implicación, sino únicamente, de un lado, por la inmediata imputación de los hechos en que se funda la demanda (STS 23-II-1998 «envase de cacao en polvo») y, de otro y como complemento lógico de lo anterior, por la necesaria correspondencia entre el contenido del *petitum* y la forma, alcance y consecuencias de la actuación o intervención en la realización o preparación de cada uno de los demandados, esto es, por el hecho de que la efectiva satisfacción de las pretensiones formuladas con la demanda dependa en efecto de los demandados (cfr. STS 26-VII-1997 «La Navarra»), cuyo cumplimiento se encuentra únicamente en su esfera de actuación y disposición (v. SAP *Madrid* 28-IV-1995 «Eurolines/Eurolines Travel») o, lo que es lo mismo, por el hecho de que la condena no deba afectar de forma inmediata a terceros no llamados a juicio, imponiéndoles directamente la obligación de cesar, de remover efectos...Por supuesto, y a los solos efectos de la acción de cesación, deberá tenerse en cuenta la posibilidad de que haya desaparecido el riesgo de repetición respecto de alguno de los autores y/o cooperadores. La responsabilidad por daños y perjuicios que pueda imponerse a los demandados es solidaria (en el bien entendido de que se hayan logrado probar los requisitos exigidos para que sea acogida, y de modo particular la relación de causalidad entre la contribución de los demandados a la realización o preparación del acto de competencia desleal y los daños y perjuicios que ocasiona).

3 TRABAJADORES Y COLABORADORES

(5) Los actos de competencia desleal ejecutados materialmente por trabajadores y colaboradores son imputados a su principal (art. 20.2 LCD), esto es, a la persona por cuya cuenta y bajo su dirección obran. Lo aquí dispuesto no deja de ser una concreción y, al mismo tiempo, una parcial adaptación de la llamada responsabilidad por hecho ajeno (v. R. DE ÁNGEL, en C. PAZ-ARES, L. DíEZ-PICAZO, R. BERCOVITZ y P. SALVADOR, *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, art. 1.903, pág. 2003 ss., especialmente sobre la responsabilidad del empresario por los actos de sus dependientes pág. 2013 a 2021). La relación laboral es una relación típica, ya de por sí considerablemente extendida por legislador y jurisprudencia. La relación de colaboración, por su parte, nace de un acuerdo, sea cual fuere su naturaleza, por el que una de las partes (colaborador) se obliga frente a la otra (principal) a prestar unos servicios o a realizar una obra bajo su poder de dirección y supervisión, sea de forma permanente o no, sea de forma retribuida o no. Esta condición puede atribuirse, en particular, a las agencias de publicidad.

(6) Para que el acto de competencia desleal efectuado por trabajadores y colaboradores pueda ser imputado al principal será preciso que aquéllos hubieren actuado en el ejercicio de sus funciones y/o deberes contractuales. Así ocurre siempre que su actuación se encuentre enmarcada causal y funcionalmente en la actividad de su principal (cfr. STS 21-I-1968, «incendio en un pinar»). Es irrelevante que haya extralimitación de funciones por parte del trabajador o colaborador, que el principal hubiere ordenado o conocido la realización del acto de competencia desleal, que dicha realización se deba a la sola iniciativa del trabajador o colaborador, o incluso que, esto desde luego sólo a efectos de declaración, cesación, remoción y rectificación, hubiere desatendido las indicaciones u órdenes impartidas por el principal (con derogación, pues, del principio vigente en Derecho de daños: cfr. SSTS 24-I-1969 «responsabilidad civil por hecho ajeno», 27-V-1983 «accidente de circulación»). La acción del trabajador o colaborador sólo deja de imputarse al principal si es exclusivamente privada, si fue realizada únicamente en su beneficio propio, aunque se haya ejecutado en el marco espacial u organizativo de la actividad de su principal. Por otro lado, la desvinculación de la antijuridicidad del acto de competencia desleal respecto de la diligencia de la conducta de su autor trae una doble derogación del régimen de Derecho común de la responsabilidad por acto ajeno: para el buen éxito de las acciones de declaración, cesación, remoción y rectificación no es condición la culpa *in eligendo* o *in vigilando* del principal (según principio vigente en Derecho común de daños: SSTS 26-I-1981 «incendio», 9-V-1986 «accidente laboral», entre otras muchas), ni la culpa *in operando* del trabajador o colaborador (según principio vigente en Derecho común de daños: SSTS 7-XI-1985 «accidente de circulación», 8-I-1989 «accidente de trabajo», entre otras muchas).

(7) Las acciones de declaración y rectificación (si no existe un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario legal, no se trata tampoco de una errata) derivadas de un acto de competencia desleal realizado por un trabajador o un colaborador «deberán dirigirse contra el principal» (art. 20.2 LCD). La declaración de la conducta tiene una trascendencia que afecta en todo caso al principal, mientras que la rectificación excede con mucho el ámbito de actuación y disposición propio de trabajadores y colaboradores.

(8) No existe disposición alguna en relación con las acciones de cesación y remoción, por lo que habrá de estarse a la regla general establecida a estos efectos en el artículo 20.1 de la Ley de Competencia Desleal, en el bien entendido de que la pretensión sólo puede tener por objeto un remedio cuyo cumplimiento dependa en efecto sólo del trabajador o colaborador demandado. La legitimación pasiva del principal en estos casos como autor del acto de Competencia Desleal (es directamente imputable lo realizado

por trabajadores y colaboradores en cuanto sometidos a su poder de dirección), por tanto, no comporta para trabajadores y colaboradores pérdida de su condición de autores materiales y, por ello mismo, de su legitimación pasiva para soportar la acción de competencia desleal que tenga por objeto la cesación y remoción. Del texto legal no se sigue tal exoneración. Tampoco sería ésta consecuencia que se conciliara con los principios generales en materia de responsabilidad por hecho ajeno: se admite la interposición de acción contra el autor material también si de sus actos responde otro (SSTS 2-IV-1986 «el demandado no construyó el embalse encargado», 1-XII-1987 «dosis excesivas de radioterapia»), ni con la razón práctica: en el caso de que el acto sea realizado por colaboradores no sometidos jerárquicamente al principal, la condena de cesación impuesta a éste no asegura la efectiva paralización o remoción de los efectos del acto de competencia desleal, que depende de que el demandado/condenado les comunique la condena o las medidas cautelares adoptadas, ordenándoles que se abstengan de continuar la ejecución del acto desleal o que pongan en práctica las medidas de remoción ordenadas: si el principal no procede de este modo, nada asegura la efectiva cesación.

(9) Si las acciones interpuestas contra un acto de competencia desleal efectuado por trabajadores o colaboradores son la de resarcimiento de daños o la de enriquecimiento injusto, se aplicarán las normas y principios de Derecho común (art. 20.2 *in fine* LCD). En consecuencia, la acción de resarcimiento podrá ser interpuesta contra el principal y el o los trabajadores o colaboradores conjuntamente, sólo contra estos últimos o directamente contra el principal, sin necesidad de demandar a los trabajadores o colaboradores que llevaron a cabo el acto de competencia desleal. Interpuesta contra el principal, la acción de indemnización de daños y perjuicios únicamente habrá de ser acogida si media culpa en la elección de los trabajadores o colaboradores o en su dirección o supervisión, en el bien entendido de que, a la vista de la jurisprudencia dominante, difícilmente podrá esperarse que el principal se exonere demostrando que obró con la diligencia debida en la elección o dirección y supervisión de sus trabajadores y colaboradores. Más difícil parece estar a «10 dispuesto por el Derecho civil» para la acción de enriquecimiento injusto, que conocidamente carece de regulación. Con todo, ya partir de la regla de imputación de lo hecho por dependientes a su principal prevista para la responsabilidad extracontractual (art. 1.903 IV CC) y a partir de la efectividad del enriquecimiento como presupuesto para que la acción sea estimada, el principal habrá de soportar directamente la acción y ésta deberá ser acogida, con independencia de la culpa *in eligendo* o *in vigilando*, en los casos en que lo hecho por trabajadores o dependientes haya comportado la invasión de una esfera de exclusiva ajena que le proporcione un ahorro de costos o la obtención de una ganancia (*cf.* SAP *Ciudad Real* 29-V-1997 «Asociación Provincial de Empresarios de Papelería y Librería de Ciudad Real»).

Artículo 21.PRESCRIPCIÓN

Las acciones de competencia desleal 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 realización del acto.

Bibliografía

S. BACHARACH, *La acción de cesación para la represión de la competencia desleal*, Tecnos, Madrid, 1993; S. BARONA, *Competencia desleal (Normas procesales en la Ley 31/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal)*, Tirant lo blanch, Valencia, 1991; R. ILLESCAS, «El ejercicio de las acciones civiles que propicia la LCD», en *Propiedad industrial y competencia desleal*, Consejo General del Poder Judicial-Andema, Madrid, 1995, pág. 195 ss.; J. MASSAGUER, «Acción de competencia desleal», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1985, pág. 83 ss.; ID., «La acción de competencia desleal en el Derecho español», *Themis*, 1997, pág. 103 ss.; F. PANTALEÓN, «La acción de cesación o de prohibición en la Ley de Competencia Desleal», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, T. I., Civitas, Madrid, 1996, pág. 952 ss.; F. VICENT, «Otra opinión sobre la Ley de Competencia Desleal», *RGD*, núms. 589-90, 1993, pág. 9975; A. WIRTH, *Das neue Recht des unlauteren Wettbewerbs in Spanien*, C. HEYMANNS, Colonia-Berlín-Bonn-Múnich, 1995; ID., «Supuestos procesales de la nueva Ley de competencia desleal», *Derecho de los Negocios*, núm. 24, 1992, pág. 1 ss.

Doctrina-comentario

Sumario:

- [1.Introducción](#)
- [2.Encuadramiento](#)
- [3.Ámbito objetivo](#)
- [4.Plazos de prescripción](#)
- [5.Comienzo de la prescripción](#)
- [6.Interrupción de la prescripción](#)

1 INTRODUCCIÓN

(1) La prescripción de las acciones de competencia desleal ha sido objeto de una específica regulación en el artículo 21 de la Ley de Competencia Desleal. Este precepto se encuentra fuertemente inspirado en el § 21 de la Ley contra la Competencia Desleal alemana, aunque no falta tampoco la influencia de algunas soluciones tradicionales en nuestro Derecho ni la presencia de previsiones originales. Del Derecho alemán procede el establecimiento de una norma especial sobre esta materia, así como su estructura y contenido básico, esto es, la previsión de una prescripción que se articula en torno a dos plazos diversos, el segundo de los cuales sólo se aplica en la medida en que el *dies a quo* dispuesto para el primero no haya llegado a verificarse o no haya llegado a verificarse en un tiempo que permita el ejercicio de la acción dentro del segundo plazo, y de otro lado la previsión de una prescripción breve, cuyo plazo se inicia en el primer caso teniendo en cuenta, entre otros elementos, el momento en que se tuvo conocimiento de la persona que realizó el acto de competencia desleal y en el segundo caso desde el momento de la realización del acto. Del artículo 1.969 del Código civil procede, en cambio, la consideración del momento en que pudieron ejercitarse las acciones de competencia desleal como factor integrante del *dies a quo* del primer plazo

de prescripción, al lado del momento en que se tuvo conocimiento de la persona que realizó el acto de competencia desleal. Elementos originales son, de un lado, la extensión del ámbito objetivo del precepto a las acciones de competencia desleal, mientras que en el caso alemán su vigencia se limita a las acciones de cesación y de indemnización de daños y perjuicios, y, de otro lado, los plazos, más largos que los del precedente alemán (uno y tres años, frente a seis meses y un año), donde tal vez algo haya pesado el artículo 1.968.2.º del Código civil (*cf.* la intervención del Senador Galán en defensa de la redacción vigente del art. 21 LCD por el Grupo Socialista del Senado: Cortes Generales, *Diario de Sesiones del Senado* , Comisiones, IV Legislatura, núm. 56, pág. 23, col. dcha.).

(2) El artículo 21 de la Ley de Competencia Desleal, sin embargo, no agota la regulación de esta materia. Lo allí dispuesto habrá de completarse en cada caso con las normas positivas y con las reglas de carácter general elaboradas por la jurisprudencia, como son las relativas al cómputo de la prescripción y a su interrupción, a la alegación de la prescripción por vía de excepción e interdicción de la apreciación de oficio (STS 22-I-1999 «Premenaca»), a la imposición de la carga de la prueba al que opone la excepción o a la exigencia de aplicación restrictiva (*v.* SSAP *Zaragoza* 18-XII-1996 «sonda para inseminación», *Valladolid* 26-V-1997 «Flexibreacks International, S. A.»).

2 ENCUADRAMIENTO

(3) El artículo 21 de la Ley de Competencia Desleal regula dos supuestos de prescripción de las acciones derivadas de la competencia desleal. En particular, el segundo de ellos es también un supuesto de prescripción, y no de caducidad. Así se sigue con facilidad de la rúbrica del precepto, de su precedente alemán en el § 21 de la Ley contra la Competencia Desleal y, en fin, de la posibilidad de interrupción reconocida en el trámite de elaboración parlamentaria (*cf.* la intervención del Senador Galán del Grupo Socialista del Senado: Cortes Generales, *Diario de Sesiones del Senado* , Comisiones, IV Legislatura, núm. 56, pág. 23, col. dcha.). El arranque del texto legal («y, en cualquier caso») no advierte, pues, otra cosa sino de la aplicación de este segundo supuesto aun cuando no se hubieren dado las circunstancias que componen el *dies a quo* del plazo de prescripción anual establecido en primer lugar o no aún no hubiere transcurrido dicho plazo.

3 ÁMBITO OBJETIVO

(4) La prescripción establecida en el artículo 21 de la Ley de Competencia Desleal es de aplicación al conjunto de las acciones de competencia desleal, esto es, a todas y cada una de las pretensiones que componen la acción de competencia desleal y reconoce el artículo 18 de la Ley de Competencia Desleal. De tal forma, la prescripción de todas las pretensiones queda sometida a un mismo régimen jurídico, derogándose las reglas especiales, sean relativas a plazo de prescripción o *dies a quo* , que la prescripción de alguna de ellas conoce en Derecho común, como la acción de indemnización de daños y perjuicios (*cf.* arts. 1.968.2.º y 1.969 CC), sin perjuicio de su debida adaptación a la naturaleza de la acción que en cada caso se considere. En particular, no deben existir dudas acerca de que esta norma, como ocurre con la alemana en que está inspirada, es de aplicación igualmente a la acción de cesación, que no puede ser tenida, por lo tanto, por mía acción imprescriptible (conforme, F. PANTALEÓN, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez* , T. I, pág. 956), aunque, en la práctica y, como se ha de ver, en atención al suceso determinante del inicio de la prescripción, alguna de sus modalidades (y en particular para la pretensión de prohibición de un acto de competencia desleal preparado y no ejecutado) no prescriba sencillamente porque no se dan las circunstancias de que depende el inicio de la prescripción.

(5) Lo previsto en el artículo 21 de la Ley de Competencia Desleal únicamente vale para las acciones de competencia desleal. No se aplica, por tanto, a las demás acciones que de forma cumulativa o subsidiaria se puedan ejercitar conjuntamente con ellas. La prescripción de estas otras acciones se gobernará por sus normas propias y, en defecto de ellas, por las generales.

4 PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN

(6) Como queda apuntado, las acciones de competencia desleal están sometidas a un doble plazo de prescripción de un año y tres años. Se trata de plazos recíprocamente excluyentes, y no sucesivos: una vez que el posible actor ha tenido conocimiento de la realización de acto de competencia desleal y de su autor ya no es posible apreciar la prescripción de la acción de competencia desleal en atención al momento de realización del acto de competencia desleal (v. SAP *Alicante* 25-IX-1998 «autoescuelas»). De tal forma, transcurrido un año desde el momento en que se pudo ejercitar la acción y se tuvo conocimiento de la persona que realizó el acto de competencia desleal prescribe la acción aunque no hayan transcurrido todavía tres años desde el momento de realización del acto de competencia desleal, y viceversa: una vez agotado este plazo de tres años prescribe la acción de competencia desleal aun cuando no haya pasado todavía un año desde el momento en que se pudo ejercitar y se conoció la persona que realizó el acto de competencia desleal. Ambos plazos se computarán según las normas generales (art. 5 CC).

5 COMIENZO DE LA PRESCRIPCIÓN

(7) Sin lugar a dudas, la cuestión más problemática, y polémica, de cuantas suscita la regulación de la prescripción es la determinación del *dies a qua* correspondiente a los dos plazos de prescripción establecidos. La clave de las dificultades que se advierten en esta materia radica esencialmente en la falta de reflejo de la condición de acto duradero en el tiempo que habitualmente tienen los actos de competencia desleal (sea porque son continuos, sea porque se repiten) en la definición del momento de comienzo de la prescripción: ni el momento en que se pudieron ejercitar las acciones de competencia desleal, ni el momento en que se tuvo conocimiento de la persona que realizó el acto de competencia desleal ni, en fin, el momento de su realización, en efecto, remiten a una fecha que deba entenderse necesariamente producida sólo tras la finalización de un acto duradero, y no a una fecha anterior a dicha terminación. Esta situación, como es obvio, resulta especialmente grave en relación con la acción de cesación. A este propósito no puede dejar de advertirse que, si en el Derecho alemán —del que como ha quedado dicho procede la estructura y al menos en parte también el tenor del artículo 21 de la Ley de Competencia Desleal no es dudoso que el plazo de prescripción comienza a contarse de nuevo tras cada repetición del acto de competencia desleal y, en el caso de que sea un acto continuado, a su terminación o completamiento, en el Derecho español común en materia de prescripción está lejos de ser obvio que las fórmulas del tipo de la empleada en la norma comentada permitan adaptar el *dies a quo* a la naturaleza duradera del ilícito, como se ha probado *ad ex.* en materia de prórroga de arrendamiento ante la falta de destinación del local al fin pactado. No puede extrañar, por tanto, que en materia de competencia desleal los tribunales hayan entendido que el cómputo de los plazos de prescripción establecidos se cuentan desde el primer día en que pudieron ejercitarse las acciones y se tuvo conocimiento de la persona que realizó los actos de competencia desleal o desde el primer día en que se realizó el acto de competencia desleal, aun cuando el acto de competencia desleal en cuestión hubiere continuado realizándose ulteriormente o se hubiere repetido con posterioridad (v. SSAP *Jaén* 25-VII-1996 «violación de pacto de no competencia», *Cádiz* 12-VI-1992 «Publicitarios de Andalucía, S. A. c. Escaparate, S. L.», *Valladolid* 17-X-1997 «Necrópolis Valladolid, S. A. c. Parque El Salvador, S. A.»),

así como, aunque en *obiter dictum*, SAP Navarra 30-IV-1999 «captación de clientela en transporte internacional» y aunque no discute directamente la cuestión parece asumir esta interpretación SAP Valencia 2-XII-1996 «cajas y envases apilables para frutas y hortalizas»). Sin embargo, es ésta una interpretación incorrecta e insostenible, tanto desde un punto de vista teleológico y sistemático como desde un punto de vista técnico.

(8) Aquella interpretación, en efecto, traiciona abiertamente la finalidad institucional que preside la represión de la competencia desleal, y en particular la función que en el sistema corresponde a la acción de cesación. De prevalecer la tesis de que el *dies a quo* es en todo caso (y por lo tanto también para los actos de competencia desleal cuya realización se prolonga de forma continuada o se repite sucesivamente a lo largo del tiempo) el primer día en que se pudieron ejercitar las acciones de competencia desleal y se tuvo conocimiento de la persona que realizó el acto de competencia desleal o el primer día de realización del acto acabarían, en efecto, por sanarse las conductas desleales y por tolerarse la distorsión de la competencia en el mercado, por integrar dicho acto de competencia desleal entre los déficits o barreras estructurales a la competencia, por consolidar (incluso frente a todos una vez pasados tres años desde la realización) una especie de (inconcebible) derecho a competir deslealmente simplemente a partir del transcurso del tiempo. Esta clase de consecuencias tal vez puedan ser aceptables en el ámbito de conflictos estrictamente intersubjetivos, pero no pueden serlo, bajo ningún punto de vista, en materia de represión de la competencia desleal, donde el bien jurídico protegido es la competencia como institución y los intereses tutelados son los de todos los partícipes en el mercado, incluidos, por lo tanto y entre otros, los intereses de los consumidores (y de aquellos competidores o en general de aquellos agentes económicos profesionales que entraron en el mercado cuando habían transcurrido los tres años desde la realización del acto de competencia desleal), así como también el interés general. Sería absurdo, en efecto, desestimar la acción de la asociación de consumidores que sólo tuviera conocimiento del carácter desleal de cierta alegación publicitaria, *ad ex.* de su carácter engañoso como consecuencia de un avance científico producido más de tres años después de difundida aquella alegación por primera vez; asimismo, sería absurdo desestimar la acción interpuesta contra un acto de estas características por un competidor que entrara en el mercado una vez transcurridos tres años desde su primera difusión.

(9) Desde un punto de vista sistemático, y con carácter general, es preciso hacer justicia a la diferencia entre derecho y acción existente en materia de prescripción, según la cual la prescripción afecta a la acción, pero no al derecho (v. F. PANTALEÓN, en C. PAZARES, L. DIEZ-PICAZO, R. BERCOVITZ y P.SALVADOR, *Comentario del Código civil*, Madrid, 1991, art. 1.969, pág. 5009-5010). En materia de competencia desleal, el derecho de que se trata es el derecho a ejercitar una actividad económica en un mercado regido por el principio de competencia económica, derecho que tiene una doble faz, positiva (derecho a competir) y negativa (derecho a impedir que los demás compitan deslealmente), así como el derecho de los consumidores a que los procesos de mercado se desarrollen según las reglas de la competencia económica. Por ello, este derecho podrá activarse siempre que se produzca una violación del mismo, esto es, tendrá vigencia para fundar las acciones de competencia desleal que correspondan cada vez que se ejecute o repita el acto de competencia desleal en cuestión, aunque hubieren podido perderse las acciones que hubieren correspondido contra las ejecuciones o repeticiones anteriores (si bien en un ámbito distinto, creo que se acoge este principio en STS 16-IX-1997 «hueco abierto en pared de edificio»). En este mismo orden de ideas, además, debe advertirse que, si el fundamento de la prescripción es una sanción de la deslealtad en el retraso en ejercitar la acción (como en efecto parece más acertado entender: v. F. PANTALEÓN, en C. PAZARES, L. DIEZ-PICAZO, R. BERCOVITZ y P.SALVADOR, *Comentario del Código civil*, Madrid, 1991, art. 1.969, pág. 5013) que, en todo caso y como es sabido, actúa como excepción (por todas, SSTS 27-V-1991

«reclamación de cantidad», 21-II-1997 «hundimiento de edificio»), debe concluirse entonces que carece de legitimidad para invocarla quien, por su parte, obra deslealmente, y en particular quien de este modo pretende o simplemente puede perpetuar su conducta ilícita y eludir las consecuencias previstas por el ordenamiento para la misma. Esta circunstancia se integra en la estructura misma de la regulación de la prescripción precisamente a través de la fijación del *dies a quo* en el momento en que el demandado empieza a tener las «manos limpias», esto es, en que el demandado deja de cometer el acto de competencia desleal y puede, por tanto, aspirar a valerse legítimamente de la prescripción; en sentido contrario, no puede fijarse normativamente el *dies a quo* en un momento en que el sujeto que se ha de valer de la prescripción no reúne las condiciones necesarias para ello, como sucede durante todo el tiempo en que se repite o continúa la realización de la conducta desleal. A todo ello se suma, en fin, la necesidad de interpretar de forma estricta la prescripción, como corresponde a su efecto limitativo de derechos y como resulta ser jurisprudencia consolidada (por todas, SSTS 14-VII-1993 «reclamación de cantidad», 20-VI-1994 «indemnización por lesiones»).

(10) Finalmente, también desde una perspectiva sistemática, ahora de carácter específico y sobre la base de la argumentación desenvuelta, es necesario adaptar el comienzo de la prescripción a la naturaleza propia del objeto de la acción o, por mejor decir, de la conducta que motiva la pretensión ejercitada mediante la acción de competencia desleal, y en este sentido ajustar su determinación al carácter instantáneo o duradero del acto de competencia desleal. No existe en el tenor de la norma, en efecto, ningún elemento que impida hacerlo, que presuponga u obligue a considerar que el *dies a quo* debe ser el mismo para actos de competencia desleal instantáneos y para aquellos otros que se repiten en el tiempo o que se realizan a lo largo de un determinado período de tiempo; como tampoco existe ningún elemento que, en particular, presuponga u obligue a que, además, dicho momento sea precisamente el día en que por primera vez concurren las circunstancias que marcan el inicio del cómputo del plazo anual de prescripción o se da la circunstancia que abre el cómputo del plazo trienal de prescripción. Antes bien, sucede lo contrario. El acto de competencia desleal o sencillamente el acto —que son justamente los términos empleados por el art. 21 de la Ley de Competencia Desleal a que se refiere el cómputo de la prescripción es cada uno de los actos (de competencia desleal) de igual naturaleza y características, y no el conjunto de actuaciones (constitutivas cada una de ellas de un acto de competencia desleal o junto con otras de un solo acto de competencia desleal cuya ejecución completa resulta de la suma de todas ellas) de igual naturaleza y características; no existe razón, en este sentido, para que «acto» sea sustantivo que en este ámbito abandone el significado que le resulta propio y deje de designar una precisa y determinada actuación individual para convertirse en un sustantivo colectivo (de cuño legal), que comprenda indisociablemente una pluralidad de actuaciones.

(11) A mi modo de ver, cada acto de competencia desleal funda una nueva acción de competencia desleal, sometida a un plazo de prescripción propio, diferente de aquel al que están sometidas las acciones que pudieren haber nacido contra actos anteriores. Este planteamiento no es, por lo demás, desconocido para nuestra jurisprudencia, que lo ha adoptado para determinar el comienzo de la prescripción de acciones derivadas de omisiones indebidas que se han prolongado en el tiempo (v. SAP Cádiz 10-IV-1992 «desuso de la cosa arrendada»), de las acciones derivadas de daños continuados (v. SSTS 12-I-1981 «daños en inmuebles por voladuras», 16-I-1989 «lesiones por contaminación») e incluso en materia de violaciones de derechos de propiedad industrial (v. SAP Barcelona 12-I-1999 «mando de accionamiento para máquinas recreativas»), y de hecho no falta pronunciamiento judicial que también lo ha acogido de forma clara en materia de competencia desleal (en relación con actos calificados de tracto continuo, v. SAP Alicante 25-IX-1998 «autoescuelas»). Consecuencia de este planteamiento en relación con las acciones de competencia desleal contra actos que se

repiten a lo largo de un período de tiempo será la posibilidad de combatir todos los efectos actuales del acto de competencia desleal, sean los efectos materiales que dan lugar a la acción de remoción o los efectos residuales que fundamentan la acción de rectificación, con independencia de que hayan sido efectivamente causados por los actos para los cuales las acciones no han prescrito o por otros anteriores, y, de otro lado, la imposibilidad de combatir los efectos pasados que hayan podido causar los actos para los que la acción de competencia desleal ha prescrito, como es el caso en particular de los daños y perjuicios ocasionados o del enriquecimiento injusto obtenido mediante dichos actos de competencia desleal (que a mi modo de ver es la consecuencia que expresan el art. 71.2 de la Ley de Patentes y art. 38.4 de la Ley de Marcas). En el caso de actos de competencia desleal cuya realización tenga efecto a lo largo de un período de tiempo, por lo tanto, sólo podrá obtenerse la reparación de los daños y perjuicios y la atribución del enriquecimiento injusto producidos u obtenido en el año anterior o en los tres años anteriores, según sea el caso (para la acción de indemnización de daños y perjuicios, v. SAP *Alicante* 25-IX-1998 «autoescuelas»).

(12) Sentado lo anterior, el momento de inicio del cómputo del plazo de prescripción anual requiere la concurrencia de dos elementos: la posibilidad de ejercer las acciones y el conocimiento de la persona del autor del acto de competencia desleal, que, según se ha explicado, deben establecerse por referencia al acto de competencia desleal instantáneo (SAP *Navarra* 30-IV-1999 «captación de clientes en transporte internacional»), a cada una de las repeticiones de la misma conducta desleal habidas a lo largo del tiempo o a la finalización del acto de competencia desleal completado por la sucesión de una pluralidad de actuaciones (en este sentido y en relación con actos continuados, SAP *Alicante* 25-IX-1998 «autoescuelas»). Si el sentido de la expresión legal «desde que pudieron ejercitarse» hubiera de determinarse del modo en que se ha hecho para la expresión idéntica del artículo 1.969 del Código civil, habría que concluir que, desde esta perspectiva, el plazo se inicia desde que la acción nace *de facto*, desde que se dan las circunstancias de hecho que justifican la pretensión en cuestión, como son la realización misma del acto de competencia desleal y, cuando no sean connaturales al mismo acto de competencia desleal (como es el peligro de repetición), la verificación de los presupuestos de las acciones que se ejercitan, como la producción de efectos materiales, la producción de daños y perjuicios al afectado o la obtención de un enriquecimiento injusto; no deben tenerse en cuenta, sin embargo, la existencia de obstáculos subjetivos, concernientes al actor, que impidieran el ejercicio de la acción, incluido el conocimiento de la disponibilidad de la pretensión, y así de la realización misma del acto de competencia desleal o de la presencia de los presupuestos materiales de las acciones que contra el mismo se reconocen al afectado (acerca del carácter de posibilidad «legal» u «objetiva», y no «fáctica o subjetiva» que encierra la fijación del momento de inicio de la prescripción establecido en el artículo 1.969 del Código civil, v. F. PANTALEÓN, ob. últ. cit., pág. 5011). Sin embargo, la estructura dual del momento de inicio del cómputo del plazo de prescripción anual. y en particular la exigencia de que para su integración la posibilidad de ejercicio de la acción concorra con el conocimiento del autor del acto de competencia desleal. hacen obvio que no podrá comenzar a correr este plazo de prescripción sin conocimiento de la realización del acto de competencia desleal: sólo se puede tener conocimiento de que una persona es el autor de un acto si se tiene igualmente conocimiento de la realización de dicho acto y, en su caso, de los presupuestos materiales de las acciones de defensa atribuidas contra sus consecuencias. El conocimiento de lo anterior, con todo, es extremo que, según las circunstancias del caso, puede estar vinculado a la diligencia observada, por lo que el *dies a quo* para el cómputo de este plazo anual habrá de fijarse en el momento en que pudo conocerse al autor del acto o pudo tenerse noticia de los efectos del mismo que constituyen presupuesto de alguna de las pretensiones integradas en la acción de competencia desleal (aunque en *obiter dictum*, v. SAP *Las Palmas de Gran Canaria*, 24-VI-1994 «solicitud de marca»). Más difícil parece dar entrada en la composición del

momento de inicio del cómputo a otras circunstancias que, por el contrario, son tenidas en cuenta en el marco del § 21 de la Ley alemana contra la competencia desleal, en el que, como se ha indicado anteriormente, tiene la norma que ahora se comenta su antecedente inmediato y principal. como son el conocimiento de la deslealtad concurrencial del acto considerado o el acopio de las pruebas necesarias para que la acción ejercitada tenga unas razonables garantías de éxito.

(13) Por su parte, el plazo trienal de prescripción comienza a contarse en el mismo momento en que se verifique si es un acto instantáneo, en el momento en que se lleve a cabo cada una de sus ejecuciones si es un acto que se repite a lo largo de un período de tiempo o en el momento en que se complete si es un acto que comprende una sucesión de actuaciones.

(14) El *dies a quo* no puede ser en ningún caso anterior a la fecha de realización del acto de competencia desleal, incluso, por lo que hace a la acción de cesación, en el supuesto de que se hubiere tenido conocimiento de los preparativos para su ejecución y del autor de los mismos (v. SAP Zaragoza 1-XII-1997 «máquina exprimidora de frutas»).

6 INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN

(15) La prescripción se interrumpe por las causas generales de Derecho común (art. 1.973 CC), debidamente adaptadas al contexto. En efecto, en la acción de competencia desleal no concurren las condiciones precisas para aplicar el régimen mercantil de la prescripción, puesto que no sólo la represión de la competencia desleal ha abandonado el marco mercantil para establecerse como Derecho general del mercado, sino que, de otro lado, la acción de competencia desleal no puede considerarse una acción procedente de un contrato mercantil, ni derivada del Código de Comercio o de una ley que desarrolle, complete o sustituya la regulación del Código de Comercio (art. 944 CCom., cuya mención en la tramitación parlamentaria del actual art. 21 LCD no debe condicionar al intérprete, pues ni la enmienda discutida en aquella ocasión afrontaba la interrupción del plazo de prescripción ni ésta es cuestión que haya abordado la Ley de Competencia Desleal en ningún otro punto -*cf.* la intervención del Senador Galán en defensa de la redacción vigente del art. 21 LCD por el Grupo Socialista del Senado: Cortes Generales, *Diario de Sesiones del Senado*, Comisiones, IV Legislatura, núm. 56, pág. 23, col. dcha.-).

(16) Así, interrumpen la prescripción la presentación de la demanda por competencia desleal u otra clase de acción deducida ante los tribunales, como la interposición de una querrela (v. SAP Granada 6-XI-1996 «difusión por exempleado de manifestaciones sobre su anterior empresa»), o ante los órganos competentes de la Administración, como la denuncia ante los órganos de defensa de la competencia, e incluso la reclamación presentada ante los tribunales instando un acto de conciliación; la reclamación extrajudicial respecto de las pretensiones a que se refiera dicha reclamación extrajudicial (aunque nada dicen del contenido de la reclamación extrajudicial, v. SSAP Valencia 19-VI-1996 «centralita telefónica», Barcelona 25-IV-1996 «Joyas Únicas del Amor»), y, por último, el reconocimiento de la realización del acto de competencia desleal, siempre que vaya acompañado del compromiso de satisfacer la prestación que constituya el objeto propio de una de las pretensiones que integran la acción de competencia desleal, y sólo respecto de las pretensiones a que se refiera dicho compromiso.

CAPITULO IV

Disposiciones procesales

Artículo 22. TRAMITACIÓN DEL PROCESO

Los procesos en materia de competencia desleal se tramitarán en todo caso con arreglo

a lo dispuesto por la [Ley de Enjuiciamiento Civil](#) para el juicio de menor cuantía.

Bibliografía

S. BARONA, *Competencia desleal (Normas procesales en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal)*, Tirant lo blanch, Valencia, 1991; R. BELLIDO, *La tutela frente a la competencia desleal en el proceso civil*, Comares, Granada, 1998; A. WIRTH, *Das neue Recht des unlauteren Wettbewerbs in Spanien*, C. Heymanns, Colonia-Berlín-Bonn-Múnich, 1995.

Doctrina-comentario

Sumario:

- [1. Cuestiones de competencia judicial](#)
- [2. El proceso especial por competencia desleal](#)
- [3. Arbitraje](#)

1 CUESTIONES DE COMPETENCIA JUDICIAL

(1) La competencia internacional de los tribunales españoles en esta materia se determinará, a falta de norma específica, de conformidad con lo establecido en el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y en los Convenios Internacionales en la materia (v. R. BELLIDO, *La tutela frente a la competencia desleal en el proceso civil*, pág. 66-68), de donde se siguen criterios de conexión más amplios que los manejados para establecer la aplicación de la Ley de Competencia Desleal a un supuesto con elementos internacionales [v. **Art. 4 (4) a (6)**].

(2) Las acciones de competencia desleal deberán ser ejercitadas en todo caso ante los tribunales de justicia, en particular ante los del orden civil (competencia genérica); de hecho, la referencia a la Ley de Enjuiciamiento Civil establecida en esta materia de tramitación del proceso ha servido para afirmar la competencia de los tribunales civiles para el conocimiento de las causas por competencia desleal en los casos en los que el acto de competencia desleal constituye al mismo tiempo o presupone la comisión de un ilícito de naturaleza administrativa, sea en general frente a los órganos de la Administración que resulten competentes para la instrucción y resolución de los correspondientes expedientes sancionadores (SAP *La Rioja* 30-XII-1997 «Pompas Fúnebres Pastrana, S. A.»), sea en particular frente a los órganos de defensa de la competencia (SAP *Ciudad Real* 29-V —1997 «Asociación Provincial de Empresarios de Papelería y Librería de Ciudad Real»). No significa esto último y como se expuso anteriormente [v. **Art. 18 (43)**], y asimismo **Introducción (42) a (50)**], sin embargo, que un determinado acto de competencia desleal no pueda servir de base a una denuncia por falseamiento de la libre competencia por actos desleales o incluso por abuso de posición dominante ante los órganos de defensa de la competencia, bien a una querrela, o bien a una denuncia ante los órganos de la Administración que sean competentes

para conocer de los supuestos de fraude en materia de consumo, violación de las normas sobre comercio minorista o comercio interior...

(3) Entre los diversos juzgados y tribunales del orden civil, la competencia para el conocimiento en primera instancia de las demandas interpuestas por competencia desleal corresponde a los juzgados de primera instancia (competencia objetiva), como consecuencia de la previsión general establecida en este sentido para aquellos supuestos en que no hubiere norma sobre este particular (art. 85.1 LOPJ). A diferencia de lo sucedido en materia de propiedad industrial (art. 125 LP y art. 40 LM), no se ha producido ninguna clase de especialización o, por mejor decir, de concentración del conocimiento de estas causas en sólo unos determinados juzgados de primera instancia.

2 EL PROCESO ESPECIAL POR COMPETENCIA DESLEAL

(4) La tramitación del proceso en materia de competencia desleal, esto es, del proceso iniciado mediante el ejercicio de cualquiera de las acciones derivadas de la competencia desleal, ha de realizarse según lo dispuesto para el juicio de menor cuantía (art. 22 LCD). De esta forma, y como se ha hecho ya en las materias próximas de publicidad (art. 29 LGP) o propiedad industrial (art. 125.1 LP, art. 40 LM), se deroga la cuantía como criterio general para la determinación de la clase de juicio ordinario (arts. 483, 484 y 486 LEC), con una paralela reducción, en su caso, de las posibilidades de defensa (para ambas partes) que no creo compensada por la celeridad supuestamente ganada (la crítica de esta opción es generalizada: *per omnia* F. RAMOS, *Enjuiciamiento civil*, T. 11, J. M.^a BOSCH, Barcelona, 1997, pág. 945), especialmente si se tiene en cuenta la posibilidad de adoptar medidas cautelares, los ritmos habituales de tramitación de los juicios y, sobre todo, la imposibilidad de acudir a la casación en los supuestos, nada infrecuentes en este ámbito, en que el juicio tenga cuantía indeterminada (por todos, v. AATS 5-IX-1995 «incidente de fijación de cuantía», 25-III-1997 «improcedencia de recurso de casación», 8-IV-1997 «incidente de determinación de cuantía»).

(5) Son de aplicación las normas procesales comunes (art. 680 ss. LEC). Sólo se han previsto ciertas especialidades en materia de competencia territorial (art. 23 LCD), de diligencias preliminares (art. 24 LCD), de medidas cautelares (art. 25 LCD) y de carga de la prueba (art. 26 LCD). Ello no obstante, el conjunto de reglas establecidas en la Ley de Competencia Desleal en esta materia, en cuanto relativas al procedimiento por el que se ha de sustanciar una acción dotada de un objeto específico y adaptadas a sus características, configuran un proceso especial. Se trata, como es sabido y como se ha destacado por parte de la doctrina procesalista, de una solución a la que con frecuencia ha acudido el legislador en materias próximas. De ahí se sigue la natural dificultad y escasas certidumbres que rodean aquellos casos, no precisamente inhabituales, en los que la acción de competencia desleal se interpone juntamente, sea de forma acumulada o subsidiaria, con otras para las que también existe un proceso especial con trámites diversos, como podría ser la acción por infracción de marcas, la acción por publicidad ilícita o la acción por violación del derecho al honor. Las especialidades que se aprecian entre los procedimientos de competencia desleal y de publicidad ilícita (sin perjuicio de que en este caso deban completarse los requisitos previos de procedibilidad establecidos para las acciones de cesación y de corrección [v. **Art. 18 (52)**]) o de infracción de derechos de propiedad industrial o de propiedad intelectual, sin embargo, no son del calado suficiente como para concluir que se trata de procedimientos no homogéneos, ni en relación con el juicio principal ni con el juicio cautelar; en consecuencia, desde esta perspectiva es lícita la acumulación de las correspondientes acciones (con detalle, R. BELLIDO, *La tutela frente a la competencia desleal en el proceso civil*, pág. 298-308, 312-315). No ocurre así, en cambio, entre los

procedimientos de competencia desleal y de protección jurisdiccional del derecho al honor, la intimidad y la imagen de las personas.

3 ARBITRAJE

(6) De lo anterior no debe seguirse que las acciones de competencia desleal no puedan deducirse y resolverse en el marco institucional y procedimental del arbitraje. Sobre la base de que se trata de una materia integrada en el orden público económico, sin embargo, no faltan pronunciamientos judiciales que han estimado que las partes carecen de poder de disposición sobre los asuntos de competencia desleal [*cf.* art. 2.1. *b*) de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje] y, en consecuencia, no pueden ser resueltas mediante arbitraje [SSAP *Barcelona* 19-VII-1995 «incumplimiento de pacto de no competencia», 8-VII-1998 «Wolcraft España, S. L. y otro c. Super-Ego Tools, S. A.», AJPI, *Madrid* 30-XII-95 «Coopers & Lybrand c. Ernst & Young» (confirmado, aunque sin abordar los fundamentos del auto de instancia acerca de la arbitrabilidad de la disputa, por AAP *Madrid* 1-VII-1996)]. En mi opinión, sin embargo, nada debe oponerse a que los litigios que surjan en este ámbito sean sometidos a arbitraje (en este sentido también F. VICENT, *Introducción al Derecho mercantil*, 11.^a ed., Tirant lo blanch, 1998, pág. 196): que la finalidad de la represión de la competencia desleal comprenda la protección del interés público y del interés de terceros no significa, en efecto, que la interposición de la acción de competencia desleal y ulteriormente la renuncia a ella o la transacción escapen a la autonomía de la voluntad —del modo en que, por lo demás, revela a las claras la falta de legitimación activa de la Administración pública [v. **Art. 19 (9) y (10)**]—, como por otro lado tampoco el fallo de los árbitros tiene una fuerza de obligar que vaya más allá de las partes del procedimiento arbitral, por lo que la tutela de los intereses públicos y de terceros, y en particular de los consumidores, qué puedan verse involucrados no queda irremisiblemente condicionada por el contenido de un laudo y siempre podrá obtenerse ante los tribunales.

Artículo 23.COMPETENCIA TERRITORIAL

1. En los juicios en materia de competencia desleal será competente el Juez del lugar donde el demandado tenga su establecimiento y, a falta de éste, su domicilio. En el supuesto de que el demandado carezca de establecimiento y domicilio en el territorio nacional, será competente el Juez del lugar de su residencia habitual.

2. A elección del demandante, también será competente el Juez del lugar donde se haya realizado el acto de competencia desleal o el de aquel en que se produzcan sus efectos.

Bibliografía

S. BARONA, *Competencia desleal (Normas procesales en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal)*, Tirant lo blanch, Valencia , 1991; R. BELLIDO, *La tutela frente a la competencia desleal en el proceso civil*, Comares, Granada, 1998; N. DÍAZ, «La competencia territorial en los juicios en materia de competencia desleal», *La Ley*, 1993-2, pág. 980 ss.; A.v. ILLESCAS, «El ejercicio de las acciones civiles que propicia la LCD», en *Propiedad industrial y competencia desleal*, Consejo General del Poder Judicial-Andema, Madrid, 1995, pág. 195 ss.; C. LEMA, «Posibilidades y remedios para reprimir la competencia desleal», *Derecho de los Negocios*, núm. 6, 1991, pág. 3 ss.; J. MASSAGUER, voz «Acción de competencia desleal», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995, pág. 83 ss.; J. M. OTERO, «Propiedad industrial y competencia desleal», en *El Nuevo Marco Jurídico de las Empresas*, Gaceta de los Negocios, Madrid, 1995, núm. 3, pág. 13 ss.; A. WIRTH, *Das neue Recht des unlauteren Wettbewerbs in Spanien*, C. Heymanns, Colonia-Berlín-Bonn -Múnich, 1995; ID., «Supuestos procesales de la nueva Ley de competencia desleal», *Derecho de los Negocios*, núm. 24, 1992, pág. 1 ss.

Doctrina-comentario

Sumario:

- [1.Introducción](#)
- [2.Sistema de fueros alternativos](#)
- [3.Acumulación de acciones](#)

1 INTRODUCCIÓN

(1) En el proceso por competencia desleal, y a diferencia de lo que ha ocurrido en materia de propiedad industrial [*cfr.* art. 125.2 LP, art. 40 LM, Y *Disposición Derogatoria* 1. a) LP], no se ha producido ningún tipo de concentración ni menos aún de especialización judicial. El órgano jurisdiccional competente para conocer del mismo es, desde un punto de vista objetivo, el Juzgado de Primera Instancia (art. 85.1 LOPJ) y, desde un punto de vista territorial, el del lugar donde el demandado tenga su establecimiento y, a falta de éste, su domicilio y, a falta de ambos, el de su residencia habitual, o bien, a elección del demandante, el del lugar en que se haya realizado el acto combatido o en que produzca sus efectos. De este modo, por otro lado, la Ley de Competencia Desleal se separa de la implícita remisión a las normas generales que se sigue de la falta de ordenación de este extremo en materia de publicidad ilícita. Se trata en todo caso de un sistema de fueros disponibles, por lo que resulta admisible la sumisión expresa y tácita (*v.* R. BELLIDO, *La tutela frente a la competencia desleal en el proceso civil* , pág. 74-78, con otras referencias).

2 SISTEMA DE FUEROS ALTERNATIVOS

(2) En la práctica se ha cuestionado el carácter sucesivo o alternativo de los fueros previstos en los dos apartados del artículo 23 de la Ley de Competencia Desleal, y en particular si los previstos en el apartado segundo (de cuyo carácter concurrente entre sí no se discute) deben entenderse sucesivos o, por el contrario, alternativos respecto de los previstos en su apartado primero (cuyo carácter sucesivo entre sí se encuentra igualmente fuera de duda). A mi juicio es preferible esta segunda lectura: el artículo 23 de la Ley de Competencia Desleal establece tres fueros concurrentes, integrando el primero de ellos tres fueros sucesivos [conformes, A. WIRTH, *DN*, núm. 24, 1992, pág. 7-8, F. VICENT, *RGD*, 1993, pág. 10014, en nota (51), M. A. FERNÁNDEZ Y A. DE LA OLIVA, *Derecho Procesal Civil*, T. IV, 4.^a ed., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1995, pág. 174-175, R. BELLIDO, *La tutela frente a la competencia desleal en el proceso civil*, pág. 81-83, R. ILLESCAS, en *Propiedad industrial y competencia desleal*, pág. 198-200, M. RODRÍGUEZ SAN VICENTE, «Medidas cautelares en competencia desleal», en *Medidas cautelares por razón de la materia*, Escuela Judicial-Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997, pág. 321 ss., pág. 326-327]: el lugar del establecimiento del demandado, que en el caso de que fueren varios los establecimientos, será aquel que tenga la consideración de establecimiento principal (arg. ex art. 6.1 LSA, art. 7.1 LSRL), el lugar de comisión del acto de competencia desleal y el lugar en que se producen los efectos del acto de competencia desleal, plenamente electivos entre sí, acompañado el primero de ellos por otros dos fueros sucesivos: el lugar del domicilio del demandado (al que debe acudirse cuando carezca de establecimiento en territorio nacional) y el lugar de residencia del demandado (al que debe acudirse cuando carezca de establecimiento y domicilio en territorio nacional). En todo caso, al actor compete la elección de uno de los tres fueros territoriales alternativos o electivos (correctamente, SSAP *Valencia* 26-VII-1995 «declinatoria», *Barcelona* 27-X-1998 «Europea de Investigaciones Electrónicas, S. A.»; en cambio, son fueros sucesivos los del apartado segundo respecto de los del apartado primero del art. 23 LCD para SAP *Madrid* 27-XI-1992 «Nike c. Cidesport», cuyos fundamentos desarrolló el Presidente de la Sección: N. DÍAZ, *La Ley*, 1993-2, pág. 980 ss., manteniendo justamente la tesis que animó las Enmiendas de supresión del apartado segundo del artículo 23 LCD y que fue rechazada por la mayoría [v. **(3)**], así como, en *obiter dictum*, SAP *Navarra* 16-VII-1998 «Viscofán, Industria Navarra de Envolturas Celulósicas, S. A. c. Alfacel, S. A. y otros»).

(3) Tres potentes argumentos militan a favor de esta tesis. Avala esta interpretación, en primer lugar, el sentido propio de las palabras empleadas en la norma, y en particular de la expresión «a elección del demandante» seguida del término «también» con que se abre su apartado segundo: pocos supuestos parecen tan adecuados como éste para hacer valer la máxima *in claris non fit interpretatio*. Así se deduce, además, de la génesis de este precepto, y en especial de la justificación de la enmienda de la que procede la redacción final de este precepto y de las discusiones habidas al respecto con motivo de la elaboración del dictamen sobre el proyecto de ley a la vista del informe de la ponencia. Dicha enmienda y discusiones muestran con claridad meridiana, en efecto, que el tenor actual del apartado segundo se introdujo para facilitar la persecución de los actos de competencia desleal cuando los mismos y sus efectos se produjeran en distintos puntos, tanto del territorio nacional como del extranjero (*cf.* Enmienda 31 del Grupo Mixto-U.v. = BOCG, *Congreso de los Diputados*, IV Legislatura, núm. 7-4); de forma consecuente con este planteamiento, se rechazaron todas aquellas enmiendas que precisamente trataban de evitar el carácter alternativo del fuero previsto en el apartado segundo [*cf.* Enmiendas 54 y 55 del Grupo Parlamentario Popular y Enmienda 93 del Grupo Parlamentario Catalán en el Congreso de los Diputados = BOCG, *Congreso de los Diputados*, IV Legislatura, núm. 7-4, así como las Enmiendas 67 y 68 del Grupo Parlamentario Popular en el Senado y la Enmienda 98 del Grupo Parlamentario Catalán de Convergencia i Unió en el Senado = BOCG, *Senado*, IV Legislatura, núm. 19 (c)], llegándose a reconocer paladinamente que con la redacción finalmente aprobada se

«opt[a], lógicamente por favorecer al demandante ofreciéndole un fuero alternativo» (*cf.* Cortes Generales, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Comisiones, IV Legislatura, núm. 67, pág. 1866-1868, correspondiendo el entrecomillado a la intervención del Sr. Lloret Llorens, del Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso de los Diputados, recogida en la pág. 1867) o que «ha habido la voluntad por parte del Grupo (Socialista) de buscar un criterio jurídico que determine qué fuero es más cómodo al demandante. Hemos ofrecido un fuero alternativo» (*cf.* la intervención del Sr. Díaz Vieco del Grupo Parlamentario Socialista en el Senado: Cortes Generales, *Diario de Sesiones del Senado*, Comisiones, IV Legislatura, núm. 56, pág. 27, col. izq.). En fin, la interpretación propuesta se corresponde con los precedentes de Derecho comparado en que se ha inspirado el legislador, pues esta norma reproduce casi literal y estructuralmente el § 24 de la Ley contra la Competencia Desleal alemana en su redacción vigente al tiempo de la elaboración y aprobación de la Ley de Competencia Desleal, precepto éste que entonces establecía un fuero alternativo entre domicilio y sus sustitutos y lugar de comisión del acto de competencia desleal (*cf.* A. WIRTH, *DN*, núm. 24, 1992, pág. 7-8). Sólo existe un argumento de orden sistemático que arroja algunas dudas, como es la precisión de que las medidas cautelares solicitadas antes de la interposición de la demanda también podrá adoptarlas el juez del lugar donde el acto de competencia desleal produzca o pueda producir sus efectos (art. 25.3 LCD). No obstante, la contundencia de los argumentos expuestos anteriormente obliga a ajustar la interpretación del artículo 25.3 de la Ley de Competencia Desleal al precepto ahora comentado, y no a la inversa, debiendo entenderse que de este modo se admite que la solicitud de medidas cautelares se presente, en este supuesto, ante un juzgado distinto de aquel ante el que se presentará en su momento la ulterior demanda, por lo demás en línea con lo previsto para las medidas cautelares por infracción de derechos de propiedad intelectual (*cf.* qr. 137.I.ªLPI) y, ere otro lado, que adicionalmente se extiende la competencia al juzgado del lugar en que el acto de competencia desleal pueda producir sus efectos.

3 ACUMULACIÓN DE ACCIONES

(4) Si se acumulara el ejercicio de la acción de competencia desleal con el de otra que, como la acción de publicidad ilícita o la acción por violación de derechos de propiedad intelectual, carece de norma especial sobre fuero y no es excluyente respecto de la de competencia desleal, será competente el juez de primera instancia que lo sea para el conocimiento de la acción ejercitada con carácter principal (art. 63.3.ªLEC). La cuestión no ofrece duda en el caso de que las acciones se ejerciten una con carácter principal y la otra con carácter subsidiario. En el caso de que se ejerciten de forma conjunta debe atribuirse la condición de principal a aquella acción en que se basa fundamentalmente la demanda y su *petitum*, sea desde un punto de vista cuantitativo (*v.* STS 13-I-1981 «inhibitoria en juicio de reclamación de cantidad») o cualitativo (*v.* STS 9-IV-1986 «Inhibitoria en juicio por acciones de dominio»), según resulten las circunstancias del caso.

(5) Por el contrario, si el ejercicio de la acción de competencia desleal se acumulara con el ejercicio de acciones que, como la acción por violación de derechos de propiedad industrial [art. 125 LP, art. 40 LM, *Disposición Derogatoria 1. a)* LP], tienen establecido un fuero específico *ratione materiae*, que no coincide con el previsto en la Ley de Competencia Desleal, la acción deberá presentarse, á mi modo de ver y atendidos los presupuestos para la acumulación de acciones (*cf.* art. 154.2.º LEC), ante el juzgado que sea competente para conocer de la acción con fuero específico por razón de la materia cuando lo sea también para conocer la acción de competencia desleal (con otros argumentos, J. M. OTERO, en *El Nuevo Marco Jurídico de las Empresas*, Gaceta de los Negocios, Madrid, 1995, núm. 3, pág. 46, o A. WIRTH, *Das neue Recht des unlauteren Wettbewerbs in Spanien*, pág. 214-215; aunque de forma incidental, parece asumir el

criterio propuesto SAP *Granada* 7-IV-1997 «Toma Nota»). En el caso de que las acciones acumuladas (de competencia desleal y de infracción de derechos de propiedad industrial) lleven ambas a juzgados de primera instancia competentes por razón de la materia para conocer de las mismas, ha de recuperarse la regla general de determinación de la competencia territorial en atención a la acción principal (art. 63.3.^a LEC), debiéndose considerar al efecto, y según las circunstancias del caso, sea los aspectos cuantitativos para determinar la acción en que se fundamenta principalmente la demanda. Finalmente, el juzgado de primera instancia que conozca de una acción por competencia desleal y no fuere competente para conocer de una acción relacionada con un derecho de propiedad industrial no podrá resolver ninguna reconvención que se presente con base en el ejercicio de un derecho de esta naturaleza o que persiga la declaración de su nulidad (SAP *Granada* 7-IV-1997 «Toma Nota»).

Artículo 24.DILIGENCIAS PRELIMINARES

1. Quien pretenda ejercitar una acción de competencia desleal podrá solicitar del Juez la práctica de diligencias para la comprobación de aquellos hechos cuyo conocimiento resulte objetivamente indispensable para preparar el juicio.

2. Tales diligencias se sustanciarán de acuerdo con lo previsto en los [artículos 129 a 132 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo](#), de Patentes y podrán extenderse a todo el ámbito interno de la empresa.

Bibliografía

S. BARONA, *Competencia desleal (Normas procesales en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal)*, Tirant lo blanch, Valencia, 1991; R. BELLIDO, *La tutela frente a la competencia desleal en el proceso civil*, Comares, Granada, 1998; A. BERCOVITZ, *La nueva Ley de Patentes*, Tecnos, Madrid, 1986; F. CORDÓN, «Comentario breve a las normas procesales de la Ley de Competencia Desleal», *Actualidad Civil*, 1991-3, pág. 465 ss.; A. CASTÁN, «Una aproximación a las diligencias preliminares de comprobación de hechos de la Ley de Patentes», en *Colección de trabajos sobre propiedad industrial. Homenaje a J. Delicado*, Grupo Español de la AIPPI, Barcelona, 1996, pág. 132 ss.; R. SOTO, «Las medidas cautelares en los procedimientos de competencia desleal», en A. BERCOVITZ (coord.), *La regulación contra la competencia desleal en la Ley de 10 de enero de 1991*, BOE-Cámara de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 1992, pág. 151 ss., pág. 152 a 156; J. VALLE, «Las diligencias para la comprobación de hechos en la Ley de Competencia Desleal», *RGD*, núm. 595, 1994, pág. 3717 ss.

Doctrina-comentario

Sumario:

- [1.Introducción](#)
- [2.Naturaleza jurídica](#)
- [3.Objeto](#)
- [4.Presupuestos](#)
- [5.Tramitación](#)
- [6.Indemnización de gastos, daños y perjuicios](#)

1 INTRODUCCIÓN

(1) La Ley de Competencia Desleal dispone y regula unas específicas diligencias preliminares destinadas a comprobar hechos necesarios para la preparación de la demanda por competencia desleal. Al lado de la mencionada finalidad informativa, las diligencias preliminares tienen en la práctica una función probatoria: los elementos que se obtengan como consecuencia de su práctica y, en todo caso, el certificado positivo que emita el juez constituyen medios de prueba que pueden unirse a los autos del juicio que en su día se inicie, y como tales han de ser valorados en su seno. En particular, y de una forma extraordinariamente escueta, se reconoce la posibilidad de solicitar la práctica de dichas diligencias preliminares con anterioridad a la interposición de la demanda, se precisa su objeto o contenido, se disponen sus requisitos (parcialmente) y se remite su sustanciación a lo previsto en los artículos 129 a 132 de la Ley de Patentes sobre las diligencias de comprobación de hechos allí reguladas. Esta remisión tiene un alcance amplio, que comprende aspectos procedimentales y algunos aspectos sustantivos, no estrictamente procedimentales.

2 NATURALEZA JURÍDICA

(2) Como se sigue de la remisión a la legislación de patentes, las diligencias preliminares de la Ley de Competencia Desleal están claramente emparentadas con las previstas para los procesos por infracción de derechos de propiedad industrial [arts. 129 a 132 LP, art. 40 LM, *Disposición Derogatoria* 1. a) LP] y, a través de ellas y mediante el Protocolo Octavo del Acuerdo de Adhesión del Reino de España a las Comunidades Europeas, con la *saisie-description* de Derecho francés o el *Vorverfahren* de Derecho alemán (como frecuentemente se ha recordado, v. J. VALLE, *RGD*, 1994, pág. 3718, o A. CASTÁN, en *Homenaje a J. Delicado*, pág. 135-136, con otras referencias).

(3) En última instancia, por otro lado, las diligencias preliminares de la Ley de Competencia Desleal participan de la naturaleza de las diligencias preliminares establecidas con carácter general en los artículos 497 a 502 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, facilitar la preparación del juicio (e indirectamente fijar el estado de las cosas en el momento de su práctica). Existen, sin embargo, significativas diferencias tanto en su contenido, como en su tramitación y ejecución (v. J. VALLE, *RGD*, 1994, pág. 3723-3724). En todo caso, las diligencias preliminares del artículo 24 de la Ley de Competencia Desleal no desplazan a las diligencias preliminares previstas con carácter general en el Ley de Enjuiciamiento Civil, a las que a decir verdad, y vistos sus respectivos objetos, complementan (M. A. FERNÁNDEZ y A. DE LA OLIVA, *Derecho Procesal Civil*, T. IV, 4.ª ed., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1995, pág. 175).

3 OBJETO

(4) Como se ha indicado, las diligencias preliminares de comprobación de hechos se regulan como mecanismo adecuado para entrar en conocimiento de hechos relativos a la preparación del juicio y, a través de la constancia que queda de esta actuación, para la obtención de los correspondientes medios de prueba. Ello ha de permitir que las diligencias preliminares tengan por objeto la comprobación de las circunstancias de hecho relativas a la comisión o preparación del acto de competencia desleal, sea al hecho mismo de la realización o preparación de una determinada actuación, sea a la persona o personas involucradas en su realización o preparación (v. AAP *Navarra* 15-I-1996 «Talento NI y Grupo Solución FPPA c. GRM Enlace y Solero, Solero y Partners»), sea a datos objetivos y subjetivos de otra índole que puedan ser relevantes para la calificación jurídica de la conducta considerada como acto de competencia desleal. Pero también ha de permitir, siempre que se acredite suficientemente que es objetivamente indispensable y se respeten los límites funcionales (en los términos que se indican seguidamente), que tengan por objeto la comprobación de las circunstancias relativas a los presupuestos exigidos para el buen éxito de cualquiera de las acciones derivadas de la competencia desleal, como la continuación del acto, riesgo de repetición, persistencia y naturaleza de los efectos, daños y perjuicios, dolo o culpa, enriquecimiento injusto...

(5) Más allá de la especificación de su propósito y del reconocimiento de que pueden extenderse a todo el ámbito interno de la empresa no existe una predeterminación ni una enumeración de las actuaciones que pueden practicarse en este marco. No es dudoso, en cualquier caso, que exceden de la sola inspección de maquinaria, dispositivos, procedimientos o instalaciones prevista en relación con las diligencias preliminares de comprobación de hechos en materia de patentes (que, por lo demás, incluso en este ámbito se considera indicada sólo a título de ejemplo: v. A. CASTÁN, en *Homenaje a J. Delicado*, pág. 141) y que habrán de ser concretadas caso por caso, en atención a la naturaleza, elementos y circunstancias propias del acto de competencia desleal supuestamente realizado o preparado, así como en atención a lo que resulte efectivamente imprescindible para preparar el juicio. En este sentido, la imprecisión que se aprecia en la concreción legal de estos extremos no es sino expresión de la necesaria

flexibilidad con que debe revestirse a este mecanismo para asegurar, de la mano del prudente criterio judicial, su capacidad de adaptación a las particulares circunstancias de cada caso. De ahí que las diligencias preliminares puedan comprender la inspección judicial, en su caso con obtención de muestras o entrega de copias para su ulterior análisis o estudio por parte de los peritos designados al efecto y elaboración del correspondiente informe, la exhibición de libros y documentos contables o societarios, o incluso, y siempre que su contenido quede dentro de la comprobación preliminar, la toma de declaración a los representantes de la persona contra la que se interesa su práctica o de sus colaboradores y trabajadores (explicaciones o aclaraciones sobre lo inspeccionado), pero no, a mi juicio, la absolución de posiciones (*cf.* AAP Navarra 15-I-1996 «Talento NI y Grupo Solución FPPA c. GRM Enlace y Solero, Solero y Partners»).

(6) Desde esta perspectiva objetiva, los únicos límites que parecen existir son, en términos específicos, la objetiva necesidad (esto es, determinada en abstracto a partir de la situación de hecho considerada, y no en atención a las circunstancias personales del solicitante) de acudir a este expediente, y más en particular de llevar a cabo la concreta diligencia solicitada para poder preparar la demanda; así las cosas, en materia de competencia desleal, las diligencias de comprobación parecen reservadas en principio a los sucesos internos, no difundidos en el mercado, como la preparación de cualquier acto de competencia desleal y, ya realizados, la apropiación y explotación de secretos empresariales, la inducción a la infracción contractual, la violación de normas, algunos supuestos de discriminación (si se requiere comprobación de contabilidad y documentación) y la venta a pérdida. Desde una perspectiva funcional, los límites al contenido de las diligencias-preliminares son, de un lado, la correspondencia entre la actuación judicial y los medios de prueba admisibles en juicio y, de otro lado, el respeto del ámbito propio de otras actuaciones judiciales. En este sentido, las diligencias preliminares no han de invadir las funciones y ámbito de otras actuaciones o medidas judiciales como puedan ser, en particular, la práctica de la prueba —que debe tener lugar en el seno del juicio—, el aseguramiento de los medios de prueba —que es objeto de las diligencias previas de la Ley de Enjuiciamiento Civil o el aseguramiento de la sentencia —que es objeto de las medidas cautelares—.

4 PRESUPUESTOS

(7) Para la concesión de las diligencias solicitadas se requiere, en primer lugar, que se haya establecido de forma al menos indiciaria la comisión o preparación de la comisión de un acto de competencia desleal, a partir de la solicitud instándolas y, en su caso, de los informes requeridos o las investigaciones realizadas cuya obtención o impulso de oficio se autoriza al juez en este ámbito (art. 129.2 LP). Esta posibilidad reconocida al juez despeja, junto con las referencias legales a la presunta infracción que se encuentran en la Ley de Patentes, toda duda acerca de la necesidad de que para la concesión de las diligencias de comprobación se deba acreditar mínimamente la realización o preparación de la conducta desleal, y no sea suficiente con la mera alegación; ahora bien, el grado de prueba exigido a estos efectos es mínimo: basta que del relato fáctico y del material probatorio acompañado a la solicitud resulte la posibilidad de la comisión o preparación de un acto de competencia desleal (por debajo, pues, de la probabilidad o verosimilitud de éxito de la demanda requerida en materia de medidas cautelares [v. **Art. 25 (10)**]). Igualmente, y sobre todo, habrá de probarse, de nuevo mínimamente, que el conocimiento de los hechos objeto de las mismas es objetivamente indispensable para preparar el juicio, lo que implica que la práctica de las diligencias solicitadas es necesaria y proporcionada, esto es, que no es posible acceder al conocimiento de los hechos necesarios para la preparación de la demanda sin este auxilio o que no es posible hacerlo de forma menos gravosa para el afectado.

(8) Si se conceden las diligencias preliminares solicitadas, el solicitante deberá prestar caución para responder de los gastos, daños y perjuicios cuya práctica pueda causar al afectado. Su importe, por lo tanto, habrá de establecerse en atención al montante de esta responsabilidad [v. **(17)** y **(18)**], a partir de la prueba aportada por el solicitante y, en su caso, de los informes periciales o de la investigación que el juez puede solicitar o impulsar a estos efectos (*cf.* art. 129.2 LP). La fijación de fianza no es, por lo tanto, un elemento que venga a reparar o compensar la debilidad de la prueba mínima exigida para su concesión; en todo caso procede su fijación en el auto que las conceda, e igualmente ha de exigirse su efectiva prestación como condición previa a la práctica de las diligencias preliminares acordadas. El objeto de esta fianza podrá consistir en cualquier clase de garantía, excluida la de carácter personal (arg. ex art. 25 LCD, en relación con art. 1.428 LEC).

5 TRAMITACIÓN

(9) Las diligencias preliminares sólo pueden solicitarse (y practicarse) antes de deducir la demanda o, en su caso, la solicitud de medidas cautelares que pudiera presentarse con anterioridad a la demanda, y únicamente a solicitud de parte. Su sustanciación se realizará conforme a lo previsto en la legislación de patentes (art. 24.2 LCD, en relación con arts. 129 a 132 LP). Lo aquí dispuesto, sin embargo, no encierra una regulación completa. Para integrar las lagunas que puedan detectarse, aún será preciso acudir a lo establecido con carácter general para las diligencias preliminares en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

(10) La legitimación activa para la solicitud de las diligencias preliminares corresponde, como queda dicho, a quienes estén legitimados activamente para la interposición de la demanda por competencia desleal relativa a los hechos de cuya comprobación se trata. Así se sigue, en efecto, de la vinculación existente entre las diligencias preliminares y la preparación de la demanda y del tenor del artículo 129.1 de la Ley de Patentes. Por su parte, legitimado para soportar la práctica de las diligencias preliminares, a la vista de su finalidad, sólo puede considerarse la persona o personas contra las que puede dirigirse la acción de competencia desleal (*cf.* arts. 131.1 y 132 LP Y Preámbulo de la Ley de Competencia Desleal); no así los terceros con los que éste o éstos puedan relacionarse, salvo que su actuación determine que ellos mismos realicen, ordenen, cooperen o colaboren en la realización del acto de competencia desleal (y por lo tanto se hallen legitimados para soportar la acción de competencia desleal). Esto, por lo tanto, no ha de representar ninguna dificultad práctica, como se descubre en cuanto se repara en la amplitud de los términos con que se define la legitimación pasiva (art. 20 LCD).

(11) Competente para decidir y, en su caso, conducir la práctica de las diligencias preliminares de comprobación de hechos es el Juez que también lo sea para conocer el eventual proceso por competencia desleal desde un punto de vista objetivo y territorial (arts. 22 y 23 LCD y art. 85.1 LOPJ), que podrá ser o no el Juzgado ante el que posteriormente se presente la demanda. Dada la amplitud de los términos con que se encuentra establecida la competencia territorial, y en particular por virtud de la inclusión de los lugares de realización del acto de competencia desleal y de producción de sus efectos entre los fueros a que puede acudir directamente el demandante [v. **Art. 23 (2)**], no será fácil que el juez del lugar donde deban practicarse las diligencias preliminares solicitadas no sea competente para conocer de la correspondiente acción de competencia desleal. Para los casos en que, sin embargo, no lo fuere, y antes que acudir a la poco efectivo y escasamente ágil vía del exhorto, se ha propuesto tanto el reconocimiento de la competencia del juez del lugar (J. VALLE, *RGD* , 1994, pág. 3727-3728), como la extensión de la competencia del Juez ante el que se soliciten de conformidad con los criterios legalmente previstos a otros territorios fuera de su circunscripción, sobre la base del artículo 275 de la Ley Orgánica del Poder Judicial,

puesto que, como se ha razonado, las diligencias preliminares son diligencias de instrucción o de prueba a los efectos de este precepto y, de otro lado, la actuación judicial no invade en este caso las competencias del juzgado local y está justificada por razones de economía procesal (A. CASTÁN, en *Homenaje a J. Delicado*, pág. 143-144). De otro lado, en el caso, tal vez más frecuente, de que las diligencias preliminares de que se trate deban practicarse en lugares pertenecientes a distintas circunscripciones judiciales (como sucederá cuando se soliciten contra una sola persona o contra varias y deban practicarse en establecimientos radicados en distintas circunscripciones), y como exigencia para asegurar su ineludible simultaneidad y sorpresa, también parece obligado reconocer competencia a un solo Juzgado, siempre que esté habilitado para conocer de la demanda de competencia desleal para cuya preparación se solicitan, aunque los Juzgados de los lugares en que se hayan de practicar también lo estén, ahora sobre la base de una aplicación armónica del párrafo segundo del artículo 62.1.^a de la Ley de Enjuiciamiento Civil y del artículo 275 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

(12) El Juez resolverá con carácter urgente mediante auto la concesión o denegación de la práctica de las diligencias preliminares solicitadas, en su caso (esto es, si los elementos de prueba aportados con el escrito de solicitud se juzgan todavía insuficientes) previa solicitud y obtención de los informes o realización de las investigaciones que estime necesarias. En todo caso, debe resolverse sin dar audiencia al interesado. El auto que acuerde la práctica de las diligencias preliminares solicitadas habrá de fijar su alcance, a la vista del principio de prueba aportado por el solicitante o del que resulte de los informes requeridos o investigaciones realizadas por el juez y siempre de lo que prudentemente se considere indispensable y proporcionado para preparar la demanda; en su caso, y naturalmente sin intervención del solicitante, designará asimismo al perito o peritos que deban acompañar al Juez en la práctica de las diligencias acordadas y emitir posteriormente un informe. De esta resolución tampoco se dará traslado al afectado. El auto denegando en todo o en parte las diligencias preliminares solicitadas es recurrible en apelación (art. 129.5 LP).

(13) El Juez practicará las diligencias personalmente en el establecimiento o instalaciones del afectado o en aquel otro lugar en que fuere preciso, en su caso acompañado del perito o peritos designados al efecto. Si es posible tomar y de hecho se toman las medidas necesarias para la salvaguardia de los secretos empresariales del afectado (lo que *a priori* no parece especialmente fácil), nada se opone a la presencia del solicitante en el acto de la 'práctica de las diligencias preliminares, incluso asistido de experto; por el contrario, no es admisible en ningún caso la intervención activa del solicitante en la práctica de las mismas. En el caso de que el afectado no franquee la entrada, se podrá requerir la presencia de la Policía Judicial (art. 445.1 LOPJ). El Juez no podrá cambiar sobre la marcha el contenido de las diligencias ordenadas, ni para reducirlo —pues ello privaría al solicitante de la garantía y defensa que implica la recurribilidad de la providencia— ni para ampliarlo —pues ello comportaría una actuación de oficio que no es propia de este ámbito—, pero podrá adaptarlo a las circunstancias del caso (*ad ex.* obtención de copias de registros informáticos si es que se había acordado la obtención de copias de registros que se suponían llevados mediante libros, o viceversa). Durante la práctica se recogerán en el acta correspondiente las explicaciones o aclaraciones solicitadas por el juez o los peritos, así como aquellas manifestaciones que en el acto realice el sujeto pasivo o sus empleados o colaboradores presentes.

(14) Si de las diligencias preliminares practicadas resultan hechos que (14) pueden ser constitutivos del acto de competencia desleal que motivó su solicitud y concesión o que, en su caso, pueden implicar la concurrencia de los requisitos exigidos para la interposición de la acción de competencia desleal, el Juez emitirá una certificación con

la información de hechos que corresponda a lo solicitado y sea necesaria para interponer la demanda. De dicha certificación se dará copia al solicitante y al afectado. No cabe recurso contra la misma (art. 130.5 LP).

(15) El solicitante sólo puede utilizar esta certificación para la preparación de la demanda, o de la solicitud de medidas cautelares, que habrá de presentar en el plazo de dos meses desde la fecha en que se practicaron las diligencias. No obstante lo desatinado de la norma, el tenor legal es claro en este punto: el *dies a quo* es el día de práctica de las diligencias preliminares, y no (como habría sido razonable) el día de entrega del certificado al solicitante. Siendo ello así, resulta obviamente obligado proceder con extremada urgencia en la elaboración de los informes que se requieran y en la emisión de dicho certificado. La utilización de la certificación tiene una doble vertiente. De un lado, el solicitante se puede valer de su contenido para redactar la demanda y formular sus pretensiones. De otro lado, el solicitante puede aportarla como medio de prueba. Bajo este aspecto, la certificación únicamente expresa la comprobación de ciertos hechos, pero no constituye en absoluto prueba plena de la efectiva realización de un acto de competencia desleal. Entre una cosa y otra media una calificación jurídica, que habrá de realizarse a resultas de la ordinaria valoración del conjunto de la prueba que sobre estos hechos y otros se practique en el seno del juicio correspondiente. En otras palabras, ni la certificación fija definitivamente los hechos, ni las diligencias preliminares pueden en forma alguna sustituir a la práctica de la prueba en juicio y la exigencia de valoración conjunta de los diferentes medios de prueba obrantes en autos. Las muestras, documentos, declaraciones...recogidos en el trámite de práctica de la diligencia de comprobación que en efecto hayan servido de base fáctica para la elaboración del informe de perito y/o emisión de la certificación positiva deberán conservarse en la pieza correspondiente y podrá pedirse su incorporación como prueba al juicio por competencia desleal que pueda instarse en el futuro o a la pieza de medidas cautelares.

(16) Si por el contrario se entiende que de los hechos comprobados no (16) se puede presumir la realización o preparación de un acto de competencia desleal, el 'Juez notificará al solicitante que no procede darle a conocer su resultado, sin entregarle o poner a su disposición ninguna documentación relativa a las diligencias practicadas o a los informes que hubieren podido haberse emitido y sin que de ello se siga la futura inadmisibilidad de la demanda que se pudiera presentar en relación con los hechos aquí considerados. De aquella notificación, no obstante el silencio legal, debería darse traslado al afectado, previa personación en la pieza que se forme. La decisión del juez sobre este particular no es recurrible (art. 130.5 LP).

6 INDEMNIZACIÓN DE GASTOS, DAÑOS Y PERJUICIOS

(17) El solicitante deberá afrontar en todo caso los gastos y daños ocasionados por la práctica de las diligencias preliminares, incluido el lucro cesante (art. 132 LP). Se trata de los gastos, daños y lucro cesante que se siguen de un modo directo e inmediato de la misma práctica de las diligencias preliminares, y no de los que pudieran resultar de un uso indebido de la certificación que pudiera ser entregada al solicitante. También en este punto es suficientemente claro el tenor legal: la responsabilidad del solicitante no se condiciona al resultado de las diligencias, y en particular a la efectiva apreciación de elementos de hecho que hagan presumible la comisión o preparación de un acto de competencia desleal o a la presencia de los elementos a que se condiciona el buen éxito de las acciones que se pretenden interponer ulteriormente y por tanto a la emisión o denegación de la correspondiente certificación, como tampoco se condiciona a la concurrencia de dolo o culpa en el solicitante ni por supuesto al resultado favorable o desfavorable del juicio que pudiera instarse ulteriormente. De otro lado, el pago de las cantidades que deban satisfacerse por este concepto, ya cuyo aseguramiento está

sujeta la fianza, no queda tampoco aplazado a la finalización del juicio que pueda interponerse. Evidentemente, las cantidades que puedan satisfacerse por este concepto integra el importe de los daños a que en su día pueda ser condenado el demandado en el seno del procedimiento por competencia desleal que se prepare con estas diligencias preliminares de conformidad con las reglas generales en la materia, como recuerda la salvaguardia que al respecto se establece de forma expresa.

(18) La determinación de la responsabilidad procedente por estos gastos y daños no puede realizarse de oficio, sino sólo a instancia de parte. La correspondiente reclamación ha de presentarse y sustanciarse en el marco procesal de la pieza de diligencias preliminares, y no en el de un juicio declarativo ordinario; la expedición y entrega del certificado o la notificación de que no procede poner en conocimiento los resultados de las diligencias preliminares practicadas, en consecuencia, no pueden determinar el alzamiento de la fianza prestada en su día por el solicitante. La prueba de la realidad de los gastos, daños y lucro cesante que pudiera haberse sufrido y de su origen directo en la práctica de las diligencias preliminares, así como de su importe compete al afectado.

Artículo 25.MEDIDAS CAUTELARES

1. Cuando existieren indicios de la realización de un acto de competencia desleal, o la inminencia del mismo, el Juez, a instancia de persona legitimada y bajo la responsabilidad de ésta, podrá ordenar la cesación provisional de dicho acto y decretar las demás medidas cautelares que resulten pertinentes.

2. Las medidas previstas en el apartado anterior serán de tramitación preferente. En caso de peligro grave e inminente podrán adoptarse sin oír a la parte contraria y deberán ser dictadas dentro de las veinticuatro horas siguientes a la presentación de la solicitud.

3. Si las medidas se solicitan antes de ser interpuesta la demanda, también será competente para adoptarlas el juez del lugar donde el acto de competencia desleal produzca o pueda producir sus efectos.

No obstante, una vez presentada la demanda principal, el Juez que conozca de ella será el único competente en todo lo relativo a las medidas adoptadas.

4. Las medidas cautelares, en lo no previsto por este artículo, se regirán por lo establecido en el artículo 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Bibliografía

S. BARONA, *Competencia desleal (Normas procesales en la Ley 311991, de 10 de enero, de Competencia Desleal)*, Tirant lo blanch, Valencia, 1991; R. BELLIDO, *La tutela frente a la competencia desleal en el proceso civil*, Comares, Granada, 1998; ID., «La tutela cautelar de la propiedad industrial, competencia desleal y materias afines. Propuestas para su reforma», *La Ley*, núm. 4456, 1998, pág. 1 ss.; A. BERCOVITZ, «Las medidas cautelares en la nueva legislación sobre bienes inmateriales y derecho de la competencia desleal», en *Homenaje a H. Baylos*, Grupo Español de la APPI, Madrid, 1992, pág. 49 ss.; P.CALDERÓN, «Sobre el régimen cautelar en defensa de la competencia y competencia desleal y su posible contribución a la efectividad de las resoluciones respectivas», *RDProc.*, 1992, pág. 475 ss.; ID., en M. ORTELLS y P.CALDERÓN, *La tutela judicial cautelar en el derecho español*, Comares, Granada, 1996, pág. 123 ss.; F. CORDÓN, «Comentario breve a las normas procesales de la Ley de Competencia Desleal», *Actualidad Civil*, 1991-3, pág. 465 ss.; A.v. ILLESCAS, «El ejercicio de las acciones civiles que propicia la LCD», en *Propiedad industrial y competencia desleal*, Consejo General del Poder Judicial-Andema, Madrid, 1995, pág. 195 ss.; J. MASSAGUER, «Las medidas cautelares en la Ley de competencia desleal», *RDM*, núm. 206, 1992, pág. 731 ss.; ID., «Acción de competencia desleal», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995, pág. 83 ss.; J. J. MUERZA, *Aspectos procesales de las Acciones de Cesación y Prohibición de Daños en el Ámbito del Derecho Industrial y de la Competencia*, Cedecs, Barcelona, 1997; F. PALAU, «Algunas cuestiones en torno al régimen de tutela cautelar establecido en la Ley de competencia desleal (Comentario al Auto del Juzgado de I.ª Instancia núm. 3 de Castellón de 30 de julio de 1991)», *RGD*, núm. 576, 1992, pág. 8489 ss.; M. RODRÍGUEZ SAN VICENTE, «Medidas cautelares en competencia desleal», en *Medidas cautelares por razón de la materia*, Escuela Judicial-Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997, pág. 321 ss.; A. WIRTH, *Das neue Recht des unlauteren Wettbewerbs in Spanien*, C. Heymanns, Colonia-Berlín-Bonn-Múnich, 1995.

Doctrina-comentario

Sumario:

- 1.Introducción
- 2.Naturaleza jurídica
- 3.Presupuestos
 - a.Situación jurídica cautelable y *fumus boni iuris*
 - b.Riesgo en la demora o *periculum in mora*
 - c.Contracautela
 - d.Proporcionalidad
- 4.Contenido
- 5.Aspectos de procedimiento
 - a.La solicitud de medidas cautelares
 - b.Competencia
 - c.Tramitación
 - d.Resolución sin audiencia de parte
 - e.Fianza de carácter sustitutorio
 - f.Recursos
 - g.Modificación
 - h.Ejecución
 - i.Alzamiento
- 6.Responsabilidad por daños y perjuicios derivados de la adopción de medidas cautelares posteriormente alzadas

1 INTRODUCCIÓN

(1) El tiempo que media entre la interposición de la demanda por competencia desleal y la ejecución de la sentencia estimatoria puede privar de contenido y sentido a la tutela judicial: durante su tramitación y hasta la ejecución de sentencia, el acto de competencia desleal y sus efectos están vivos, produciendo al que lo sufre y al propio orden concurrencial unas desventajas instantáneas, progresivas y en buena parte de los casos difícilmente reparables. Como en el proceso civil ordinario, en el proceso por competencia desleal es imprescindible una intervención tempestiva. A tal fin, el ordenamiento reacciona atribuyendo al actor un derecho subjetivo de naturaleza estrictamente procesal, que le permite solicitar la adopción de medidas cautelares; en definitiva, la intervención provisional en la esfera patrimonial o en la conducta de la parte contraria con el propósito de asegurar la efectividad del proceso principal. Las medidas cautelares en procesos de competencia desleal son *de facto* medio de extraordinario alcance y eficacia, que revisten en la práctica incluso mayor importancia que la sentencia de fondo.

(2) Las medidas cautelares en los juicios por competencia desleal son objeto de una regulación especial, contenida en el artículo 25 de la Ley de Competencia Desleal, completado por lo previsto con carácter general por el artículo 1.428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Como ya sucediera en la Ley General de Publicidad, en la Ley de Patentes (aplicable en este ámbito a las marcas) o en la Ley de Propiedad Intelectual, el legislador ha sucumbido también en materia de competencia desleal a la tentación de disponer unas específicas medidas cautelares. No siendo pocas las diferencias existentes entre sus respectivas normas a este respecto, y en particular en relación con los requisitos de procedibilidad exigidos por la Ley General de Publicidad y en general en relación con la tramitación del correspondiente procedimiento cautelar, este estado de cosas trae consigo no pocas incertidumbres acerca del régimen aplicable en los nada infrecuentes supuestos en que se solicite conjuntamente la adopción de medidas cautelares al amparo de varias de las leyes indicadas.

(3) La remisión al artículo 1.428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no debe engañar acerca del alcance de las medidas cautelares en materia de competencia desleal y su régimen jurídico. Aquéllas no son sólo las medidas cautelares innominadas establecidas

y ordenadas con carácter general en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Las pretensiones que integran la acción de competencia desleal (art. 18 LCD) coinciden con las obligaciones de hacer, no hacer y dar cosa específica a que corresponden las pretensiones cautelares innominadas del artículo 1.428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; de hecho, la cesación y prohibición provisional se encuadran entre las medidas cautelares innominadas: la situación jurídica cautelable tiene por objeto una prestación de no hacer expuesta a peligros por retraso, no comprendidos entre los riesgos típicos cuya prevención se confía normativamente a otras medidas cautelares. Pero el artículo 18 de la Ley de Competencia Desleal comprende también una pretensión de entrega de cosa genérica que no es sanción pecuniaria complementaria o supletoria de una pretensión principal de hacer, no hacer o dar cosa específica. La preponderancia sociológica y económica de la pretensión de cesación en la acción de competencia desleal no encuentra reflejo normativo: las otras pretensiones integrantes de la acción de competencia desleal son autónomas y acumulables respecto de la cesación. Igualmente, el artículo 18 de la Ley de Competencia Desleal puede amparar la formulación, como modalidad de remoción de los efectos del acto de competencia desleal, de pretensiones dirigidas a la obtención de la titularidad de derechos de existencia registral [v. *gr.* patentes en caso art. 7. a) LP en relación con art. 12 LP]. La utilidad práctica de la sentencia que acoja estas otras pretensiones de la acción de competencia desleal está expuesta a los peligros indeterminados afrontados por el artículo 1.428 I de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero también y principalmente a los peligros típicos a cuya prevención sirven el embargo de bienes (entrega de cantidad de dinero) y las anotaciones preventivas (titularidad de derechos registrales). En suma, la exigencia legal de «medida pertinente» no contiene tanto una remisión al arbitrio judicial para adecuar la medida cautelar a la pretensión y al peligro del caso, cuanto un mandato de correspondencia de la medida cautelar con la pretensión que se ha formulado o que se ha de formular en la demanda y con el *periculum in mora* mediante la subsunción de ambos en los supuestos legalmente regulados, se trate entonces de medidas típicas o de medidas innominadas.

(4) En este sentido, la remisión al artículo 1.428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil tiene, ante todo, un valor procedimental. Materialmente, esto es, en lo relativo a los presupuestos que han de concurrir para la concesión de las medidas cautelares solicitadas rige lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley de Competencia Desleal y, ante el silencio legal, lo que sea conforme a la naturaleza de las medidas solicitadas en cada caso, sea típica o atípica la naturaleza de la medida y del peligro. En cambio, procedimentalmente, esto es, en lo relativo a los trámites rige lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley de Competencia Desleal y, en defecto de previsión, en el artículo 1.428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que permite que en los juicios por competencia desleal la medida cautelar típica (*ad ex.* embargo preventivo por riesgo de insolvencia) se tramite como atípica. Por lo demás, las lagunas dejadas por la regulación especial e insuficientemente atendidas por la remisión al artículo 1.428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil deben colmarse con las construcciones de la teoría general de las medidas cautelares del proceso civil. A falta de remisión legal, no es lícito acudir a las normas especiales de la Ley de Patentes, como por lo demás se deduce de los antecedentes parlamentarios de esta norma [*cf.* Enmienda núm. 31 del Grupo Parlamentario del CDS en el Senado, que proponía la sustitución del actual Cap. IV LCD por un nuevo art. 22 LCD que contuviera una remisión a los Caps. I, II y II del Tít. XIII LP, excepción hecha de los arts. 124 y 126 a 128 LP, en cuanto «no sea incompatible con la propia naturaleza de la competencia desleal» (*cf.* BOCG, *Senado*, Serie II, IV Legislatura, núm. 19 (d), pág. 22), y que fue rechazada en Comisión, habiendo esgrimido la Senadora Díez Vieco en el turno en con-tra, entre otros argumentos igualmente equivocados, que «los actos de competencia desleal» tienen un evidente contenido culposo, que en la Ley de Patentes no se exige» (Cortes Generales, *Diario de Sesiones*, Senado, Comisión de Justicia, IV Legislatura, núm. 56, pág. 25-28, pág. 26)].

2 NATURALEZA JURÍDICA

(5) Las medidas cautelares dispuestas en el artículo 25 de la Ley de Competencia Desleal son medidas cautelares en estricto sentido jurídico-procesal, caracterizadas como están por su instrumentalidad respecto de una acción principal, por su procesalidad o dependencia respecto de un proceso principal, por su temporalidad o vigencia limitada a la duración del proceso en el que se dilucida la acción de competencia desleal y, en fin, por su variabilidad o posible modificación en atención a las modificaciones del supuesto de hecho que puedan producirse durante su vigencia [v. J. CARRERAS, «Las medidas cautelares del artículo 1.428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», en M. FENECH y J. CARRERAS, *Estudios de Derecho procesal*, Librería Bosch, Barcelona, 1962, y M. SERRA, «Teoría general de las medidas cautelares», en M. SERRA y F. RAMOS, *Las medidas cautelares en el proceso civil*, s. e., Barcelona, 1974, y en las obras básicas J. MONTERO, M. ORTELLS, J. L. GÓMEZ COLOMER y A. MONTÓN, *Derecho jurisdiccional*, T. II, vol. 2.º, Librería Bosch, Barcelona, 1989, pág. 251-281 y V. CORTÉS, V. GIMENO, V. MORENO y J. ALMAGRO, *Derecho Procesal*, 5.ª ed., T. I, vol. II, Tirant lo blanch, Valencia, 1990, núm. 709-714, pág. 519-537, y en general sobre las medidas cautelares indeterminadas del art. 1.428, P. CALDERÓN, *Las 'medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*, Civitas, Madrid, 1992, F. RAMOS, en V. CORTÉS (coordinador), *Comentario a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tecnos, Madrid, 1985, pág. 687 ss., y M. ORTELLS, «Sobre las medidas cautelares indeterminadas del artículo 1.428 LEC», *Justicia*, 1989, núm. 1, pág. 43 ss.]. En este sentido, las medidas cautelares en materia de competencia desleal son una pieza del sistema general de medidas cautelares del proceso civil, y no unas diligencias urgentes preliminares al juicio ni unas medidas urgentes en el sentido de los artículos 4.4.º y 10.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil (SAP *Baleares* 2-XII-1996 «impugnación de tasación de costas»).

3 PRESUPUESTOS

(6) Los presupuestos para la adopción de las medidas cautelares no están legalmente determinados con claridad, aunque ciertamente tratan de ello tanto la referencia a los indicios de la realización efectiva o inminente de un acto de competencia desleal como a la pertinencia de las medidas cautelares. Ello no obstante, las causas que permiten ordenar una medida cautelar del artículo 25 de la Ley de Competencia Desleal pueden y deben encuadrarse en una de las más sólidas construcciones de la teoría general de las medidas cautelares del proceso civil, los presupuestos: situación jurídica cautelable y principio de prueba de la misma o *fumus boni iuris*, peligro de demora o *periculum in mora* y contracautela (extensamente, P. CALDERÓN, *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*, pág. 40-58, 156-183), así como proporcionalidad.

a Situación jurídica cautelable y *fumus boni iuris*

(7) La situación jurídica cautelable es una pretensión formulada o que se formulará en la demanda del juicio principal fundada en unos hechos que, a la vista de la prueba suministrada, hacen verosímil que sea acogida por la resolución final. La pretensión relevante para integrar la situación jurídica cautelable a efectos del artículo 25 de la Ley de Competencia Desleal es cualquiera de las que integran la acción de competencia desleal, no otras que pudieran encontrar amparo en otros ámbitos, como los derechos de propiedad industrial e intelectual (*cf.* AAP *Tarragona* 17-X-1996 «Autoridad Portuaria de Tarragona»). Estas pretensiones sólo constituyen una situación jurídica cautelable si existen indicios de la realización o de la inminencia de la realización de un acto de competencia desleal, esto es, si hay una apariencia de buen derecho o *fumus boni iuris*, lograda a través del principio de prueba de los hechos en que lo fundan.

(8) En el proceso civil se exige con carácter general que la apariencia de buen derecho se acredite necesaria y exclusivamente mediante prueba documental. Esta regla no puede regir en materia de competencia desleal. La exigencia de prueba documental, en efecto, se extrae de preceptos referidos a la existencia y contenido del derecho subjetivo ejercitado en el proceso principal, y no sobre la infracción del derecho subjetivo (arts. 1.400, 1.419 y 1.428 LEC). En materia de competencia desleal, sin embargo y a diferencia de lo que sucede en los supuestos considerados por la Ley de Enjuiciamiento Civil, la pretensión no emana directamente de la titularidad de un derecho subjetivo del solicitante, sino de la comisión o inminencia de la comisión de un comportamiento constitutivo de competencia desleal. Por ello, de la naturaleza de la acción de competencia desleal se sigue la improcedencia de trasladar a este ámbito el principio de prueba por escrito: el *fumus boni iuris* del solicitante deriva del acto de competencia desleal, sin que haya argumentos para exigir que su prueba deba ser documental (v. AAAP *Tarragona* 17-X-1996 «Autoridad Portuaria de Tarragona», *Barcelona* 6-XI-1996 «Business Creation»).

(9) La apreciación del *fumus boni iuris* exige un principio de prueba de la comisión o inminencia del ilícito concurrencial, su imputabilidad al demandado, el contenido del peligro de demora [del que se tratará con algún detalle **(13)** y **(22)** a **(27)**], así como en los casos de tutela cautelar de una pretensión de resarcimiento de daños y perjuicios la efectiva producción de un daño (que probablemente podrá presumirse en buena parte de los casos en que el acto haya sido puesto en práctica, pues por principio es un acto dañoso) al menos provisionalmente cifrado y de la culpabilidad (que también podrá presumirse en la mayoría de los supuestos [v. **Art. 18 (30)** a **(34)**]) y para la tutela cautelar de la pretensión de enriquecimiento injusto la existencia del derecho exclusivo o posición de análogo contenido económico y la obtención de un enriquecimiento injusto (que bien puede presumirse en relación con el ahorro de costes) mínimamente cuantificado. El principio de prueba no se extiende, en cambio, a la ausencia de excepciones, v. *gr.* prescripción de la acción principal. Los riesgos que de ello pudieran seguirse se compensan con la audiencia al demandado y con la contracautela. Por ello, sólo debe exigirse prueba de la ausencia de excepciones en caso de que se solicite la concesión de las medidas cautelares sin dar audiencia a la otra parte por concurrir peligro grave e inminente.

(10) El objeto de la prueba coincide básicamente, por tanto, con el de la prueba necesaria para el pronunciamiento de una sentencia de condena. La diferencia radica en su menor intensidad. La tutela cautelar, en efecto, no descansa en la plena convicción o certeza absoluta del Juez acerca de los referidos extremos, sino en la simple probabilidad o verosimilitud de que la resolución final acoja la pretensión principal del actor (v. AAAP *Barcelona* 17-VII-1995 «supresión de códigos de producto», *Barcelona* 5-X-1998 «va por ella», y a contrario AAP *Alicante* 14-X-1992 «Juguetes Feber, S. A. c. Creatividad y Diseño, S. A.»; sobre la calidad de este principio de prueba, con detalle y numerosas referencias, P.CALDERÓN, *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*, pág. 42-44). En todo caso, si bien es cierto que no puede exigirse una prueba completa y acabada del acto de competencia desleal o de su preparación, sino sólo unos indicios de su realización o inminencia (*cf.* Congreso de los Diputados, *Diario de Sesiones*, Comisiones, III Legislatura, núm. 477, pág. 15660), no lo es menos que de tales indicios han de seguirse unas claras posibilidades de éxito en el juicio principal o, si se prefiere, una fuerte presunción de que la demanda principal está bien fundada y de que, en su momento, las pretensiones para las que se reclama la tutela cautelar serán estimadas, y ello a la vista sólo de los elementos de prueba obrantes en la pieza separada (v. AAP *Madrid* 17-XII-1996 «Silverfield, S. A. c. Lista 79, S. L.»). De ahí que la apreciación del *fumus boni iuris* no deba exigir que el Juez se pronuncie sobre o *de facto* entre a valorar complicadas cuestiones de hecho o de derecho.

b Riesgo en la demora o periculum in mora

(11) El artículo 25 de la Ley de Competencia Desleal carece de referencia al *periculum in mora*. Con todo, se trata de la justificación misma de la tutela cautelar civil y, como consecuencia de ello en un plano operativo, de un presupuesto connatural de las medidas cautelares, sin duda igualmente vigente en materia de competencia desleal. En este ámbito, y como ocurre con carácter general, la función de las medidas cautelares consiste en salvaguardar la sentencia estimatoria de las pretensiones formuladas con la acción principal de aquellos riesgos que para su efectividad representa el retardo en su pronunciamiento debido a la natural dilación del proceso; en particular, evitan un cambio en la situación de hecho actual que prive de sentido a la sentencia que pueda estimar la acción de competencia desleal ejercida e irroge así un perjuicio probable al actor. El peligro de demora que se cierne sobre la situación jurídica cautelable y se trata de conjurar con la medida cautelar posee un doble aspecto: la causa del peligro y el contenido de dicho peligro.

(12) La causa del peligro a cuya evitación están ordenadas las medidas cautelares es la pendencia actual o futura del proceso principal en el que se dilucida la acción de competencia desleal. La pendencia del proceso es por sí misma relevante, en virtud de su natural prolongación en el tiempo y de las consecuencias inevitables de la realización o continuación de un acto de competencia desleal, para generar el riesgo de urgente prevención con medidas cautelares. No es exigible que concurren factores adicionales. De ahí que, apreciada la existencia de una situación jurídica cautelable, pueda asumirse asimismo que, interpuesta o pendiente de interposición la correspondiente demanda por competencia desleal, concurre la causa del *periculum in mora* requerido para la concesión de medidas cautelares (v. AAP Tarragona 17-X-1996 «Autoridad Portuaria de Tarragona»). Este principio general, no obstante, ha de desestimarse en ciertos supuestos. La pendencia del proceso, en efecto, no parece fundar la existencia de un *periculum in mora* suficiente cuando con la acción interpuesta se combaten actos de competencia desleal largamente conocidos y no atacados en el momento en que ello era posible (en esta línea, AAP Lleida I-IX-1993 «Hipopótamo»). En estos casos, el retraso en el ejercicio de la acción de competencia desleal debe destruir la presunción de peligro. Para que ello no sea así, el actor debe justificar la razón por la que no interpuso con anterioridad la acción o aportar la prueba de una especial urgencia sobrevenida. En el primer sentido, el actor puede salvar el retraso en interponer la acción probando que ello se debió a la reciente entrada en el mercado, a la imposibilidad o dificultad objetiva extrema en conocer la realización del acto de competencia desleal, al desconocimiento de su autor, a la necesidad de acumular pruebas para asegurar el éxito de la demanda principal, al previo intento de una cesación extrajudicial, al inicio de negociaciones serias y de duración razonable encaminadas a alcanzar una solución amistosa e iniciadas de forma inmediata tras el conocimiento y evaluación del acto en cuestión, u otros supuestos análogos; en el segundo sentido, será preciso demostrar, en particular, la concurrencia de las nuevas circunstancias determinantes de una urgencia no sentida con anterioridad. Al solicitante compete la prueba de todo ello. En todo caso, no puede olvidarse que, por encima del interés particular del solicitante y con independencia del retraso en el ejercicio de la acción y sus causas, para la apreciación de urgencia en conjurar riesgos por pendencia del proceso se debe considerar además la implicación de intereses públicos, y que sus exigencias pueden justificar sobradamente que la pendencia del proceso sea suficiente para determinar un riesgo de demora no obstante el eventual retardo del actor en iniciarlo.

(13) Por su parte, el contenido del peligro generado por la demora en la satisfacción de la pretensión esgrimida en el proceso principal posee un aspecto general y otro particular. En el primer sentido, el peligro o riesgo relevante es, en todo caso, un cambio perjudicial de la situación de hecho, traído por la realización o continuación del acto de

competencia desleal que posibilita precisamente la pendencia del proceso principal; en particular, de un cambio que reporte la ineffectividad de la sentencia definitiva. En el segundo sentido, el peligro relevante es el cambio perjudicial que en particular, atendida la situación jurídica cautelable y las circunstancias del caso, amenaza la efectividad de la sentencia del juicio principal y cuya naturaleza determina el contenido de las medidas cautelares solicitadas [v. (22) y (27)].

(14) La urgencia para salvar daños de probable producción que por sí trae el proceso principal por competencia desleal no se extiende al «peligro grave e inminente» que justifica la adopción de medidas cautelares sin audiencia de parte (art. 25.2 LCD). Este es un presupuesto distinto del *periculum in mora*, cuya presencia se requiere para que las medidas cautelares solicitadas sean tramitadas de una forma excepcional, y no para la misma concesión de las medidas cautelares, que sólo depende, en lo que ahora se considera, de la concurrencia del riesgo de demora en los términos antes expuestos. Siendo esto así, la gravedad se ha de medir por las consecuencias del propio trámite de audiencia para la concesión de la medida cautelar, sea de la comunicación de la solicitud de medidas cautelares al demandado como de la demora en la celebración de la audiencia (y no, en cambio, de la demora en la tramitación del juicio principal). En estos casos, en efecto, se trata de conjurar la plena realización del acto de competencia desleal en el tiempo que media entre la presentación de la solicitud de medidas cautelares y la celebración de la audiencia previa a la resolución sobre el particular, evitando así que la propia medida cautelar (y no sólo la sentencia del proceso principal) pierda su efectividad. Este especial peligro debe ser alegado por el solicitante, que igualmente habrá de suministrar una prueba completa del mismo, y no meros indicios.

c Contracautela

(15) La contracautela viene exigida por el pasaje legal que prevé la adopción de las medidas cautelares «bajo la responsabilidad» del solicitante (art. 25.1 LCD). La contracautela tiene por finalidad asegurar el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados al demandado por las medidas cautelares en el caso de que finalmente sean alzadas (art. 1.428 II LEC); en el plano del conflicto de intereses, restaura el equilibrio entre partes que la medida cautelar rompe antes del fallo.

(16) La contracautela es presupuesto independiente de los demás (cfr. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisiones, 1989, III Legislatura, núm. 477, pág. 15657). En particular, ni compensa la falta o debilidad del *fumus boni iuris* o del *periculum in mora*, ni mucho menos sustituye estructuralmente al *fumus boni iuris* y *periculum in mora* (v. P.CALDERÓN, *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*, pág. 53-54); desde la perspectiva inversa, tampoco puede ser obviada en los casos en que se diera prueba plena de la comisión o inminencia del acto de competencia desleal, tuviera el solicitante solvencia notoria o, al contrario, careciera de recursos o la prestación de la contracautela le resulte extremadamente onerosa (sobre las repercusiones que esto último tiene para los consumidores individuales y las asociaciones de consumidores, v. las atinadas observaciones de F. PALAU, *RGD*, 1992, pág. 8499-8500). En consecuencia, el auto por el que se acuerden las medidas cautelares habrá de disponer necesariamente y en todo caso la prestación de una contracautela (v. AAP Madrid 17-XII-1996 «Silverfield, S. A. c. Lista 79, S. L.», *Albacete* 26-II-1998 «Centros Comerciales Continente, S. A.»), como asimismo habrá de fijar su importe.

(17) La cuantía de la contracautela, dada su finalidad, debe ser la precisa para cubrir los daños y perjuicios que la adopción de las medidas cautelares pueda deparar al demandado. Aunque legalmente no se precisan los criterios que pueden emplearse para señalar la cuantía, no existe una absoluta discrecionalidad judicial. Al efecto se ha de

atender al coste que para el demandado tiene la medida cautelar ordenada, cuyo cálculo, si bien no ofrece dificultad en el caso de fianza o embargo, desde luego se complica en el caso de que sea una cesación o prohibición provisional. No es éste empero el único criterio que debe considerarse, pues conduciría a la imposición de elevadas fianzas, que poco favorece la rápida reacción ante los actos desleales y, por el coste financiero, trae la condena a elevadas indemnizaciones de daños y perjuicios. El coste que para el demandado tiene la medida cautelar puede y debe ser moderado judicialmente en atención a la solidez de la situación cautelable e intensidad del principio de prueba aportado, pues según sean éstas tanto mayor o menor será la posibilidad de que de la concesión de las medidas cautelares deprece al demandado un perjuicio resarcible. Desde un punto de vista procedimental, en fin, la cuantía de la contracautela es cuestión que debe discutirse en la vista previa a la adopción de la medida cautelar, excepción hecha, como es obvio, de los casos en que, por especial gravedad e inminencia del peligro que se cierne, la medida cautelar se decida sin audiencia de parte. La cuantía de la contracautela debe ser revisada cuando la medida cautelar se alce por haber prestado el demandado cautela sustitutoria, en concreto debe reducirse al coste de la fianza o del aval bancario que se hubiere prestado.

(18) El legislador ha guardado silencio en torno a la clase de contracautela que deberá prestar el solicitante; habrá que estar a lo previsto con carácter general al respecto: fianza previa y bastante a excepción de la personal (art. 1.428 II y VII LEC). De ahí que la contra cautela pueda consistir tanto en caución en metálico como en cualquier clase de prenda o hipoteca e incluso, a lo que ayudaría especialmente el hecho de que es mecanismo eficaz para asegurar la «responsabilidad» del solicitante (art. 25.1 LCD), en aval bancario; *de facto*, en materia de patentes, excluida la fianza personal, se admite como contracautela el aval bancario (art. 137.4 LP) [en general, sobre la admisibilidad del aval bancario en este ámbito, F. RAMOS, env. CORTÉS (coord.), *Comentario a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, pág. 691, y M. ORTELLS, *Justicia*, 1989, núm. 1, pág. 52-53, n. (18)].

d Proporcionalidad

(19) La adopción de las medidas cautelares, no obstante la expresión «podrá ordenar», no es una resolución discrecional, sino obligada. No es posible desconocer, sin embargo, que la literalidad legal confiere al juzgador un cierto grado de libertad de decisión (v. P.CALDERÓN, *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*, pág. 184-185). En este sentido, la adopción de las medidas cautelares no se sigue automáticamente de la sola apreciación de los presupuestos anteriormente tratados. Parece razonable, y encuentra cabida en aquel grado de libertad conferido al Juez, pedir además que la medida cautelar solicitada sea efectivamente necesaria, y no sólo conveniente, considerando tanto los intereses del demandante (que ciertamente se sigue de la concurrencia de los presupuestos antes examinados), como los intereses del demandado y de los terceros implicados, especialmente de los consumidores, y ponderando, en este sentido, las desventajas que su adopción o no adopción depara a los sujetos implicados. De ahí que parezca exigible que la decisión (y la determinación de la extensión) de las medidas cautelares observe en todo caso una regla de proporcionalidad o un principio de injerencia mínima (en esta línea, deniegan las medidas cautelares solicitadas por existir el riesgo de que su adopción suponga la desaparición de la demandada, AAAP *Lleida* 1-IX-1993 «Hipopótamo», *Málaga* 23-XII-1994 «Ceregumil»).

4 CONTENIDO

(20) No hay concreción legal de las medidas cautelares más allá de la referencia a la «cesación provisional y demás medidas cautelares pertinentes». Con esta última

expresión, el artículo 25 de la Ley de Competencia Desleal permite que las medidas cautelares tengan el más amplio contenido posible (v. AAP *Madrid* 17-XII-1996 «Silverfield, S. A. c. Lista 79, S. L.») y, en particular, ampara toda medida cautelar típica o atípica según la Ley de Enjuiciamiento Civil que, en el caso, sea adecuada para asegurar la efectividad de la acción de competencia desleal. Entre las medidas cautelares que en concreto pueden dictarse se cuentan tanto las que son meramente aseguradoras de la ejecución, como las que la anticipan. La discusión sobre la inclusión de este último tipo de medidas entre las cautelares innominadas del artículo 1.428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (v. P. CALDERÓN, *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*, pág. 59-62, 127-130, con ulteriores referencias), sin embargo, carece, en mi opinión, de interés en materia de competencia desleal: la cesación provisional es una medida cautelar en sentido estricto porque la ley le asigna esta calificación y le extiende el régimen del artículo 1.428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y porque, dada la naturaleza de la pretensión a que responde (cesación que en ejecución es obligación de no hacer), tiene en todo caso carácter asegurador de la efectividad de la sentencia final.

(21) Las circunstancias que han de guiar la determinación de la medida cautelar pertinente, de su contenido y extensión, coinciden con las circunstancias que permiten afirmar que en el caso concurren los presupuestos exigidos para su adopción: la situación jurídica cautelable y, en particular, el contenido de la sentencia que se considera verosímil, de un lado, y, de otro, el peligro de demora que en particular se cierne sobre la efectividad práctica de esta última. A ello se debe sumar, además, el debido respeto a la proporcionalidad o, lo que es lo mismo, al principio de intervención mínima (P.CALDERÓN, en M. ORTELLS y P.CALDERÓN, *La tutela judicial cautelar en el derecho español*, pág. 130).

(22) La efectividad de la sentencia futura favorable a una pretensión declarativa de deslealtad del acto denunciado, por sí misma considerada y con independencia de la acumulación de otras pretensiones, puede ser objeto de tutela cautelar (P.CALDERÓN, *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*, pág. 123-126). En estos supuestos las medidas cautelares son de especial interés cuando la pretensión se ejercita en relación con una demanda reivindicando la titularidad de una patente, modelo o marca (art. 12 LP en relación con arts. 10.1 y II LP y con arts. 13 y 14.2, o art. 3.3 LM), puesto que la virtualidad de los efectos declarativos podría verse mitigada por la transmisión, licencia o constitución de derechos reales sobre la patente, modelo o marca; por ello, la medida cautelar que asegura la plenitud de efectos de la correspondiente sentencia es la anotación preventiva de la demanda de competencia desleal.

(23) La eficacia de la sentencia estimatoria de la pretensión de cesación o prohibición del acto de competencia desleal está expuesta a su ejecución durante la tramitación del juicio principal. La medida cautelar que corresponde es la cesación o la prohibición provisional del acto de competencia desleal iniciado o de inminente realización [v. AAAP *Barcelona* 6-VII-1998 «galletas de chocolate (II)», 5-X-I 98 «va por ella»], comprensiva en su caso de la cesación o prohibición de sólo ciertos aspectos del acto en cuestión o incluso del cierre provisional de un establecimiento (v. AAP *Madrid* 17-XII-1996 «Silverfield, S. A. c. Lista 79, S. L.»). Semejante medida sólo debe adoptarse cuando la remoción de los efectos y el resarcimiento pecuniario *a posteriori* no pueda reconstruir satisfactoriamente el estado de cosas anterior al inicio del proceso y remediar eficaz y completamente los daños producidos durante su tramitación, sin que deba desconocerse que el acto de competencia presenta, en la mayoría de los casos, una obvia dificultad de vuelta atrás y claros perfiles de irreparabilidad pecuniaria *a posteriori* porque de común acaba, directa o indirectamente, en una desviación de clientela. En tales circunstancias procede la cesación o prohibición provisional, sin que

pueda eludirse mediante fianza o aval de los daños y perjuicios. También otros efectos del acto de competencia desleal presentan rasgos equiparables, como la pérdida de una posición exclusiva de hecho (*ad ex.* «aguamiento» de marca renombrada, la explotación de secretos empresariales o la utilización indebida de signos distintivos que no están protegidos por el sistema de marcas) o la salida forzada del mercado. La plena realización o agotamiento del acto de competencia desleal y la inexistencia de un riesgo de continuación o de repetición, que pueden justificar que no se ordene una cesación provisional, no impide, sin embargo, la adopción de las medidas pertinentes para evitar la continuidad de sus efectos, del falseamiento de la competencia introducido de este modo [*v.* AJPI *Madrid* 30-XII-1995 «Coopers & Lybrand c. Ernst & Young» (confirmado por AAP *Madrid* I-VII-1996)], lo que no deja de ser un aseguramiento de la acción de remoción. Complemento de la cesación o prohibición provisional puede ser la publicación del auto que ordena la cesación o prohibición provisional, que debe entenderse amparada por el artículo 25 de la Ley de Competencia Desleal en cuanto medida adecuada para asegurar la pretensión principal, para evitar el ulterior deterioro de la situación jurídica cautelable. La pendencia de un recurso no es obstáculo para la publicación del auto. Esta publicación, en general, refuerza la cesación o prohibición provisional y, en particular, previene la desviación de clientela: aminora los efectos del acto de competencia desleal sobre la relación del actor con la clientela en general. De otra parte, la publicación del auto no es en este contexto una forma de resarcimiento: no anticipa la publicación de la sentencia, de la que difiere en su finalidad: tiende a evitar efectos irreparables, aptos para frustrar de hecho el resultado del juicio principal, y no a resarcir en forma específica los daños y perjuicios causados por el acto de competencia desleal.

(24) La pretensión de remoción de los efectos del acto de competencia desleal, en los casos en que tenga por objeto la eliminación (de signos distintivos que comportan explotación de reputación ajena), destrucción (de imitaciones), alteración (de indicaciones engañosas), retirada del comercio (de imitaciones) o recuperación (de soportes de secretos empresariales) de los objetos a través de los que se manifiesta o en los que se materializa el acto de competencia desleal, afronta el riesgo de que dichos objetos sean ocultados, usados o transmitidos durante la tramitación del proceso. Este peligro puede evitarse mediante su depósito o secuestro judicial. Esta medida cautelar es con frecuencia complemento de la cesación o prohibición provisional, imprescindible para asegurar su efectividad, y en tal caso no podrá eludirse mediante el compromiso de indemnizar daños y perjuicios y la prestación de fianza o aval bancario (art. 1.428 V LCE) si tampoco puede eludirse de este modo la cesación o prohibición provisional. Por su parte, la remoción de efectos que se concreta en la cancelación de ciertas inscripciones registrales está expuesta a la transmisión a terceros de buena fe de los correspondientes derechos registrados, de donde se sigue con facilidad que la medida cautelar adecuada en estos supuestos es la anotación preventiva de la demanda. La remoción consistente en la suspensión o en la ineficacia de ciertos contratos, en la restauración de la vigencia de ciertas relaciones contractuales (ruptura relaciones contractuales) o en su establecimiento (discriminación) está expuesta a la ejecución de dichos contratos o a la pérdida de clientela e incluso a la salida del mercado por parte del sujeto que no puede obtener la prestación objeto de las relaciones que se terminan o se deniegan; la suspensión o ineficacia de las relaciones jurídicas establecidas a raíz del acto de competencia desleal puede ser objeto de tutela cautelar a través de su suspensión durante la tramitación del juicio [AJPI *Madrid* 30-XII-1995 «Coopers & Lybrand c. Ernst & Young» (confirmado por AAP *Madrid* I-VII-1996)], como el restablecimiento o establecimiento de aquellas relaciones que se terminan o se rehúsan deslealmente puede serlo mediante su mantenimiento o instauración mientras se ventila el juicio.

(25) En fin, la rectificación de informaciones incorrectas, engañosas o falsas sólo parece afrontar el riesgo de la insolvencia del demandado, por lo que cuando ésta sea previsible procede el aseguramiento de fondos precisos para la ejecución de la rectificación mediante embargo o fianza [v. **(26)**].

(26) La pretensión de resarcimiento de daños y perjuicios comprende, como se ha expuesto [**Art. 18 (35)**], tanto el resarcimiento por equivalente como el resarcimiento en forma específica. En el primer caso, el resarcimiento se resuelve en una indemnización pecuniaria, cuya efectividad se expone a una variación de la fortuna del demandado que imposibilite el pago. La medida cautelar que corresponde es, pues, el embargo preventivo, procedente sólo si concurre el riesgo típico: la insolvencia preparada del demandado que imposibilita o dificulta la futura ejecución de la condena a pago de una cantidad de dinero (v. M. ORTELLS, en J. MONTERO, M. ORTELLS, J. L. GÓMEZ COLOMER y A. MONTÓN, *Derecho jurisdiccional*, T. II, vol. 2.º, pág. 289); de otro modo, el embargo o la fianza cautelar acaba por ser una pena civil. La preparación de la insolvencia ha de ser alegada y probada por el solicitante. Al efecto es relevante tanto la alegación y prueba de las circunstancias del artículo 1.400.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como la de cualquier otra que permita estimar que existe motivo racional para creer en una insolvencia preparada, en especial actos de ocultación o malbaratamiento del patrimonio. El embargo preventivo, con secuestro o administración e intervención judicial y correspondientes anotaciones en los registros que sean del caso, puede evitarse mediante consignación del importe de la indemnización o fianza (art. 1.405 LEC). De su lado, el resarcimiento en forma específica posee un contenido u otro según los casos, siendo quizá los más destacados la atribución en propiedad de productos, sean imitaciones o los fabricados con secretos empresariales deslealmente apropiados, y, sobre todo, la publicación de la sentencia de condena, única modalidad de resarcimiento específico legalmente considerada de forma explícita. En los casos de atribución de propiedad, el riesgo a que se expone la efectividad de la sentencia final es la transmisión o destrucción de los productos en cuestión; así, la medida cautelar adecuada es su depósito. En los casos de publicación de la sentencia, siendo como es un hacer no personalísimo susceptible de ejecución a costa del demandado, el riesgo a que se expone su efectividad es la ulterior insolvencia del demandado; por lo tanto, el aseguramiento cautelar tiene lugar mediante embargo o fianza por la cuantía de los gastos de la publicación, en los términos que se acaban de exponer respecto del aseguramiento de la indemnización de daños y perjuicios.

(27) Lo explicado en relación con el aseguramiento cautelar de la pretensión indemnizatoria de daños y perjuicios mediante el equivalente [v. **(26)**] puede trasladarse *mutatis mutandis* a las medidas cautelares relativas a la acción de enriquecimiento injusto.

5 ASPECTOS DE PROCEDIMIENTO

a La solicitud de medidas cautelares

(28) Las medidas cautelares sólo se adoptan a instancia de parte, a solicitud de persona legitimada para interponer la acción principal (art 19 LCD), con intervención de abogado y representación a través de procurador (SAP *Baleares* 2-XII-1996 «impugnación de tasación de costas»). La solicitud de medidas cautelares podrá presentarse con anterioridad a la presentación de la demanda, siempre antes de que haya prescrito la acción principal (art. 21 LCD), con la demanda principal, pendiente el juicio principal, en fase de recursos e incluso en fase de ejecución (sobre el momento de presentación de la solicitud de medidas cautelares, en general, P.CALDERÓN, *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*, pág. 46-47, 222-230 y, en concreto sobre la posibilidad y conveniencia de presentarlas durante la ejecución de sentencia con

expresa referencia al proceso cautelar por competencia desleal, S. BARONA, *Competencia desleal*, pág. 129-130). Por exigencia del principio de congruencia y de la exclusión de la tutela cautelar *ex officio*, la solicitud de medidas cautelares, formulada como petición adicional de la demanda o como solicitud independiente, debe indicar en todo caso con claridad y precisión las medidas que en particular se impetran.

b Competencia

(29) La competencia para conocer de la tutela cautelar, siempre dentro del orden civil (art. 22 LCD), varía según el momento en que se presenta la solicitud correspondiente. Solicitada la medida cautelar *ante causam*, es competente, en tanto órgano que lo es para conocer del juicio principal (art. 1.428 LEC), el Juzgado de Primera Instancia (art. 22 LCD en relación con art. 484 LEC y art. 85.1 LOPJ). Solicitada la medida cautelar con la demanda o con posterioridad a la misma pendiente todavía el juicio principal en la instancia, el órgano jurisdiccional competente para resolver es el mismo que lo sea para conocer del proceso principal: el Juez de Primera Instancia (art. 22 LCD, en relación con art. 484 LEC y art. 85.1 LOPJ).

(30) Desde la perspectiva de la competencia territorial, el conocimiento de la solicitud de medidas cautelares corresponde al Juez del lugar que resulte según el fuero específico para casos de competencia desleal (art. 23 LCD) así como también, cuando la solicitud se haya presentado antes de interponerse la demanda, al Juez del lugar donde el acto de competencia desleal produzca o pueda producir sus efectos (art. 25.3 I LCD). Partiendo de la base de que esta posibilidad ya está admitida con carácter general en el artículo 23 de la Ley de Competencia Desleal en cuanto establece un sistema de fueros alternativos y no sucesivos [**Art. 23 (2)**], esta regla particular de competencia territorial en realidad sólo admite que la solicitud de cautelares presentada antes de la interposición de la demanda por competencia desleal pueda presentarse ante un juzgado distinto del que posteriormente conozca del juicio principal y, de otro lado, extiende aquella competencia territorial hasta el Juez del lugar en que el acto de competencia desleal pueda producir sus efectos. Ello permite en la práctica, si se trata de actos desleales difundidos por medios de cobertura nacional, presentar la solicitud de medidas cautelares en cualquier punto del territorio donde haya un Juzgado de Primera Instancia. Esta extensa competencia territorial generará problemas, y no será infrecuente la presentación de excepciones de falta de competencia [sobre la viabilidad de estas de excepciones en el proceso cautelar, v. F. RAMOS, en V. CORTÉS (coord.), *Comentario a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, pág. 692]. De otro lado y de conformidad con el artículo 48.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la presentación de una declinatoria que provoque la suspensión del proceso principal no ha de suspender, sin embargo, la tramitación de la pieza de cautelares ni ha de impedir, por tanto, la adopción de la resolución que resulte pertinente [v. AAP *Barcelona* 27-I-1998 «galletas de chocolate (1)»].

(31) Presentada la solicitud pendiente la segunda instancia de cualquier resolución dictada en el procedimiento principal, la competencia para adoptar la medida cautelar corresponde, según la apelación haya sido admitida en un único efecto o en dos efectos, al Juez de Primera instancia o a la Audiencia Provincial (arts. 383, 389 y 390 LEC). En particular, presentada la solicitud pendiente la apelación de la sentencia sobre el fondo dictada en primera instancia, la competencia corresponde, sentado su efecto devolutivo y suspensivo, a la Audiencia Provincial, y presentada pendiente la casación al juzgador de instancia (arts. 1.722 y 1.723 LEC).

(32) Por último, finalizado el proceso declarativo y dictada sentencia firme, la competencia para adoptar las medidas cautelares corresponde al órgano que conoció en instancia (art. 55 LEC).

c Tramitación

(33) Cualquiera que sea el momento de presentación de la solicitud, las medidas cautelares deben tramitarse con carácter preferente, esto es, con alteración del orden de conclusión de los asuntos pendientes a fin de adelantar el señalamiento de la comparecencia en la que se da audiencia a las partes (art. 249 LOPJ). No obstante, en casos de peligro grave e inminente las medidas cautelares podrán adoptarse sin audiencia de parte en las veinticuatro horas siguientes a la presentación de la solicitud.

(34) La adopción de las medidas cautelares requiere, en principio, de contradicción, entendida como audiencia a la parte contraria. Ésta es la regla general (P. CALDERÓN, *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*, pág. 230-235, con ulteriores referencias), que aquí confirma de modo implícito la previsión de la posibilidad de resolver sin audiencia de parte en los casos en que concurren las especiales circunstancias indicadas en la Ley (en el mismo sentido, P. CALDERÓN, en M. ORTELLS y P. CALDERÓN, *La tutela judicial cautelar en el derecho español*, pág. 134). La audiencia a la parte contraria comporta, en primer lugar, que se dé traslado de la solicitud de medidas cautelares al demandado (arg. ex art. 1.428 V LEC) en todos los casos (arg. ex art. 1.428 IV LEC) y, en segundo lugar, que se celebre una comparecencia, en la que se oirá a las partes y en la que se propondrá y resolverá sobre la admisión de prueba (arg. ex art. 1.428 VI). Más dudoso es si existe un trámite necesario de contestación por escrito previo a la celebración de la comparecencia, o si en cambio puede darse traslado de la solicitud de cautelares directamente con citación para la comparecencia. En la práctica, de hecho, no es infrecuente que se proceda de este modo [como ocurriera en AAIP Madrid 30-XII-1995 «Coopers & Lybrand c. Ernst & Young» (confirmado por AAP Madrid 1-VII-1996), Madrid 19-VI-1996 «Cableuropa c. Telefónica de España y Cablevisión», o en el caso resuelto en apelación mediante AAP Valladolid 7-II-1995 «Agrupación Vallisoletana de Comercio c. Centros Comerciales Continente, S. A.»]. En alguna ocasión se ha justificado esta segunda posibilidad sobre la base de que si las medidas cautelares pueden adoptarse *inaudita parte debitoris*, nada impide prescindir del trámite de oposición por escrito y citar directamente a la comparecencia puesto que de este modo se incrementan las posibilidades de defensa del sujeto pasivo de la solicitud. Este planteamiento, sin embargo, no deja de suscitar dudas. Como se verá a continuación, en materia de competencia desleal la posibilidad de con-ceder las medidas cautelares sin audiencia no es discrecional, sino que depende de la presencia de determinados presupuestos legalmente establecidos (peligro grave e inminente); en consecuencia, si concurren dichos presupuestos procede que la solicitud se tramite y resuelva sin audiencia de parte, y si no concurren procede que se tramiten de forma ordinaria. No habiendo disposición específica al respecto en el artículo 25 de la Ley de Competencia Desleal es obligado acudir al artículo 1.428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y de aquí se sigue, con claridad meridiana, que la comparecencia tendrá lugar «formuladas estas pretensiones» (art. 1.428 VI LEC), que no son otras que la oposición a las medidas solicitadas o a las acordadas por las razones que resulten procedentes en el caso (art. 1.428 V LEC), en el bien entendido de que esto segundo se refiere al supuesto de que se hayan acordado sin audiencia previa (en este sentido, aunque parten de la base de que no cabe la adopción de las medidas cautelares sin audiencia de parte en el marco del artículo 1.428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, v. M. A. FERNÁNDEZ LÓPEZ, J. M.^a RIFÁ y J. F. VALLS, *Derecho procesal práctico*, T. n, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1992, pág. 587-588); en suma, si no ha habido adopción *inaudita parte debitoris*, debe darse trámite para la presentación de un escrito de oposición y

alegaciones con carácter previo a la celebración de la comparecencia [aunque en *obiter dictum*, *cf.* AAP Zaragoza 24-I-1996 «nulidad de medidas cautelares»; v. M. RODRÍGUEZ SAN VICENTE, en *Medidas cautelares por razón de la materia*, pág. 330, 1. TAPIA, «El artículo 1.428 de la LEC», *Bol. del Ilre. Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 6, 1985, pág. 69, y también V. MORENO, en R. BERCOVITZ (coordinador), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, La ed., Tecnos, Madrid, 1989, pág. 1714]. La presentación del escrito de oposición, a falta de norma específica, debiera realizarse en el plazo de seis días previsto para los incidentes en el artículo 749 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (F. PALAU, *RGD*, 1992, pág. 8495). En el escrito de oposición, el demandado puede oponerse a las medidas cautelares solicitadas y formular cuantas alegaciones estime convenientes y, para el caso de que se adopten, puede solicitar la sustitución de las medidas por fianza o aval suficientes para responder de los daños y perjuicios que puedan ocasionarse al actor (art. 1.428 V LEC).

(35) Tras la presentación del escrito de oposición y alegaciones habrá de celebrarse en todo caso una comparecencia (revoa el auto de instancia dictado sin que se hubiera celebrado comparecencia, no obstante haber habido trámite de oposición por escrito y presentación de las correspondientes alegaciones, AAP Barcelona 6-XI-1996 «Business Creation»). En la comparecencia, cuyo plazo no está determinado legalmente pero parece necesariamente breve tras la presentación del escrito de oposición (P.CALDERÓN, *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*, pág. 236-237), el Juez oye las alegaciones de parte y admite las pruebas que sean pertinentes (art. 1.428 VI LEC). El objeto propio de la comparecencia y la pendencia actual o futura de un proceso principal obliga a tratar, en especial, sobre la concurrencia o no de los presupuestos de las medidas cautelares, y a marginar las cuestiones que deban dilucidarse en el proceso principal. Ante la falta de un trámite como el previsto para la pieza de cautelares en materia de patentes (*cf.* art. 135.2 y 3 LP), la oralidad y sencillez de la comparecencia impiden la apertura de un trámite de prueba: sólo se deben admitir los medios de prueba que puedan practicarse en el acto (M. ORTELLS, *Justicia*, 1989, núm. 1, pág. 71), esto es, aquellos que las partes puedan aportar directamente en la comparecencia.

(36) El auto que resuelva la concesión o denegación de las medidas cautelares debe dictarse en el *plazo* de tres días, contados desde la comparecencia (art. 1.428 VI LEC). Concedidas las medidas cautelares, la demanda principal debe interponerse en plazo de ocho días (art. 1.428 III LEC), desde el siguiente a la notificación del auto (art. 303 LEC). Este plazo no puede modificarse (M. ORTELLS, *Justicia*, 1989, núm. 1, pág. 67). Las medidas adoptadas se extinguen si no se interpone la demanda principal en plazo.

d Resolución sin audiencia de parte

(37) Las medidas cautelares pueden ser ordenadas sin audiencia previa de la parte contraria en los casos de peligro grave e inminente en las veinticuatro horas siguientes a su solicitud (art. 25.2 LCD), y ello cualquiera que sea su contenido, sin excluir por tanto las medidas que, como la cesación y prohibición provisionales, comportan anticipación de la ejecución de la sentencia [exclusión patrocinada, para las innominadas generales, por F. RAMOS, en V. CORTÉS (coord.), *Comentario a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, ob. cit., pág. 693]. No quiebra en estos casos, sin embargo, el principio de contradicción (STC 14/1992, de 10 de febrero, «artículo 1.435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil»), sino que se difiere: la audiencia de parte se produce tras la adopción de la medida cautelar, en un trámite de oposición adaptado a este supuesto (art. 1.428 V y VI LEC).

(38) La gravedad e inminencia del peligro expresan una acentuación del *periculum in mora* en el caso. La mayor intensidad del riesgo de demora que considera esta norma no se manifiesta en su contenido, esto es, en una hipotética mayor trascendencia económica o social del riesgo que en particular reporta la tardanza en acoger la pretensión de condena del demandante, cuanto en la inmediatez de su producción, esto es, en la verificación de la mutación perjudicial antes de que pueda ser ordenada la correspondiente medida cautelar siguiendo la tramitación preferente ordinaria. De la audiencia de par-te, pues, sólo se puede prescindir cuando ésta pusiera en peligro la utilidad práctica de la misma tutela cautelar.

e Fianza de carácter sustitutorio

(39) A instancia del demandado, el Juez podrá ordenar la sustitución de las medidas cautelares por fianza o aval suficiente para responder de los daños y perjuicios que puedan ocasionarse al actor (art. 1.428 V LEC). No se trata, por lo tanto, de una resolución que el Juez esté obligado a dictar a mera solicitud del interesado [v. AAP *Barcelona* 6-VII-1998 «galletas de chocolate (II)»]. Si la medida cautelar consiste en una cesación o prohibición provisional, la sustitución resucita la tesis contraria a la anticipación de la ejecución de la sentencia, que para tales casos propugnaba la adopción de precauciones enderezadas a hacer posible la actuación de una sanción pecuniaria: fianza y embargo (J. CARRERAS, en M. FENECH y J. CARRERAS, *Estudios de Derecho procesal*, pág. 582). Así, la sustitución de una medida cautelar inominada se justifica en el carácter meramente patrimonial del interés que se hace valer en el declarativo, cuya ejecución forzosa se resuelve en una indemnización de daños y perjuicios (ahora, V. CORTÉS, V. GIMENO, V. MORENO y J. ALMAGRO, *Derecho Procesal*, T. I, vol. II, núm. 717, pág. 534-535, y ya antes, M. SERRA, en M. SERRA y F. RAMOS, *Las medidas cautelares en el proceso civil*, pág. 106-107). La resolución del Juez, por lo tanto, depende de que la caución efectivamente pueda eliminar el riesgo combatido con la medida cautelar de cuya sustitución se trata. Dicho en otros términos, sólo procede la sustitución si la reparación pecuniaria cumple satisfactoriamente la función cautelar de la medida reemplazada.

(40) Siendo esto así, la sustitución de la medida cautelar por fianza presenta una particular problemática cuando de la sustitución de una orden de cesación o prohibición cautelar se trata. En efecto, debe recordarse que, por virtud de la misma función de las medidas cautelares y en todo caso del principio de proporcionalidad, sólo existe un *periculum* suficiente para el aseguramiento de la pretensión principal mediante una orden de cesación o prohibición provisional en los casos en que la sanción pecuniaria *a posteriori* no pueda reparar eficaz y completamente los daños y perjuicios ocasionados por la continuación del acto de competencia desleal durante la tramitación del proceso. A ello debe añadirse todavía que la orden de cesación o prohibición cautelar es igualmente mecanismo de tutela de los intereses generales implicados en la represión de la competencia desleal y, en particular, de los intereses del público de los consumidores, que difícilmente, y por razones que empiezan en la constitución misma de la relación procesal, podrán verse resarcidos *a posteriori* de los efectos de la continuación del acto desleal durante la tramitación del proceso. Asumida esta premisa por la orden de cesación cautelar, la fianza de la indemnización, en principio y desde luego en los casos en que se vean comprometidos los intereses de los consumidores y el interés general, no puede asegurar convenientemente los intereses que se tratan de tutelar mediante una orden de cesación o prohibición provisional y por regla general resultará inviable (aunque en un asunto concerniente a marcas, se orienta en el sentido del texto AAP *Barcelona* 2-XI-1998 «Freixenet, S. A. c. Codorniu, S. A.»).

(41) No puede extenderse por analogía la fijación imperativa de la caución de carácter sustitutorio y concesión al demandado de una facultad de prestarla a fin de reemplazar

medidas que restrinjan su actividad industrial o comercial prevista en materia de patentes (art. 137.2 LP). Si bien el supuesto de hecho es el mismo, pues la cesación del acto de competencia desleal comporta de común también cesación de actividad industrial o comercial, estamos ante una norma excepcional, de estructura diversa a la general (art. 1.428 V y VI LEC), que es la expresamente reclamada por el artículo 25 de la Ley de Competencia Desleal.

(42) La fijación de una fianza de carácter sustitutorio, por lo tanto, procede a petición de parte y es potestativa para el Juez (art. 1.428 VI LEC). La petición de sustitución puede hacerse tanto en el marco de la oposición a la solicitud de las medidas cautelares, como en el marco de la petición de alzamiento de las medidas ya adoptadas. En este último caso, tanto si las medidas cautelares fueron ordenadas sin audiencia de parte, como si lo fueron con audiencia de parte si en la comparecencia no se pidió, y denegó, su sustitución. En el caso de que se acceda a lo solicitado, la cuantía de la fianza deberá cubrir los daños y perjuicios que cause al actor la continuación del acto de competencia desleal durante el período de tramitación del proceso. La resolución debe igualmente revisar la cuantía de la contracautela exigida al demandante como presupuesto para la adopción de la medida ahora sustituida, reduciéndola a la del coste que la fianza tiene para el demandado.

f Recursos

(43) El Juez debe resolver la concesión o denegación de la medida cautelar mediante auto (art. 1.428 VI LEC y art. 248.2 LOPJ), forma que también adopta la resolución que, por separado, decida sobre la fijación de fianza sustitutoria (art. 1.428 VI *in fine* LEC). Uno y otro, si dictados por el Juez de Primera Instancia, pueden ser objeto de recurso de apelación en un solo efecto (art. 1.428 VI LEC), sin que sea preciso interponer previamente recurso de reposición (así, P. CALDERÓN, *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*, pág. 255-256) y, si dictados por la Audiencia, de recurso de súplica (arts. 402 y 405 LEC). El auto que resuelve la apelación o la súplica no puede ser objeto de recurso de casación (arts. 403 y 1.689 LEC).

g Modificación

(44) También si el auto de concesión o denegación es firme, en sentido formal, cabe un ulterior pronunciamiento sobre el particular cuando se alteren las circunstancias consideradas para dictarlo (extensamente, P. CALDERÓN, *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*, pág. 258-270, con ulteriores referencias, y en particular en materia de competencia desleal M. RODRÍGUEZ SAN VICENTE, en *Medidas cautelares por razón de la materia*, pág. 336). La modificación, como la adopción, de la medida cautelar ordenada debe efectuarse a petición de parte; del demandante o del demandado. Competente para conocer de estos incidentes es el Juez que ha conocido de la instancia (art. 55 LEC). Su tramitación sigue el procedimiento de las medidas cautelares (art. 1.428 VI *in fine* LEC).

h Ejecución

(45) Las medidas cautelares concedidas pueden ser objeto de ejecución en el mismo proceso cautelar. La competencia para adoptar medidas ejecutivas es del Juez que ha conocido en la instancia (art. 55 LEC). La ejecución de las medidas cautelares se obtiene normalmente de forma indirecta, mediante la fianza de la indemnización. Pero ni puede ni debe descartarse una acción ejecutiva directa (arg. ex art. 18.2 LOPJ; en doctrina, M. ORTELLS, *Justicia*, 1989, núm. 1, pág. 65-66, cuya tesis recoge y desarrolla P. CALDERÓN, *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*, pág. 138-146). De otro lado, también parece viable la adopción de medidas de ejecución indirecta,

como el secuestro o depósito de objetos, la intervención judicial o precintado de instalaciones, e incluso las astringencias o multas por dilación (con algún detenimiento especialmente para las medidas cautelares en procesos por competencia desleal, F. PALAU, *RGD*, 1992, pág. 8505-8506), o la publicación de la parte dispositiva del auto que ordena la cesación o prohibición provisional.

(46) Como medio indirecto de ejecución privada se ofrece, además, la publicación del auto que ordena medidas cautelares. Si su publicación no ha sido solicitada previamente o incluso si habiéndolo sido fue denegada como medida cautelar, el actor puede efectuarla por su cuenta. El auto firme es de libre publicación, dado su carácter de acto oficial público (arts. 24.2 y 120.1 CE, arts. 186, 229.2, 232.1, 266.1 LOPJ, arts. 313 y 570 LEC, SSTC 30/1982, de 1 de junio, «sus-pensión de acreditaciones a Diario 16», 71/1990, de 5 de abril, «suspensión de derechos de guarda y educación de hijos», 65/1992, de 29 de abril, «pruebas en el proceso de asesinato de B.»), y dada la licitud de la difusión de información veraz concurrentialmente desfavorable a un agente económico siempre que sea pertinente (arg. ex art. 9 LCD). El auto puede publicarse o comunicarse de forma íntegra o de forma extractada, pero sin alteraciones o mutilaciones y sin adiciones o comentarios denigratorios para la parte demandada-vendida.

i Alzamiento

(47) Producido el allanamiento del demandado o dictada sentencia estimatoria de la pretensión principal, las medidas cautelares se mantienen hasta que, instada la ejecución de la sentencia, se conviertan en medidas ejecutivas. Finalizado el proceso mediante sentencia total o parcialmente desestimatoria de las pretensiones para cuyo aseguramiento se hubieren dictado las medidas cautelares, y cualquiera que fuere el contenido de las mismas, procede su alzamiento, incluso en el caso de que dicha sentencia sea objeto de recurso de apelación o casación, según corresponda. Otro tanto ocurre en casos de desistimiento o renuncia del actor, incluido el supuesto en que solicitada la adopción de medidas cautelares antes de la presentación de la demanda deje de interponerse ésta en el plazo de ocho días desde la concesión de aquéllas, en ambos con imposición de costas al demandante que desiste (art. 410.2 LEC) o renuncia (art. 523.1 LEC).

6 RESPONSABILIDAD POR DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADOS DE LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES POSTERIORMENTE ALZADAS

(48) El solicitante que obtiene la adopción de medidas cautelares soporta la eventual responsabilidad por los daños y perjuicios que de ello pudieran seguirse para el afectado en el caso de que finalmente se acuerde su alzamiento. Nada se dispone, sin embargo, al respecto, como tampoco se dice nada acerca de la suerte que debe correr en estos casos la contracautela. Dos son las cuestiones que básicamente se suscitan en esta materia: los supuestos en que procede el resarcimiento de daños y perjuicios, de un lado, y, de otro, la forma en que se debe reclamar y el modo en que la contracautela debe aplicarse para atender a esta responsabilidad.

(49) Bajo el primer aspecto y a falta de régimen específico o disposición particular (como *ad ex.* art. 132 LP para diligencias de comprobación, igualmente aplicable en materia de competencia desleal a través de la remisión establecida en el art. 24 LCD), el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por unas medidas cautelares ulteriormente alzadas debe regirse por las normas generales en la materia. De ahí se sigue la exigencia de antijuridicidad, culpa, daño efectivo y nexo de causalidad. La antijuridicidad consiste, como viene admitiendo la jurisprudencia con carácter general, en el mismo evento dañoso, en la adopción de medidas cautelares cuyo contenido luego

no queda comprendido en la sentencia que se dicte, sea porque es absolutoria o porque posee un contenido diverso o de menor extensión. La exigencia de culpa, de su lado, se ha relajado en este ámbito, entendiéndose que se trata de un supuesto de responsabilidad por riesgo, cuyas consecuencias patrimoniales negativas para los afectados debe asumir el actor que lo generó en su propio provecho con la solicitud de las medidas cautelares (*cf.* STS 20-V-1998 «indemnización por embargo», SAP *Barcelona* 30-IV-1991 «Vichy»). En consecuencia, sólo es exigible la prueba de la realidad y cuantía de los daños y perjuicios sufridos, así como de la relación de causalidad existente entre éstos y las medidas cautelares adoptadas y luego alzadas.

(50) Bajo el segundo aspecto, la reclamación de la indemnización de daños y perjuicios derivados de la adopción de medidas cautelares ulteriormente alzadas como consecuencia de la sentencia desestimatoria de la demanda principal ha de esperar a que dicha sentencia sea firme, y por tanto y en su caso a que se resuelvan los recursos que se pudieran presentar. No ocurre lo mismo en el caso de que se trate del alzamiento de medidas cautelares adoptadas sin audiencia de parte cuya revocación se acuerde en el seno de la pieza de medidas cautelares tras la audiencia; en este caso, la reclamación puede presentarse desde el momento en que devenga firme el alzamiento, sin que a ello obste la pendencia del procedimiento abierto a raíz de la interposición de la demanda principal. La indemnización de daños y perjuicios no podrá ser concedida de oficio. Al contrario, el afectado por la adopción de las medidas cautelares finalmente alzadas habrá de solicitarlo. Y no parece que esta pretensión resarcitoria deba sustanciarse mediante demanda en el marco de un nuevo juicio declarativo, sino en el mismo juicio por el trámite de los incidentes (arg. ex art. 1.428 VI LEC; v. M. A. JOVE, *Medidas cautelares innominadas en el proceso civil*, J. M.^a BOSCH, Barcelona, 1995, pág. 325, y AAP *Barcelona* 12-IX-1990 «venta doble de acciones», que invoca al efecto el art. 1.413 LEC). Atendida la finalidad de la misma, la contracautela no podrá liberarse hasta que concluya este incidente.

Artículo 26. ESPECIALIDAD EN MATERIA PROBATORIA

En las controversias originadas por la infracción de los artículos 7, 9 ó 10, el Juez, en el momento de decidir el recibimiento a prueba, podrá requerir de oficio al demandado para que aporte las pruebas relativas a la exactitud y veracidad de las indicaciones o manifestaciones realizadas.

Cuando dicha prueba no sea aportada, el Juez podrá estimar que las indicaciones o manifestaciones enjuiciadas son inexactas o falsas.

Bibliografía

S. BARONA, *Competencia desleal (Normas procesales en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal)*, Tirant lo blanch, Valencia, 1991; R. BELLIDO, *La tutela frente a la competencia desleal en el proceso civil*, Comares, Granada, 1998; F. CORDÓN, «Comentario breve a las normas procesales de la Ley de Competencia Desleal», *Actualidad Civil*, 1991-3, pág. 465 ss.; C. MADRENAS, *Sobre la interpretación de las prohibiciones de publicidad engañosa y desleal*, Civitas, Madrid, 1990; F. PALAU, *Descuentos promocionales Un análisis desde el Derecho contra la competencia desleal y la normativa de ordenación del comercio*, M. Pons, Madrid, 1998; A. WIRTH, *Das neue Recht des unlauteren Wettbewerbs in Spanien*, C. Heymanns, Colonia-Berlín-Bonn-Múnich, 1995.

Doctrina-comentario

Sumario:

- [1.Introducción](#)
- [2.Naturaleza jurídica](#)
- [3.Presupuestos](#)
- [4.Objeto](#)
- [5.Momento procesal](#)
- [6.Efectos de la inactividad probatoria o de la falta de éxito en la prueba de la exactitud y veracidad por parte del demandado](#)

1 INTRODUCCIÓN

(1) En materia probatoria se establece un especial mecanismo de facilitación de la prueba; en particular, se permite al Juez, en determinados casos, requerir al demandado para que aporte las pruebas relativas a la exactitud y veracidad de sus indicaciones o manifestaciones (art. 26 LCD). También en relación con la publicidad ilícita, y de conformidad con el artículo 6 de la Directiva sobre Publicidad Engañosa, se atribuye al Juez la potestad de requerir al demandado para que aporte pruebas relativas a los extremos enjuiciados (art. 29 LGP), pero con un alcance más reducido: esta facultad sólo afecta a la exactitud de los datos materiales de la publicidad, y no a otros elementos de la práctica concurrencial ajenos a la publicidad ni tampoco, en especial, a la veracidad de las indicaciones o manifestaciones.

(2) En este mismo orden de cosas, la legislación autonómica en materia de comercio interior atribuye a los organismos competentes para su aplicación la potestad de solicitar a los particulares los elementos necesarios para acreditar la veracidad del contenido de sus mensajes publicitarios, constituyendo infracción muy grave la negativa de proporcionar esta información o la entrega de una información falsa o inexacta (*cfr.* art.

38 LOAC del País Vasco, art. 40 LOC de la C. Valenciana, art. 40 LOCI de Galicia, art. 47 LOAC de Canarias, art. 66 LOC de Andalucía).

2 NATURALEZA JURÍDICA

(3) El artículo 26 de la Ley de Competencia Desleal no dispone la inversión de la carga de la prueba: la falta de actividad probatoria por parte del demandado en este caso no obliga al Juez a entender probado nada; las consecuencias de dicha falta de actividad deben extraerse en el marco de la libre valoración del conjunto de la prueba traída al juicio (un apunte en este sentido, F. PALAU, *Descuentos promocionales*, pág. 316-317). De tal forma, la previsión del artículo 26 de la Ley de Competencia Desleal tan sólo introduce un mecanismo que permite al Juez redistribuir la prueba como mecanismo de facilitación de la misma, del modo en que reza la rúbrica del precepto (en algunos casos de forma más aparente que efectiva, pues la exactitud de las indicaciones o manifestaciones denigratorias no deja de ser un hecho impeditivo que, como tal, corresponde probar al demandado). De otro lado, se trata de un expediente diverso, por su contenido específico y por el momento procesal en que se ha de sustanciar, del de las diligencias para mejor proveer.

3 PRESUPUESTOS

(4) El demandado habrá de aportar los medios de prueba relativos a la exactitud y veracidad de sus indicaciones o manifestaciones cuando así lo acuerde el Juez mediante la providencia por la que se recibe el pleito a prueba. Se trata de una potestad que se deja legalmente en manos del Juez, que no podrá hacer uso de ella discrecionalmente sino sólo en los casos en que, a la vista del propósito de este mecanismo de facilitación de la prueba, se pueda estimar que el demandado está en mejores condiciones que el demandante para suministrar la prueba relativa a la exactitud o veracidad de los extremos controvertidos, lo que no ha de suceder en todos los casos (no lo está, por ejemplo, el revendedor que se limita a exponer los materiales de publicidad estática que le proporciona el fabricante respecto de las afirmaciones en ellos contenidas).

(5) La posibilidad de acordar la inversión de la carga de la prueba en materia de competencia desleal se prevé para los actos de engaño, denigración y comparación de los artículos 7, 9 Y 10 de la Ley de Competencia Desleal. Conforme a lo dicho antes, la exigencia de la prueba de la exactitud y veracidad parece apropiada para cualquiera de estos actos, y no sólo para los supuestos de engaño. De otro lado, no parece que esta especialidad probatoria pueda extenderse a otros actos de competencia desleal (*cf.* SAP 4-IV-1992 *Toledo* «Vidal Sassoon/Iber Neutro»), ni tan siquiera, en particular, a los supuestos en que el reproche de deslealtad igualmente se basa en el engaño o en la denigración no incluidos en las normas legalmente citadas (*cf.* arts. 8 y 17.2 LCD): en ellos la deslealtad no depende de la exactitud o veracidad de unos datos (*ad ex.* venta a pérdida que opera como oferta de atracción). En este mismo sentido, tampoco parece posible extender la inversión de la carga de la prueba a presupuestos de ilicitud concurrencial establecidos para los actos de los artículos 7, 9 y 10 de la Ley de Competencia Desleal distintos de la exactitud o veracidad de las indicaciones o manifestaciones correspondientes, como son, en el acto de comparación, la analogía y la relevancia los extremos comparados o, en el acto de denigración, la pertinencia de la comparación.

4 OBJETO

(6) Como queda apuntado, la inversión de la carga de la prueba puede afectar a dos extremos que no deben entenderse como sinónimos: exactitud y veracidad. En efecto,

mientras que la exactitud se refiere a la objetiva correspondencia entre la realidad y lo indicado o lo manifestado, la veracidad incluye también la coincidencia entre la realidad y la representación que, en atención al modo y al contexto en que se realizan, se transmite a sus destinatarios (v. F. PALAU, ob. últ. cit., pág. 317-318). No sería adecuado, sin embargo, equiparar la veracidad y el error, para exigir que el demandado pruebe que los destinatarios no son inducidos a error, pues de tal modo se iría más allá del propósito de la inversión de la carga de la prueba, que no es otro que el de atribuirla a la parte que está en mejores condiciones de probar los hechos discutidos. Siendo esto así, no parece fácil que la imposición de la prueba al demandado pueda ser de aplicación en los casos en que el error resulta de la omisión o del entendimiento que los consumidores hacen de una determinada indicación o manifestación exacta. Tampoco parece que en estos caso se halle el demandado en mejor posición que el demandante para procurar la prueba.

5 MOMENTO PROCESAL

(7) El requerimiento de la prueba acerca de la exactitud y veracidad de las indicaciones o manifestaciones enjuiciadas en el caso habrá de hacerse en el momento de recibimiento del pleito a prueba. La expresa previsión legal en tal sentido, sin embargo, no ha de impedir que también, cuando se considere apropiado a la vista de la prueba practicada y de sus resultados, pueda el Juez ordenar esta prueba recurriendo al expediente de las medidas para mejor proveer.

(8) Por otro lado, la localización procesal del acuerdo judicial correspondiente en el momento de decidir el recibimiento a prueba impide que se exija al demandado aportar la prueba relativa a la veracidad y exactitud de indicaciones o manifestaciones en la pieza de medidas cautelares. Aunque en este contexto se prevé la admisión de pruebas, no es menos cierto que únicamente resulten admisibles las que puedan practicarse en el acto [v. **Art. 25 (35)**], sin perjuicio por supuesto de que el Juez pueda tomar la decisión correspondiente a partir de indicios.

6 EFECTOS DE LA INACTIVIDAD PROBATORIA O DE LA FALTA DE ÉXITO EN LA PRUEBA DE LA EXACTITUD Y VERACIDAD POR PARTE DEL DEMANDADO

(9) Impuesta la prueba de la exactitud y veracidad de las indicaciones o manifestaciones enjuiciadas, si el demandado no aporta las pruebas pertinentes, el Juez puede estimar que las indicaciones o manifestaciones son inexactas o falsas (así lo hace, en efecto y sin perjuicio de que se hubiera aportado material probatorio por parte de la demandante, SAP *Cádiz* 20-II-1996 «imán terapéutico»). De nuevo, no se trata de una consecuencia inmediata ni aún menos de una presunción de inexactitud o falsedad, sino sólo de un resultado que será necesario concluir cuando de los diversos elementos probatorios obrantes en autos (de los que la falta de actividad probatoria del demandado o la falta de éxito en la demostración de la exactitud y veracidad en juego no deja de ser uno más) no se deduzca lo contrario, esto es, no se deduzca la exactitud o veracidad de las indicaciones o manifestaciones enjuiciadas.

(10) De otro lado, la eventual afirmación de su inexactitud o falsedad sólo conduce directamente a la afirmación de la deslealtad del acto de comparación —pues si no se ha logrado establecer la exactitud y la veracidad de las indicaciones o manifestaciones realizadas ello revela que la comparación no se refería a extremos comprobables (en este sentido también A. TATO, *La publicidad comparativa*, M. Pons, Madrid, 1996, pág. 238), tal y como se pide con carácter imperativo como requisito de validez (*cf.* art. 10.1 *in fine* LCD)—, pero no a la afirmación de la deslealtad del acto por ser un acto de engaño, denigración o comparación engañosa o denigratoria, ya que ésta depende de

la presencia de otras circunstancias, como la inducción a error sobre extremo relevante para adoptar una decisión de mercado o el menoscabo del crédito en el mercado.

DISPOSICIÓN TRANSITORIA

Las acciones judiciales que se hubieren iniciado antes de la entrada en vigor de la presente Ley, se tramitarán de acuerdo con las normas sustantivas y procesales antes vigentes.

DISPOSICIÓN DEROGATORIA

A la entrada en vigor de esta Ley, quedarán derogados los [artículos 87, 88 y 89 de la Ley 32/1988, de 10 de noviembre](#), de Marcas.

Asimismo, quedarán derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo dispuesto en la presente Ley.

Índice de sentencias y resoluciones citadas.

1. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

STEDH 10-XI-1989 «Markt-intern»: Art. 9 (7).
STEDH 28-III-1990 «Groppera radio»: Art. 9 (7).
STEDH 22-V-1990 «Autronic»: Art. 9 (7).
STEDH 24-II-1994 «Casado Coca»: Art. 9 (7).

2. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

STJCE 30-VI-1966, asunto 56/65 «La Technique Minière TM c. Maschinenbau Ulm GmbH»: Art. 14 (54).
STJCE 25-XI-1971, asunto 22/71 «Béguelin Import, S.A. c. G.L. Import-Export»: Art. 14 (54).
STJCE 1-II-1977, asunto 47/76 «De Norre y de Clerq c. Brouwerij Concordia»: Art. 14 (54).
STJCE 25-X-1977, asunto 26/76 «Metro SB-Grossmarkte GmbH & Co. KG c. CEI»: Art. 14 (42), (44).
STJCE 22-II-1977, asunto 78/96 «Steinlike y Weinling c. Alemania»: Art. 15 (51).
STJCE 14-II-1978, asunto 27/76 «United Brands c. Comisión CE»: Art. 16 (32).
STJCE 20-VI-1978, asunto 28/77 «Tepea BV c. CE»: Art. 14 (54).
STJCE 12-VII-1979, asuntos 32, 36 a 82/78 «BMW Bélgica S.A. y otros c. CE»: Art. 14 (44).
STJCE 25-X-1983, asunto 107/82 «AEG-Telefunken AG c. CE»: Art. 14 (44).
STJCE 10-IV-1984, asunto 14/83 «Von Kolson and Kaman»: Art. 10 (4).
STJCE 3-VII-1985, asunto 243/83 «Binon et Cie. S.A. c. Agence et Messageries de la Presse, S.A.»: Art. 14 (42).
STJCE 28-I-1986, asunto 161/84 «Pronuptia de París c. Pronuptia de París Irrngard Schillgalis»: Art. 14 (42).
STJCE 15-V-1986, asunto 222/84 «Marguerite Johnston»: Art. 10 (4).
STJCE 13-XI-1990, asunto C-106/89 «Marleasing»: Art. 10 (4).
STJCE 3-VII-1991, asunto 62/86 «Akzo Chemie c. Comisión»: Art. 17 (23).
STJCE 19-XI-1991, asunto C 6/90 y 9/90 «Andrea Francovich y otros c. Italia»: Art. 15 (51).
STJCE 21-XI-1991, asunto C 354/90 «Fédération national du commerce extérieur des produits alimentaires y Syndicat national des negociats et transformateurs du saumon c. Francia»: Art. 15 (51).
STJCE 10-XI-1992, asunto C-3/91 «Exportur S.A. c. LORSA y Confiserie du Tech (Turrónes de Jijona y Turrónes de Alicante): Art. 7 (75).
STJCE 13-I-1994, asunto C-376/92 «Metro-SB-Grossmarkte GmbH & Co. KG c. Cartier, S.A.»: Art. 14 (44).
STJCE 14-VII-1994, asunto C-91/92 «Faccini Dorin»: Art. 10 (4).
STJCE 4-XI-1997, asunto C-337/95 «Parfums Christian Dior S.A. y Parfums Christian Dior BV c. Evora BV»: Art. 12 (20).
STJCE 11-XI-1997, asunto C-251/95 «Sabel BV c. Puma AG»: Art. 6 (55); Art. 10 (42).
STJCE 16-VII-1998, asunto C-210/96 «Gut Springeheide GmbH c. Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt»: Art. 7 (46), (52).
STJCE 23-II-1999, asunto C-63/97 «Bayerische Motorenwerke AG y BMW Nederland BV c. Ronald Karel Deenib»: Art. 7 (63); Art. 12 (20).
STJCE 16-VII-1998, asunto C 355/96 «Silhouette International Schmied GmbH & Co. KG c. Hartlauer Handelsgesellschaft mgH»: Art. 14 (43), (47).

3. DECISIONES DE LA COMISIÓN EUROPEA

DCE 11-III-1964 «Grosfillex»: Art. 14 (54).
DCE 28-X-1970 «Omega»: Art. 14 (44).
DCE 21-XII-1976 «Junghans»: Art. 14 (44).
DCE 23-XII-1977 «BMW Bélgica S.A.» : Art. 14 (44).
DCE II-XII-1980 «Hennessy/Henkel»: Art. 14 (54).
DCE 6-I-1982 «AEG-Telefunken»: Art. 14 (44).
DCE 18-IV-1984 «IBM Personal Computen»>: Art. 14 (44).
DCE 15-XII-1988 «BPB Industries pie»: Art. 16 (32).
DCE 15-VII-1992 «Viho/Parker Pen»: Art. 14 (55).
DCE 19-VIII-1992 «Parfums Givenchy» : Art. 14 (44).
DCE 27-XI-1998 «Ivoclar»: Art. 14 (44).
DCE 15-XII-1998 «BPB Industries»: Art. 16 (31).
DCE 7-IV-1999 «Código de conducta del IAAA»: Introducción (86).

4. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 30/1982, de 1 de junio, «suspensión de acreditaciones a Diario 16»: Art. 18 (40); Art. 25 (46).
STC 71/1982, de 30 de noviembre, «Estatuto del consumidor del País Vasco»: Introducción (15), (19), (80), (81); Art. 1 (12).
STC 105/1983, de 23 de noviembre, «caso Vinaden»>: Art. 9 (7).
STC 111/1986, de 28 de enero, «Reglamento de Denominación de Origen “Emporda-Costa Brava”»: Art. 7 (77).
STC 42/1986, de 10 de abril, «Ley de creación del Colegio Oficial de Psicólogos»: Art. 3 (4).
STC 88/1986, de 1 de julio, «Ley catalana de rebajas»: Introducción (15), (19), (80), (81); Art. 1 (12); Art. 17 (2).
STC 104/1986, de 17 de julio, «fin de semana-humon»>: Art. 9 (7).
STC 16/1987, de 27 de octubre, «difusión de hoja clandestina por asociación de vecinos»: Art. 9 (7).
STC 6/1988, de 21 de enero, «despido de redactor por declaraciones a agencia de noticias»: Art. 9 (28); Art. 13 (3).
STC 176/1988, de 4 de octubre, «prórroga del secreto sumarial»: Art. 18 (40).
STC 71/1990, de 5 de abril, «suspensión de derechos de guarda y educación de hijos»: Art. 25 (46).
STC 105/1990, de 6 de junio, «desacato a las Cortes de Aragón» : Art. 9 (18).
STC 211/1990, de 20 de diciembre, «Ley Gallega de Protección de Piedras Ornamentales»: Art. 7 (71), (72), (75).
STC 14/1992, de 10 de febrero, «artículo 1.435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil»: Art. 25 (37).
STC 65/1992, de 29 de abril, «pruebas en el proceso de asesinato de Bart.lo»: Art. 25 (46).
STC 148/1992, de 16 de octubre, «Ley vasca de Venta con Rebaja»: Introducción (15), (19).
STC 223/1992, de 14 de diciembre, «intromisión ilegal en el honor del Sr. M.»: Art. 9 (11).
STC 240/1992, de 21 de diciembre, «cruzada contra nudistas gallegos (II)»: Art. 9 (30).
STC 225/1993, de 8 de julio, «Ley valenciana de Ordenación del Comercio y Superficies Comerciales» : Introducción (15); Art. 1 (7), (9).
STC 228/1993, de 9 de julio, «Ley de Ordenación del Comercio Interior de Galicia» : Introducción (15).
STC 264/1993, de 22 de julio, «Ley de Ordenación de la Actividad Comercial de Aragón» : Introducción (15).
STC 284/1993, de 30 de septiembre, «Ley catalana del Comercio Interior»>: Introducción (15).
STC 139/1995, de 26 de septiembre, «presunta corrupcióll»: Art. 9 (4), (11).

STC 183/1995, de 11 de diciembre, «fotografía de la discoteca Luxury» : Art. 9 (11).

5. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

STS 31-III-1930 «La Imperial c. El Momento»: Art. 5 (6); Art. 8 (11).
STS 27-XII-1954 «OM/Laboratorios P.M., S.A.»: Art. 6 (74).
STS (Sala 4.) 7-II-1959 «Coca Cola/Jabones Koka-kola»: Art. 12 (28).
STS 4-VI-1962 «Casamitjana M., S.A. c. Comercial Hiedra»: Art. 5 (6).
STS (Sala 4.) 2-IV-1963 «Ronson/Rocson»: Art. 12 (28).
STS 28-III-1968 «incendio en un pinan>»: Art. 20 (6).
STS (Sala 4.) 24-IX-1968 «Aspirina, Migrapirina/Alergapirina» : Art. 6 (55).
STS 24-II-1969 «responsabilidad civil por hecho ajeno»: Art. 20 (6).
STS (Sala 4.) 21-XII-1973 «Dolan/Dolan»: Art. 12 (28).
STS (Sala 3.) 21-VI-1974 «R/R»: Art. 12 (28).
STS (Sala 3.) 31-X-1974 «Banestine/Banesto»: Art. 6 (55).
STS 13-XI-1974 «Bodegas Bará»: Art. 7 (90).
STS (Sala 3.)18-XII-1974 «Agfa/Agfa»: Art. 12 (28).
STS (Sala 3.)22-I-1976 «Rubron/Rabro-Don»: Art. 6 (55).
STS (Sala 3.)30-I-1976 «Real Madrid/El Real de Madrid» : Art. 12 (28).
STS (Sala 3.)14-V-1976 «Bambino»: Art. 12 (28).
STS (Sala 3.)30-VI-1976 «Nike»: Art. 12 (28).
STS 27-X-1976 «Lady Manhatann, Barcelona» : Art. 7 (90).
STS (Sala 3.) 10-XI-1976 «PAYMARD»: Art. 8 (2), (11).
STS (Sala 3.) 27-XI-1978 «Dolan/Krolan»: Art. 6 (55).
STS (Sala 3.)24-I-1979 «La Lechera/La Lechinesa»: Art. 6 (55).
STS 24-X-1979 «Mayo, S.A. c. Thomson Brandt, S.A.»: Art. 13 (3), (5).
STS 24-V-1980 «Solo Publicidad, S.A. c. Delfín Z.C.»: Art. 8 (2).
STS 7-VII-1980 «Kemen, Kemen Industrial, S.A./Talleres Kemen, S.L.» : Art. 6 (74).
STS 13-I-1981 «cuestión de competencia por inhibitoria en juicio de reclamación de cantidad»: Art. 23 (6).
STS 12-II-1981 «daños en inmuebles por voladuras»: Art. 21 (11).
STS 26-III-1981 «incendio»: Art. 20 (6).
STS 15-VII-1982 «notificación por edictos»: Art. 5 (22).
STS (Sala 3.) 23-II-1983 «Rondel/Rondel»: Art. 12 (28).
STS 27-V-1983 «accidente de circulación»: Art. 20 (6).
STS 22-VI-1983 «White Horse/Caballo Blanco»: Art. 5 (5).
STS (Sala 4.) 6-I-1984 «Ribeiro/Vinos Ribadavia (1)»: Art. 7 (78).
STS (Sala 3.) 13-VII-1984 «Bimbo/Kingo»: Art. 6 (55).
STS (Sala 4.) 30-IV-1985 «Ribeiro/Vinos Ribadavia (11)»: Art. 7 (78).
STS 16-VII-1985 «Domestos/Domestos, S.A.»: Art. 6 (74).
STS 7-XI-1985 «accidente de circulación»: Art. 20 (6).
STS 24-I-1986 «Rapid Máquinas y Vehículos, S.A. c. Rapid Maschinen und Fahrzeuge AG»: Art. 6 (74).
STS 2-IV-1986 «el demandado no construyó el embalse encargado»: Art. 20 (8).
STS 9-IV-1986 «cuestión de competencia por inhibitoria en juicio por acciones de dominio»: Art. 23 (6).
STS (Sala 3.) 5-V-1986 «Tucan/Tucan»: Art. 12 (28).
STS 9-V-1986 «accidente laboral»: Art. 20 (6).
STS (Sala 3.) 14-I-1987 «Merc/Mercury»: Art. 6 (55).
STS 23-I-1987 «calumnias en RNE»: Art. 9 (9).
STS (Sala 4.) 4-IV-1987 «traslado de local de farmacia»: Art. 8 (22).
STS (Sala 2.) 3-VI-1987 «V. Domingo Martín induce a error»: Introducción (5).
STS (Sala 2.) 15-VI-1987 «Máquina de clavar tacones»: Introducción (5).
STS 22-X-1987 «intromisión en el honor de Don Emilio A.S.»: Art. 9 (10).
STS 30-X-1987 «Roy Sol»: Introducción (5).
STS 1-XII-1987 «dosis excesivas de radioterapia»: Art. 20 (8).

STS 19-I-1988 «paniaguado, figurón, pelota deportivo, manipulador y mentiroso»: Art. 9 (18).

STS (Sala 2.) 25-II-1988 «carente de toda ética profesional»: Art. 9 (18).

STS (Sala 3.) 26-II-1988 «Cif/Cif»: Art. 12 (28).

STS 30-II-1988 «llota difamatoria en tablón de anuncios»: Art. 9 (9), (11).

STS (Sala 2.) 18-V-1988 «chorizo»: Art. 9 (18).

STS 18-VII-1988 «arquitecto palmesano con SIDA»: Art. 9 (35).

STS 26-VII-1988 «La suisse»: Art. 7 (90).

STS 16-IX-1988 «Laboratorios Jorbá, S.A. c. Institut Pasteur Production, S.A.»: Art. 14 (22).

STS 23-IX-1988 «publicidad de abogado (1)»: Art. 9 (6).

STS 11-X-1988 «soborno en actuaciones sumariales»: Art. 9 (10).

STS 24-X-1988 «jamás he dicho que los pilotos fueran irresponsables»: Art. 9 (7).

STS (Sala S.) 16-XII-1988 «Botifarra catalana»: Art. 7 (87).

STS 21-XII-1988 «Baildonit/Baildonit»: Art. 6 (33).

STS (Sala 3.) 26-XII-1988 «Discovip's/VIP's»: Art. 6 (65).

STS 16-I-1989 «lesiones por contaminación»: Art. 21 (11).

STS 8-I-1989 «accidente de trabajo»: Art. 20 (6).

STS 17-II-1989 «UNIASA c. Distribuidora Jap, S.A.»: Art. 14 (53).

STS 23-II-1989 «vocación de defender la muerte»: Art. 9 (18).

STS 24-IV-1989 «sobre la teulada del Cercle de Catòlics de Banyoles»: Art. 9 (9), (11).

STS (Sala 2.) 24-IV-1989: Art. 14 (32).

STS 9-VI-1989 (Sala 2.): Introducción (5).

STS 19-VI-1989 «negación de un despacho»: Art. 9 (11).

STS 6-VII-1989 «a ese Plan General de Urbanización, no»: Art. 9 (10).

STS (Sala 3.) 17-VII-1989 «La Pajarita»: Art. 12 (28).

STS (Sala 3.) 22-VII-1989 «Barça/Anís Barça»: Art. 12 (28).

STS 14-X-1989 «vago, mujeriego y jugador»: Art. 9 (18).

STS (Sala 3.) 10-X-1989 «Iniciativas»: Art. 3 (12).

STS 5-XII-1989 «Productos Cruz Verde, S.A. c. Cial, S.A.»: Art. 5 (3), (5).

STS 11-XII-1989 «cruzada contra nudistas gallegos (1)»: Art. 9 (7).

STS 23-II-1990 «competencia de socios»: Art. 18 (43).

STS 19-III-1990 «magistrado mantiene relaciones con su empleado»: Art. 9 (7), (35).

STS (Sala 3.) 9-V-1990 «Príncipe de Viana, S.A.»: Art. 6 (62).

STS 13-VII-1990 «Óptica Jaén»: Art. 7 (90).

STS (Sala 3.) 14-IX-1990 «Trafalgar Center/Trafalgar»: Art. 6 (62).

STS (Sala 3.) 18-XII-1990 «Calvin Klein Company c. Calvin Klein»: Art. 6 (62).

STS 9-I-1991 «colocación de hermana en puesto relevante»: Art. 9 (7).

STS 16-I-1991 «la metralleta con la que se asesinó al Juez Occorsio»: Art. 9 (4), (28).

STS (Sala 3.) 21-II-1991 «Midas/Midas»: Art. 12 (28).

STS 2-III-1991 «existencia de trastorno mental»: Art. 9 (28).

STS 8-III-1991 «Micropo International Co.»: Art. 6 (31).

STS 27-V-1991 «reclamación de cantidad»: Art. 21 (9).

STS (Sala 2.) 19-VI-1991 «participaciones nominativas a 25.000 ptas.»: Art. 7 (6); Art. 10 (6).

STS (Sala 3.) 5-VII-1991 «Compañía Telefónica de Cataluña, S.A./Compañía Telefónica Nacional de España, S.A.»: Art. 6 (55).

STS 3-X-1991 «J.A.I. c. Schering España, S.A.»: Art. 5 (6).

STS 27-XI-1991 «falta de limpieza en campaña electoral»: Art. 9 (7).

STS 11-II-1992 «las aventuras de Teresa G.»: Art. 9 (11).

STS (Sala 1.) 20-II-1992 «El románico de Zamora»: Art. 6 (66); Art. 11 (38).

STS 26-II-1992 «escándalo en Siero»: Art. 9 (4).

STS 16-III-1992 «R. & A. Bailey c. Montana S.A.»: Art. 5 (3).

STS 15-IV-1992 «voluntarismo proteccionista y demagogia urbanizadora»: Art. 9 (11).

STS 30-V-1992 «no era un equipo eficaz»: Art. 10 (35); Art. 18 (33).

STS 30-VI-1992 «depósito de honorarios profesionales»: Art. 15 (32).
 STS 26-X-1992 «joyas»: Art. 6 (66).
 STS 11-II-1993 «Hijo de Teodoro Prat, S.A. c. Intelhorce, S.A.»: Art. 5 (6).
 STS 5-III-1993 «labuguitos/La Jabugueña»: Art. 6 (55).
 STS 25-III-1993 «anuncio de cese de administrador»: Art. 9 (11).
 STS 19-V-1993 «botellas Bailey's»: Art. 18 (46).
 STS 20-V-1993 «Framun, S.A. c. Tapaq Oficinas, S.L.»: Art. 18 (45).
 STS 16-VI-1993 «Autocares Valladolid, S.A.»: Art. 18 (43).
 STS 14-VII-1993 «reclamación de cantidad»: Art. 21 (9).
 STS 19-VII-1993 «televisor en ban>»: Art. 18 (45).
 STS (Sala 3.) 14-IX-1993 «Novex y Novex/Novax»: Art. 6 (55).
 STS 29-IX-1993 «Fedoro/Ferodo»: Art. 6 (55).
 STS (Sala 3.) 29-IX-1993 «Labarra/Ybarra»: Art. 6 (55).
 STS 8-XI-1993 «Complejo Residencial Don Alfonso» : Introducción (26).
 STS 29-XI-1993 «Femsa»: Art. 12 (23).
 STS 1-XII-1993 «Palma Morón Hermanos, S.A.»: Art. 13 (27).
 STS (Sala 3.) 13-XII-1993 «Casa Chus»: Art. 6 (65).
 STS 14-XII-1993 «por una peseta» : Art. 4 (6).
 STS 30-XII-1993 «Armadores de buques de pesca c. CAMPSA»: Introducción (41).
 STS 18-II-1994 «publicidad de abogado (II)»: Art. 9 (6).
 STS 28-II-1994 «no pertenecen a Butano, S.A.»: Art. 5 (6); Art. 9 (11).
 STS 20-VI-1994 «indemnización por lesiones»: Art. 21 (9).
 STS 21-VII-1994 «Promoción de Negocios Inmobiliarios CASMAR S.A. c. Promociones de Negocios Inmobiliarios CASMAR, S.A.»: Art. 6 (72).
 STS 21-X-1994 «Hernández Pérez Hermanos, S.A./José Hernández Pérez e Hijos, S.A.»: Art. 6 (68), (74).
 STS 29-X-1994 «Bailey's»: Introducción (58).
 STS 19-XI-1994 «Loewe/Enrique Loewe Knappe»: Introducción (58).
 STS 3-II-1995 «ni un duro hasta abril del noventa» : Art. 7 (42), (47), (49), (52), (59).
 STS (Sala 3.) 2-III-1995 «precios de especialidades farmacéuticas» : Art. 1 (9).
 STS (Sala 3.) 3-III-1995 «Agentes de la Propiedad Inmobiliaria»: Art. 1 (9).
 STS 12-V-1995 «J. Moner c. Punt Diari» : Art. 9 (11).
 STS 7-VI-1995 «cuadernos pedagógicos»: Art. 11 (38).
 STS 26-VI-1995 «Aerovías Nacionales de Colombia (Avianca) c. Avianca S.L.» : Art. 6 (74).
 STS 4-VII-1995 «Talleres Arevalillo S.A. c. Arevalillo Hermanos S.A.»: Art. 6 (74).
 STS 28-VII-1995 «carta a convecinos»: Art. 18 (40).
 STS (Sala 3.) 17-X-1995 «turnos de vacaciones en oficinas de farmacia»: Art. 3 (9).
 STS (Sala 3.) 15-XI-1995 «turnos y horarios en oficinas de farmacia»: Art. 3 (9).
 STS 30-I-1996 «folleto de mampara»: Art. 6 (66).
 STS 7-III-1996 «Cables Especiales de Levante, S.A. c. J.S. Distribuciones, S.A.» : Introducción (29); Art. 5 (22).
 STS (Sala 3.) 12-III-1996 «rótulo de oficina de farmacia»: Introducción (26).
 STS 20-III-1996 «sin la solvencia de la primera firma de ascensores»: Art. 2 (6), (9), (10); Art. 5 (8), (22); Art. 9 (30), (37), (38), (39); Art. 18 (39), (36).
 STS 8-VII-1996 «Cordonett c. Cordon Negro»: Art. 18 (30).
 STS 18-IX-1996 «fotografía de falso terrorista»: Art. 9 (4).
 STS 8-XI-1996 «Complejo residencial Don Alfonso»: Art. 7 (4), (31), (63).
 STS 21-II-1997 «hundimiento de edificio»: Art. 21 (9).
 STS 24-II-1997 «Pepsi es lo de hoy»: Art. 7 (40); Art. 9 (25); Art. 10 (8), (12), (17), (20), (21).
 STS 30-IV-1997 «nota divulgativa de despido»: Art. 2 (7).
 STS 8-V-1997 «sin los efectos desagradables del cloro»: Introducción (27); Art. 7 (21), (24), (63); Art. 9 (20); Art. 10 (12), (17), (21); Art. 18 (30), (55).
 STS 21-V-1997 «VI Feria Industrial, Agrícola y Ganadera»: Art. 9 (11).

STS S-VI-1997 «Vidal Sassoon/Neymi, Tayko»: Art. 6 (5); Art. 11 (16), (20); Art. 18 (30).
STS 6-VI-1997 «Peluquería Ilea»: Art. 5 (19); Art. 6 (7).
STS 12-VI-1997 «sufridores en casa»: Art. 8 (5), (26).
STS 11-VII-1997 «El Remiendo Alavés»: Art. 6 (7), (63); Art. 12 (11).
STS 17-VII-1997 «etiquetas autoadhesivas»: Art. 7 (45); Art. 11 (14), (20), (21).
STS 26-VII-1997 «La Navarra»: Art. 15 (43), (47); Art. 20 (4).
STS 16-IX-1997 «hueco abierto en pared de edificio»: Art. 21 (9).
STS 2S-IX-1997 «Lico c. Alico»: Art. 18 (46).
STS 9-X-1997 «La Caja de la corrupción»: Art. 9 (11).
STS 23-II-1998 «envase de cacao en polvo»: Art. 6 (2); Art. 20 (4).
STS 15-IV-1998 «Cadena Clarín»: Art. 2 (9), (13); Art. 5 (8), (13), (22).
STS 20-V-1998 «indemnización por embargo»: Art. 25 (49).
STS 2-VI-1998 «Puma»: Art. 12 (28).
STS 22-I-1999 «Premenaca»: Art. 5 (25); Art. 21 (2).
STS 31-III-1999 «Gremio de Libreros de Valencia c. El Corte Inglés, S. A.»: Art. 15 (34), (37).

6. AUTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO

ATS 5-IX-1995 «incidente de fijación de cuantía»: Art. 22 (4).
ATS 25-III-1997 «improcedencia de recurso de casación»: Art. 22 (4).
ATS 8-IV-1997 «incidente de determinación de cuantía»: Art. 22 (4).

7. SENTENCIAS DE TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

STSJ *Madrid* 8-I-1991 «apropiación de fórmula química»: Art. 13 (31).
STSJ *Madrid* 16-III-1992 «apropiación de relación de clientes»: Art. 13 (31).
STSJ *Canarias* 28-I-1993 «carta a suministrador del empresario»: Art. 13 (31).
STSJ *Andalucía* 22-VI-1993 «revelación de datos sobre clientes»: Art. 13 (31).
STSJ *Madrid* 22-V-1996 «utilización de instalaciones deportivas en Urbanización Hórreo VI»: Art. 7 (21).

8. SENTENCIAS DE LA AUDIENCIA NACIONAL

SAN 17-XI-1994, expediente 295/91 «N.C.A. Electromedicina c. General Electric CGR España S.A.»: Introducción (42), (43), (44), (47) (48).

9. SENTENCIAS DE AUDIENCIAS PROVINCIALES

SAP *Barcelona* 11-IV-1989 «invasión de zona de concesionario»: Art. 14 (53).
SAP *Barcelona* 28-II-1991 «empresas dedicadas *alleasing*»: Art. 6 (6).
SAP *Las Palmas de Gran Canaria* 8-III-1991 «perro con cesta»: Art. 6 (2); Art. 12 (11).
SAP *Barcelona* 30-IV-1991 «Vichy»: Art. 25 (49).
SAP *La Coruña* 4-VII-1991 «artículos para niños»: Art. 12 (11).
SAP *Zamora* 29-VII-1991 «Caja de Ahorros Provincial de Zamora c. Asociación Textil de Empresarios de Zamora y otros (11)»: Art. 7 (52).
SAP *Madrid* 7-X-1991 «ni un duro hasta abril del noventa»: Art. 7 (42), (47), (49), (52), (59).
SAP *Madrid* 28-X-1991 «Azúcar light»: Art. 7 (21), (24), (45), (49), (52), (63).
SAP *Vitoria-Gasteiz* 26-XI-1991 «envase de helados»: Introducción (26).
SAP *Barcelona* 14-II-1992 «Agencia de publicidad japonesa D.I.»: Art. 6 (33).
SAP *Toledo* 4-IV-1992 «Vidal Sassoon/Ilber Neutro»: Art. 6 (2), (21); Art. 11 (7), (9), (13), (16), (20); Art. 18 (30), (36), (37); Art. 26 (5).
SAP *Cádiz* 10-IV-1992 «desuso de la cosa arrendada»: Art. 21 (11).
SAP *Sevilla* 12-V-1992 «empresas legalmente constituidas e inscritas»: Art. 7 (20), (42).
SAP *Granada* 18-V-1992 «falso concesionario de IBM»: Art. 7 (36), (63).
SAP *Burgos* 26-V-1992 «sin la solvencia de la primera firma de ascensores»: Art. 9 (30); Art. 18 (30), (36).

SAP *Cádiz* 12-VI-1992 «Publicitarios de Andalucía, S.A. c. Escaparate, S.L.»: Art. 1 (4); Art. 17 (13), (23), (33), (52), (53), (54), (55); Art. 21 (7).

SAP *Navarra* 25-VII-1992 «actuación de grupo musical en Bar-Pub»: Art. 2 (6).

SAP *Madrid* 27-XI-1992 «Nike c. Cidesport»: Art. 23 (4).

SAP *Sevilla* 4-XII-1992 «anuncio en ABC»: Art. 7 (27).

SAP *Navarra* 18-XII-1992 «fiesta para viaje de estudios»: Art. 2 (6).

SAP *Girona* 11-I-1993 «lotes de películas»: Introducción (41).

SAP *Albacete* 1-III-1993 «Leyma»: Art. 6 (2).

SAP *Madrid* 8-I-1993 «Pepsi es lo de hoy»: Art. 7 (40); Art. 10 (8), (12), (17), (21).

SAP *Barcelona* 15-III-1993 «sin los efectos desagradables del cloro»: Art. 7 (21), (24); Art. 10 (12), (21); Art. 18 (30).

SAP *Albacete* 23-III-1993 «expedición de medicamentos fuera de oficina de farmacia»: Introducción (82); Art. 15 (13), (35).

SAP *Cantabria* 1-IV-1993 «esperando poder seguir contando con su confianza»: Art. 9 (40); Art. 12 (24); Art. 14 (35); Art. 18 (30).

SAP *Murcia* 2-IV-1993 «dibujos en bolsas de infusiones»: Art. 6 (19).

SAP *Valencia* 5-V-1993 «Vidal Sassoon/Neymi, Tayko»: Art. 6 (2); Art. 11 (7), (16); Art. 18 (30).

SAP *Cantabria* 12-V-1993 «no lo encontrarán más barato en Cantabria»: Art. 8 (31); Art. 10 (18); Art. 17 (13), (31), (33), (37), (38), (43), (49).

SAP *Sevilla* 21-VI-1993 «Devos Cía, S.A. c. Sevillana de Informática»: Art. 14 (2), (53); Art. 15 (10).

SAP *Sevilla* 30-VI-1993 «Colegio de Médicos de Sevilla»: Art. 15 (32).

SAP *Ciudad Real* 12-VII-1993 «bonificación por compra»: Art. 19 (3).

SAP *Barcelona* 30-IX-1993 «las tenazas llamadas de fugas»: Art. 9 (27), (30).

SAP *Barcelona* 6-X-1993 «inválida para negocios marítimos»: Art. 9 (38), (39), (40); Art. 14 (17); Art. 18 (30), (42).

SAP *Cáceres* 3-XI-1993 «Miss-Sur»: Art. 6 (40).

SAP *Valencia* 8-XI-1993 «Wyn Olis Co.»: Introducción (25); Art. 6 (77); Art. 11 (16); Art. 18 (30), (36), (37).

SAP *Baleares* II-XI-1993 «Asociación (Gremio) de Libreros de Mallorca c. Hipermercado S.A. de D., S.A.»: Art. 8 (11); 15 (37); Art. 18 (30).

SAP *Asturias* 14-I-1994 «Cuenta o Libreta de Ahorro Seguro de accidentes gratuito»: Art. 8 (5).

SAP *Granada* 18-I-1994 «reloj, frutero y portarretratos»: Art. 11 (7), (9).

SAP *Barcelona* 28-II-1994 «G.T.C.G., S.A. c. G. y C. de D., S.L.»: Art. 6 (16); Art. 12 (11).

SAP *Alicante* 16-III-1994 «la única que cumple todas las normas de seguridad»: Art. 7 (41), (64); Art. 18 (39).

SAP *Valencia* 21-III-1994 «Gremio de Libreros de Valencia c. El Corte Inglés, S.A.»: Art. 8 (33); Art. 15 (22), (34); Art. 18 (5).

SAP *Madrid* 27-V-1994 «COU en Estados Unidos»: Art. 7 (36), (63); Art. 19 (3).

SAP *Baleares* 9-VI-1994 «Can Elías/Pianos Ca N'Elías»: Art. 6 (17), (31), (33), (34); Art. 12 (11); Art. 18 (30).

SAP *Las Palmas de Gran Canaria* 24-VI-1994 «solicitud de marca»: Art. 6 (63); Art. 12 (11); Art. 21 (12).

SAP *Baleares* 27-VI-1994 «Cosmética Selecta c. Engels»: Art. 14 (53); Art. 15 (10).

SAP *Tarragona* 18-VII-1994 «Cuenta Familiar - Seguro de accidentes gratuito»: Art. 8 (5).

SAP *Palma de Mallorca* 23-IX-1994 «Levi's SOI»: Art. 6 (2); Art. 12 (11).

SAP *Madrid* 4-X-1994 «las noticias son totalmente falsas»: Art. 18 (26).

SAP *Barcelona* 10-X-1994 «Productos E.J., S.A. c. E.J., S.A.»: Art. 6 (74).

SAP *Barcelona* 10-X-1994 «Wordstar/Wordstar y Bolsart»: Art. 6 (31), (33).

SAP *Barcelona* 19-X-1994 «ropa de confección»: Art. 19 (3).

SAP *León* 24-X-1994 «Asociación Provincial de Libreros de León c. Centros Comerciales Continente»: Art. 15 (6), (37).

SAP *Barcelona* 8-XI-1994 «F. Barcelona/F. Barcelona, S.A.»: Art. 3 (15); Art. 6 (64).

SAP *Barcelona* 9-XI-1994 «catálogos de juntas de estanqueidad»: Art. 1 (14); Art. 6 (13); Art. 11 (20); Art. 18 (36).

SAP *Cantabria* 9-XI-1994 «comunicación de impagado a aseguradora»: Art. 2 (4); Art. 9 (27), (32), (38).

SAP *Madrid* 13-XII-1994 «catálogos de muebles de cocinas»: Art. 6 (20); Art. 7 (45); Art. 11 (2), (7), (20), (35), (40); Art. 12 (10); Art. 18 (18), (30), (36).

SAP *Huesca* 21-I-1995 «Esloalsa S.L. y otro c. A.G. Empresas, S.L. y otro»: Art. 5 (23); Art. 14 (35); Art. 18 (30), (43).

SAP *Asturias* 24-I-1995 «Federación Asturiana de Comercio c. Hipercor, S.A.»: Art. 15 (37).

SAP *Barcelona* 27-I-1995 «U.A.P.»: Art. 5 (17), (25); Art. 6 (44); Art. 18 (42).

SAP *Valladolid* 7-II-1995 «Agrupación Vallisoletana de Comercio c. Centros Comerciales Continente, S.A. (1)»: Art. 15 (32).

SAP *Madrid* 18-II-1995 «carta abierta a clientes proveedores y amigos»: Art. 2 (6); Art. 3 (15); Art. 9 (38); Art. 18 (30).

SAP *Barcelona* 14-III-1995 «dispositivo para el acondicionamiento del agua»: Art. 11 (5), (13), (20), (32), (35); Art. 18 (30).

SAP *Pontevedra* 4-IV-1995 «catálogo con máquinas para procesamiento de pescados»: Art. 11 (19), (37).

SAP *Asturias* 11-IV-1995 «Asociación de Librerías Oviedo c. Pryca S.A. Azabache»: Art. 15 (6), (37).

SAP *La Coruña* 18-IV-1995 «Blanco Turbio»: Introducción (9); Art. 9 (32).

SAP *Barcelona* 19-IV-1995 «en el Súper del año pasado hay algo que colea»: Art. 9 (30), (38); Art. 18 (43); Art. 20 (3).

SAP *Madrid* 28-IV-1995 «Eurolines/Eurolines Travel»: Art. 6 (74); Art. 20 (4).

SAP *Barcelona* 8-V-1995 «descuentos a cooperativistas»: Introducción (46); Art. 15 (38).

SAP *Valladolid* 16-V-1995 «Agrupación Vallisoletana de comercio c. Centros Comerciales Continente, S.A. (II)»: Introducción (46); Art. 15 (37).

SAP *León* 17-V-1995 «Consejo Regulador de la Denominación de Origen Bierzo c. Palacio de Arganza»: Art. 7 (63), (80); Art. 19 (10).

SAP *Barcelona* 24-V-1995 «El Rey. Primera biografía autorizada»: Art. 18 (30), (43); Art. 20 (2).

SAP *Barcelona* 25-V-1995 «denuncia de contrato de distribución»: Art. 14 (10), (21).

SAP *Lugo* 6-VI-1995 «puntos canjeables por compra de libros»: Art. 15 (37).

SAP *Barcelona* 8-VI-1995 «Grúas Vilafranca c. Grúas y Transportes Vilafranca»: Art. 6 (15); Art. 7 (36); Art. 18 (18), (30), (36).

SAP *Lleida* 9-VI-1995 «fichero de clientes»: Art. 13 (4); Art. 19 (3).

SAP *Valencia* 10-VI-1995 «Ricard»: Art. 6 (2), (3), (21), (77).

SAP *Madrid* 15-VI-1995 «mantenimiento de ascensores»: Introducción (46).

SAP *Barcelona* 22-VI-1995 «competencia tras la terminación de distribución exclusiva»: Art. 5 (23); Art. 14 (22).

SAP *Valencia* 26-VI-1995 «declinatoria»: Art. 23 (4).

SAP *Barcelona* 17-VII-1995 «supresión de códigos de producto»: Art. 25 (10).

SAP *Barcelona* 19-VII-1995 «incumplimiento de pacto de no competencia»: Art. 13 (32); Art. 15 (10); Art. 22 (6).

SAP *Barcelona* 1-IX-1995 «ventas en oficinas bancarias»: Art. 5 (8), (19); Art. 8 (13).

SAP *Barcelona* 4-IX-1995 «entrega de material publicitario en la calle»: Introducción (25); Art. 5 (29); Art. 10 (35).

SAP *Barcelona* 18-IX-1995 «Triptic»: Art. 6 (74).

SAP *Asturias* 4-X-1995 «CEASTUR, S.L. c. Malui, S.L.»: Art. 14 (17).

SAP *Málaga* 23-X-1995 «competencia de ex-socio»: Art. 14 (35).

SAP *Madrid* 6-XI-1995 «Silex»: Art. 6 (74); Art. 12 (11).

SAP *Pontevedra* 21-XI-1995 «Israel/Ángel-Israel»: Art. 5 (8); Art. 6 (44).

SAP *Barcelona* 29-XI-1995 «Asociación de Vídeo-Clubs de Catalunya c. Warner Home Vídeo España, S.A.»: Art. 3 (15); Art. 5 (10), (16), (20), (23); Art. 19 (3).

SAP *Toledo* 12-XII-1995 «prendas vaqueras»: Art. 6 (2), (3), (15), (21); Art. 11 (7), (17), (18).

SAP *Barcelona* 29-XII-1995 «Pepe/Pepe Pardo»: Art. 6 (44); Art. 18 (30); Art. 19 (3).

SAP *Barcelona* 10-I-1996 «Fumispore/Fungistop»: Art. 6 (20); Art. 11 (7); Art. 18 (30).

SAP *Barcelona* 31-I-1996 «Polo/Polo Sur»: Art. 6 (8), (12), (17), (31); Art. 11 (18).

SAP *Barcelona* 1-II-1996 «transitarios»: Art. 1 (4); Art. 5 (8), (16), (19); Art. 13 (11); Art. 14 (13), (17), (25); Art. 15 (10).

SAP *Barcelona* 7-II-1996 «Vitastar»: Art. 2 (13); Art. 6 (3); Art. 18 (5), (30).

SAP *Zaragoza* 17-II-1996 «regalo por asistencia a charla»: Art. 8 (15).

SAP *Cádiz* 20-II-1996 «Ímán terapéutico»: Art. 7 (47), (63); Art. 18 (22), (39), (53); Art. 26 (9).

SAP *Barcelona* 25-IV-1996 «Joyas Únicas del Aman>»: Art. 6 (16); Art. 7 (40); Art. 11 (4), (7), (16), (29); Art. 21 (16).

SAP *Madrid* 8-V-1996 «King's College/King's Academy-Idiomas»: Art. 6 (2); Art. 12 (11).

SAP *Madrid* 17-V-1996 «captación de clientes de auditoría»: Art. 5 (8).

SAP *Madrid* 10-VI-1996 «competencia de ex-empleado»: Art. 1 (4); Art. 13 (11); Art. 14 (17), (23); Art. 18 (30), (36).

SAP *Valencia* 19-VI-1996 «centralita de teléfonos»: Art. 5 (16); Art. 7 (13); Art. 15 (10); Art. 21 (16).

SAP *Murcia* 20-VI-1996 «cheques regalo por la compra de libros de texto»: Art. 8 (31); Art. 15 (37).

SAP *Álava* 24-VI-1996 «National Hair Center»: Art. 7 (4).

SAP *Barcelona* 5-VII-1996 «Mini-labs»: Art. 2 (12).

SAP *Navarra* 5-VII-1996 «United Distillers, plc c. Bodegas li ache, S.L.»: Art. 6 (57).

SAP *Jaén* 25-VII-1996 «violación de pacto de no competencia»: Art. 21 (7).

SAP *Barcelona* 3-IX-1996 «amb la salut no s'hi val jugar»: Art. 7 (21); Art. 9 (30), (32), (38); Art. 10 (40).

SAP *Asturias* 18-IX-1996 «captación de clientes de asesoría de empresa»: Art. 5 (20), (22), (23); Art. 20 (2).

SAP *Barcelona* 26-IX-1996 «semanario SOL»: Art. 5 (26).

SAP *Zaragoza* 7-X-1996 «sartenes»: Art. 6 (13); Art. 11 (7), (16), (21).

SAP *Murcia* 14-X-1996 «Asociación de Libreros de Cartagena y su Comarca c. Continente»: Art. 8 (31); Art. 15 (37); Art. 19 (3).

SAP *Tarragona* 17-X-1996 «Autoridad Portuaria de Tarragona»: Art. 25 (7), (8), (12).

SAP *Barcelona* 22-X-1996 «Banana Republic Inc. c. Banana República S.A.»: Art. 6 (74).

SAP *Madrid* 30-X-1996 «Depósito de Interés Creciente»: Art. 7 (21), (49), (63).

SAP *Barcelona* 6-XI-1996 «Business Creation»: Art. 25 (8).

SAP *Granada* 6-XI-1996 «difusión por ex-empleado de manifestaciones sobre su anterior empresa»: Art. 5 (8), (13), (19), (22); Art. 9 (37); Art. 12 (11); Art. 14 (25); Art. 21 (16).

SAP *Castellón* 14-XI-1996 «mobiliario de oficina system»: Art. 11 (13), (16); Art. 18 (4).

SAP *Baleares* 2-XII-1996 «impugnación de tasación de costas»: Art. 25 (5).

SAP *Valencia* 2-XII-1996 «cajas y envases apilables para frutas y hortalizas»; Art. 11 (4); Art. 21 (7).

SAP *Vizcaya* 3-XII-1996 «piezas de recambio de automóvil»; Art. 5 (13); Art. 11 (19).

SAP *Zaragoza* 18-XII-1996 «sonda para inseminación»; Art. 18 (43), (44), (45); Art. 21 (2).

SAP *Alicante* 26-XII-1996 «Electro 2000»; Art. 7 (61); Art. 17 (55); Art. 18 (30), (42); Art. 20 (4).

SAP *Badajoz* 24-I-1997 «únicos legalmente autorizados»; Art. 2 (6); Art. 7 (41), (64); Art. 18 (38), (42).

SAP *Madrid* 4-II-1997 «productos para el tratamiento de ostomías»; Art. 18 (6), (10), (55).

SAP *Madrid* 11-II-1997 «N.I.H., B.Y. C. N.I., S.A.»; Art. 6 (74).

SAP *Cádiz* 21-II-1997 «revista de anuncios de compraventa»; Art. 21 (7).

SAP *Granada* 7-IV-1997 «Toma Nota»; Art. 23 (6).

SAP *Lleida* 9-V-1997 «se prohíbe la entrada»; Art. 5 (22).

SAP *Valladolid* 26-V-1997 «Flexibreaks International, S.A.»; Art. 2 (6); Art. 11 (5), (35); Art. 12 (24); Art. 18 (5), (6); Art. 20 (2); Art. 21 (2).

SAP *Ciudad Real* 29-V -1997 «Asociación Provincial de Empresarios de Papelería y Librería de Ciudad Reak Art. 15 (38); Art. 18 (6); Art. 20 (4), (9); Art. 22 (2).

SAP *Málaga* 3-VI-1997 «perfumes de Chanek Art. 12 (3), (10), (15), (22); Art. 20 (2), (3).

SAP *Asturias* 18-VI-1997 «Carbones Manuel Asturias, S.L. c. Carbones Méndez y Menéndez, S.L. y otros»; Art. 5 (23); Art. 13 (10); Art. 14 (35).

SAP *Burgos* 27-VI-1997 «Asociación de Empresarios del Comercio del Libro de Burgos c. Centros Comerciales Pryca, S.A.»; Art. 15 (37).

SAP *Valencia* 10-VII-1997 «R. & A. Bailey & Co. Ltd. c. Carmelitano, S.A.»; Art. 6 (31).

SAP *Valencia* 18-VII-1997 «Gremio de Libreros de Valencia c. Continente»; Art. 8 (31); Art. 15 (37); Art. 18 (5).

SAP *Vizcaya* «24-VII-1997 «mobiliario de terraza»; Art. 11 (21), (29).

SAP *Valencia* 1-IX-1997 «Electromedicak Art. 13 (10); Art. 14 (12), (21), (35).

SAP *Pontevedra* 18-IX-1997 «Tiseqa, S.L. c. Insega, S.L.»; Art. 5 (17), (22), (23); 13 (4), (22); Art. 14 (35); Art. 18 (42), (43).

SAP *Badajoz* 1-X-1997 «Asociación Provincial de Libreros y Papeleros de Mérida c. Continente, S.A.»; Art. 15 (37); Art. 18 (6).

SAP *Valencia* 6-X-1997 «venta de perfumes en farmacia»; Art. 6 (15); Art. 11 (5).

SAP *Valladolid* 17-X-1997 «Necrópolis Valladolid, S.A. c. Parque El Salvador, S.A.»; Art. 21 (7).

SAP *Valencia* 21-X-1997 «estuches para sábanas adaptables»; Art. 6 (2), (77); Art. 11 (7), (20); Art. 18 (30).

SAP *Cáceres* 14-XI-1997 «marca de perfumes»; Art. 6 (2).

SAP *Zaragoza* 1-XII-1997 «máquina exprimidora de frutas»; Art. 1 (4); Art. 9 (32), (38); Art. 11 (16); Art. 21 (14).

SAP *La Rioja* 30-XII-1997 «Pompas Fúnebres Pastrana, S.A.»; Introducción (82); Art. 15 (13); Art. 22 (2).

SAP *Barcelona* 14-I-1998 «venta a pérdida de juguetes»; Art. 17 (14), (15), (33), (36), (37), (38), (43), (49).

SAP *León* 22-I-1998 «Asociación Provincial de Libreros de León c. Centros Comerciales Continente, S.A.»; Art. 15 (37).

SAP *Orense* 22-I-1998 «Asociación de Libreros de Orense c. Centro Comercial Continente»; Art. 15 (37).

SAP *Sevilla* 28-I-1998 «ECOMED»; Art. 6 (15); Art. 11 (4).

SAP *Granada* 3-II-1998 «Talleres Arias»; Art. 6 (31).

SAP *Valencia* 3-II-1998 «Pepe Jeans/Pepe's Tejano»; Art. 18 (37).

SAP *Baleares* 11-II-1998 «gafas R. B. con descuento»; Art. 7 (20), (58).

SAP *Asturias* 18-II-1998 «folletos de planes de pensiones»; Art. 9 (25); Art. 10 (14), (40).

SAP *Baleares* 19-II-1998 «perfumes»; Introducción (25); Art. 17 (13), (27), (33), (35), (37), (43), (49), (53), (54).

SAP *Barcelona* 19-II-1998 «Vitafarma, S.L. c. Cosméticos Astor, S.A.»; Art. 11 (7).

SAP *León* 26-II-1998 «Don Ezequiel Q.V. y otros c. Centros Comerciales Continente»; Art. 15 (37).

SAP *Valencia* 6-III-1998 «profesionales facultados»; Introducción (27); Art. 18 (51), (55).

SAP *Asturias* 12-III-1998 «Asociación de Librerías del Principado de Asturias c. Continente»; Art. 15 (37); Art. 18 (5), (6).

SAP Cáceres 12-III-1998 «ropa deportiva para colegios»: Art. 11 (4).
 SAP Valencia 12-III-1998 «naipes»: Art. 6 (31).
 SAP Barcelona 25-III-1998 «cochecito de bebé»: Art. 6 (5), (10); Art. 11 (7), (16), (19), (20), (21); Art. 12 (5).
 SAP Madrid 28-III-1998 «asistencia técnica especializada»: Art. 5 (13); Art. 6 (2); Art. 7 (20), (63).
 SAP Albacete 13-IV-1998 «botas deportivas»: Art. 18 (45).
 SAP Barcelona 15-IV-1998 «Estrella de mar»: Art. 5 (17), (19); Art. 6 (13).
 SAP Cantabria 20-IV-1998 «Revuelta»: Art. 6 (7), (15), (19); Art. 12 (11); Art. 18 (11), (18), (30), (43).
 SAP Madrid 22-IV-1998 «triángulo con fondo verde y blanco»: Art. 2 (10); Art. 5 (22); Art. 6 (8), (12); Art. 12 (11); Art. 18 (30).
 SAP Navarra 4-V-1998 «Avena Kinesia/Avena Krammef»: Art. 6 (21); Art. 11 (7); Art. 18 (9), (18), (30), (43).
 SAP Madrid 11-V-1998 «Servicios funerarios en Villa del Prado»: Art. 15 (26).
 SAP Zaragoza 18-V-1998 «pompas fúnebres»: Art. 6 (40).
 SAP Lleida 19-V-1998 «clínica dental»: Art. 12 (24).
 SAP Barcelona 4-VI-1998 «Smirnoff/Príncipe Igof»: Art. 6 (6), (8); Art. 11 (7).
 SAP Navarra 10-VI-1998 «Alfacel, S.A. c. Viscofán, S.A.»: Art. 9 (23); Art. 13 (12), (31); Art. 14 (13).
 SAP Barcelona 8-VII-1998 «Wolcraft España, S.L. y otro c. Super-Ego Tools, S.A.» : Art. 22 (6).
 SAP Navarra 17-VII-1998 «Viscofán, Industria Navarra de Envolturas Celulósicas, S.A. c. Alfacel, S.A. y otros»: Art. 23 (4).
 SAP Vizcaya 30-VII-1998 «germen de la listeria en queso fresco» : Art. 2 (6), (10), (12).
 SAP Barcelona 31-VIII-1998 «carátulas de discos compactos»: Art. 6 (3), (5), (10), (15), (21); Art. 11 (7); Art. 18 (30), (43).
 SAP Barcelona 14-IX-1998 «único curso autorizado»: Art. 7 (41), (63); Art. 18 (30).
 SAP Sevilla 16-IX-1998 «venta de libros de texto en colegio»: Art. 15 (8), (38).
 SAP Alicante 25-IX-1998 «autoescuelas»: Art. 17 (20), (23), (53), (54), (55); Art. 18 (6), (43); Art. 21 (6), (11), (12).
 SAP Burgos 5-X-1998 «Asociación de Empresarios del Comercio del Libro de Burgos c. Centros Comerciales Continente, S. A.»: Art. 15 (37).
 SAP Barcelona 27-X-1998 «Europea de Investigaciones Electrónicas, S.A.» : Art. 23 (4).
 SAP Valencia 14-XI-1998 «Querol, S.A. c. Don Bongo, S.A.»: Art. 2 (6); Art. 5 (23); Art. 18 (30), (43).
 SAP Madrid 11-XII-1998 «mantenimiento de instalaciones contra incendios»: Art. 6 (15); Art. 11 (4); Art. 14 (17), (23).
 SAP Vizcaya 21-XII-1998 «Pompas Fúnebres Virgen Blanca/Servicios Funerarios Virgen Blanca, S.L.»: Art. 6 (74).
 SAP Barcelona 24-XII-1998 «venta a pérdida en centro comercial»: Art. 5 (18); Art. 17 (30), (33), (34); Art. 18 (7).
 SAP Badajoz 12-I-1999 «incumplimiento de Estatutos de Comunidad de Bienes»: Art. 5 (16); Art. 15 (10).
 SAP Vizcaya 8-II-1999 «anuarios»: Art. 6 (19), (20).
 SAP Barcelona 12-II-1999 «mando de accionamiento para máquinas recreativas»: Art. 21 (11).
 SAP Val(mcia 24-II-1999 «gestión de residuos tóxicos»: Art. 7 (47); Art. 9 (3), (34).
 SAP Madrid 18-III-1999 «hipoteca “cuota fija”»: Art. 7 (42), (47).
 SAP Navarra 30-IV-1999 «captación de clientela en transporte internacional»: Art. 21 (7), (12).
 SAP Córdoba 25-V-1999 «exclusión de funeraria»: Art. 16 (37).

10. AUTOS DE AUDIENCIA PROVINCIAL

AAP Barcelona 12-IX-1990 «venta doble de acciones»: Art. 25 (50).

AAP *Alicante* 14-X-1992 «Juguetes Feber, S.A. c. Creatividad y Diseño, S.A.»: Art. 11 (7); Art. 25 (10).
AAP *Lleida* 1-IX-1993 «Hipopótamo»: Art. 25 (12), (19).
AAP *Málaga* 23-XII-1994 «Ceregumil»: Art. 25 (19).
AAP *Valladolid* 7-II-1995 «Agrupación Vallisoletana de Comercio c. Centros Comerciales Continente, S.A.»: Art. 25 (34).
AAP *Barcelona* 17-VII-1995 «supresión de códigos de producto»: Art. 5 (27); Art. 7 (36), (47); Art. 25 (10).
AAP *Navarra* 15-I-1996 «Talento NI y Grupo Solución FPPA c. GRM Enlace y Solero, Solero y Partners»: Art. 24 (4), (5).
AAP *Zaragoza* 24-I-1996 «nulidad de medidas cautelares»: Art. 25 (34).
AAP *Madrid* 1-VII-1996 «Coopers & Lybrand c. Ernst & Young»: Art. 22 (6); Art. 25 (23), (24), (34).
AAP *Barcelona* 6-XI-1996 «Business Creation»: Art. 5 (16); Art. 25 (35).
AAP *Tarragona* 17-X-1996 «Autoridad Portuaria de Tarragona»: Art. 25 (7), (8), (12).
AAP *Madrid* 17-XII-1996 «Silverfield, S.A. c. Lista 79, S.L.»: Art. 25 (10), (16), (20), (23).
AAP *Barcelona* 18-XII-1996 «incumplimiento de pacto de no competencia»: Art. 5 (16).
AAP *Barcelona* 12-V-1997 «lámpara Quadra Ice»: Art. 11 (16).
AAP *Barcelona* 27-I-1998 «galletas de chocolate»: Art. 25 (30).
AAP *Badajoz* 26-II-1998 «Centros Comerciales Continente, S.A.»: Art. 25 (16).
AAP *Barcelona* 8-VI-1998 «Pronovias/Paranovios»: Art. 6 (8).
AAP *Barcelona* 6-VII-1998 «galletas de chocolate»: Art. 12 (3); Art. 25 (23), (39).
AAP *Barcelona* 5-X-1998 «va por ella»: Art. 25 (10), (23).
AAP *Barcelona* 2-XI-1998 «Freixenet, S.A. c. Codorniu, S.A.»: Art. 25 (40).
AAP *Vizcaya* 1-II-1999 «adaptable a Senso[»: Art. 12 (23).

11. SENTENCIAS DE JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA

SJPI *Madrid* 15-I-1991 «van por la vida más tranquilos, seguridad cien por cien»: Art. 7 (42).
SJPI *Vitoria-Casteiz* 6-VI-1991 «envase de helados»: Introducción (26); Art. 11 (1).
SJPI *Madrid* 7-I-1992 «Pepsi es lo de hoy»: Art. 10 (17).
SJPI *Bilbao* 8-I-1992 «falso concesionario de BMW»: Art. 7 (63).
SJPI *Castellón* 1-X-1992 «Ponche Caballero/Ponche Carmelitano»: Art. 6 (21).
SJPI *La Almunia de Doña Codina* 25-XI-1992 «Panama Jack»: Art. 6 (21); Art. 11 (16), (19); Art. 12 (3), (15); Art. 18 (39).
SJPI *Ibi* 5-XII-1992 «la única que cumple todas las normas de seguridad»: Art. 18 (39).
SJPI *Madrid* 30-XII-1993 «Veneno en la piel»: Art. 3 (17).
SJPI *Madrid* 8-VII-1996 «huevos bajos en colesterol»: Art. 7 (63).
SJPI *Madrid* 17-XII-1996 «Asociación Española de Productores de Huevos c. Fuertes, S.A.»: Art. 18 (27).
SJPI *Cádiz* 22-III-1998 «desviación de clientela por socio»: Art. 5 (23).
SJPI *Majadahonda* 7-X-1998 «ADIGRAM c. Bacardí-Martini, S.A.»: Introducción (35); Art. 15 (48).

12. AUTOS DE JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA

AJPI *Madrid* 30-XII-1995 «Coopers & Lybrand c. Ernst & Young»: Art. 22 (6); Art. 25 (23), (24), (34).
API *Madrid* 19-VI-1996 «Cableuropa c. Telefónica de España y Cablevisión»: Art. 25 (34).

13. RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

RTDC 5-I-1981, expediente 163/80 «Cruceros Ría de Vigo, S.L. c. Vapores de Pasajes, S.A.»: Art. 17 (23).
RTDC (Pleno) 9-V-1986, expediente 1/86 «Compañía de Seguros Alborán, S.A.»: Introducción (6).

RTDC (Sección 1.) 15-I-1987, expediente 225/86 «Yusal y Cía, S.A. c. Yusty, S.A.»: Introducción (6).

RTDC 26-X-1987, expediente 229/87 «Unión de Comerciantes de la Comarca el Caudal c. Alcampo, S.A.»: Art. 8 (17).

RTDC 14-VII-1988, expediente 234/87 «First, S.A. c. Feria de Muestras de Barcelona y otros»: Art. 16 (21), (36).

RTDC 24-XI-1988, expediente 240/88 «Schweppes»: Art. 14 (54).

RTDC 30-V-1989, expediente 247/89 «La Rosa, Sociedad Cooperativa»: Introducción (51).

RTDC 17-VII-1989, expediente 245/89 «Asociación Española de Torrefactos de Café c. Nestlé, S.A., Marcilla, S.A. y Saimaza, S.A.»: Art. 17 (23).

RTDC 28-IX-1989, expediente 242/88 «Código de la Asociación Española de Tour Operadores»: Introducción (86).

RTDC 21-XII-1989, expediente 252/89 «Promotores de la Vivienda Ibérica»: Introducción (51).

RTDC 9-II-1990, expediente 249/89 «La Tenienta/Vida Sana»: Art. 16 (21), (36).

RTDC 18-IV-1990, expediente 1/91 «Blitz Candy, S.A.»: Art. 14 (54).

RTDC (Pleno) 28-V-1990, expediente 2/90 «Temmo Corp., Sucursal en España/Francisco Soria Melquizo, S.A.»: Art. 14 (54).

RTDC (Pleno) 28-V-1990, expediente 14/90 «OY Edacom AB/Nokia Data, S.A.»: Art. 14 (54).

RTDC 6-VI-1990, expediente 6/90 «Ibercarretilla, S.A.»: Art. 14 (54).

RTDC 25-VI-1990, expediente 12/90 «Software A.G. España, S.A.»: Art. 14 (54).

RTDC 9-VII-1990, expediente 16/90 «SMH España, S.A.»: Art. 14 (44).

RTDC 17-IX-1990, expediente 275/90 «Asociación Patronal de Detallistas de Leche de Madrid y su Provincia c. Establecimientos Alfaro, S.A.»: Art. 17 (23).

RTDC 16-X-1990, expediente A 4/90 «Colegio Oficial de Médicos de Sevilla»: Art. 3 (6).

RTDC 16-X-1990, expediente 266/90 «Joyería Da Vinci c. SMH España, S.A.» : Art. 14 (42), (44).

RTDC 12-XI-1990, expediente A 7/90 «Colegio Oficial de Médicos de Valencia»: Art. 3 (6).

RTDC 19-XI-1990, expediente 5/90 «Land Rover, S.A.»: Art. 14 (44), (54).

RTDC 31-XII-1990, expediente 274/90 «NUICSA c. Edición Nórdica»: Introducción (6); Art. 8 (12).

RTDC 18-I-1991, expediente 286/90 «Panava, S.L. c. Juguetes Vir, S.A. y otro»: Introducción (44).

RTDC 31-I-1991, expediente 18/90 «Wilkahn»: Art. 14 (54).

RTDC (Pleno) 21-II-1991, expediente 21/91 «Toshiba Information Systems España, S.A.»: Art. 14 (42), (44).

RTDC 27-VI-1991, expediente MC 2/91 «Autoferbar, S.A. c. Mutua Madrileña del Automovilista»: Art. 18 (57).

RTDC 12-VII-1991, expediente 22/91 «Epson Ibérica, S.A.» : Art. 14 (44).

RTDC 18-VII-1991, expediente 299/91 «Sucesa»: Art. 16 (31).

RTDC 2-X-1991, expediente 300/91 «Distribuidora Editorial Costa del Sol»: Art. 16 (28).

RTDC 9-X-1991, expediente A 13/91 «Suministros para Ventilación y Calefacción por Aire, S.A. c. Todo en Aire, S.A.»: Introducción (49).

RTDC 30-XII-1991, expediente 295/91 «N. C.A. Electromedicina c. General Electric CGR España, S.A.»: Introducción (42), (43), (44), (48); Art. 17 (51).

RTDC 7-I-1992, expediente 291/90 «Indas, S.A. c. Arбора Corporación, S.A.»: Art. 8 (21); Art. 17 (23).

RTDC 3-II-1992, expediente A 16/91 «Tecnotrón»: Introducción (47); Art. 16 (15); Art. 17 (51).

RTDC 17-III-1992, expediente 290/1990 «Repsol Butano, S. A.»: Introducción (44), (49).

RTDC 23-II-1992, expediente 307/91 «Unión de Consumidores de Gijón c. Alcampo»: Introducción (46).

RTDC 6-II-1992, expediente 306/92 «Henkel Ibérica, S.A.»: Introducción (51).

RTDC 6-V-1992, expediente 303/91 «Hifervas, S.A. c. Rank Xerox España, S.A.»: Art. 16 (15).

RTDC 8-VII-1992, expediente 294/91 «Asociación Nacional de Industrias Envasadoras y Refinadoras de Aceites Comestibles c. Frint España, S.A. y otros»: Introducción (44), (45), (49).

RTDC 28-VII-1992, expediente 305/91 «Igualatorio Médico Colegial de Pontevedra»: Art. 3 (6); Art. 18 (57).

RTDC 10-IX-1992, expediente A 30/92 «Asociación Profesional de Expertos Inmobiliarios c. Consejo General de los Colegios Oficiales de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de España»: Art. 15 (33).

RTDC 16-XI-1992, expediente A 32/92 «Tabacalera, S.A.»: Art. 16 (30).

RTDC 20-XI-1992, expediente 313/92 «Colegio Oficial de Arquitectos Vasco-Navarros»: Art. 3 (6); Art. 15 (33).

RTDC 18-XII-1992, expediente 314/92 «Repsol Butano»: Introducción (44) (48).

RTDC 8-II-1993, expediente 318/92 «Confederación Española de Asociaciones Pesqueras c. Refinerías españolas y Campsa»: Art. 16 (38).

RTDC 17-II-1993, expediente A 40/92 «Gremio de Libreros de Valencia c. El Corte Inglés»: Introducción (46); Art. 15 (34), (37).

RTDC 24-II-1993, expediente 41/92 «NRG Spain, S.A.»: Art. 14 (44).

RTDC 7-III-1993, expediente A 61/93 «Autoescuela Valenciana c. Autoescuela Jorda»: Introducción (44).

RTDC 10-III-1993, expediente A 44/93 «Paral.leles, SCP c. RASO»: Art. 14 (54).

RTDC 15-IV-1993, expediente A 43/93 «Izbi, S.L.»: Art. 16 (37).

RTDC 16-IV-1993, expediente A 47/93 «Presidente del Gremio de Librerías de la Agrupación Vallisoletana de Comercio c. Centros Comerciales Continente, S.A.»: Art. 15 (37).

RTDC 20-IV-1993, expediente A 45/93 «Acerinox»: Art. 16 (30).

RTDC 10-VI-1993, expediente 50/93, «Gremi de Llibrers de Valencia c. Santillana, S.A. y Grupo Anaya, S.A.»: Introducción (48), (50); Art. 15 (37).

RTDC 2-VII-1993, expediente A 51/95 «Cronomar»: Art. 16 (30).

RTDC 29-VII-1993, expediente 329/93 «Cofradía de Pescadores de Cariño»: Art. 16 (21), (28), (36).

RTDC 1-X-1993, expediente 328/93 «Opciones Compra Equipos Telefónica»: Art. 16 (43).

RTDC 6-X-1993, expediente 332/93 «Pedroni Joyeros, S.L. c. Cronomar, S.A. y Breitling Watches, S.A»: Art. 14 (44).

RTDC 14-X-1993, expediente r 56/93 «Valdebro, S.A.»: Art. 16 (39).

RTDC 18-X-1993, expediente A 58/93 «D. José Tormos Ferrer c. Ayuntamiento de Sabadell»: Art. 15 (28).

RTDC 5-XI-1993, expediente A 57/93 «Distribuciones Muñoz Ciment, S.A.»: Art. 16 (38).

RTDC 23-XI-1993, expediente A 62/93 «Colegio Oficial de Arquitectos de Asturias»: Art. 3 (6); Art. 15 (33).

RTDC 3-III-1994, expediente 340/93 «Mercazaragoza»: Art. 16 (38).

RTDC (Pleno) 11-III-1994, expediente 66/93 «Cámara de Comercio de Villagarcía de Arosa c. Banco Bilbao Vizcaya y otros»: Art. 8 (24).

RTDC 22-III-1994, expediente r 73/94 «Venta de Géneros de Punto»: Art. 16 (16).

RTDC 15-IV-1994, expediente 335/93 «Cepy c. Trip Difusion»: Introducción (49).

RTDC 27-IV-1994, expediente r 75/94 «IBM»: Art. 16 (14), (28).

RTDC 5-VII -1994, expediente r 81/94 «Asociación Provincial de Empresas de Papelería de Ciudad Real c. doce centros escolares de la provincia de Ciudad Real»: Introducción (48), (49); Art. 15 (37).

RTDC I1-VII-1994, expediente r 78/94 «Federación Sindical del Pequeño y Mediano Comercio y del Artesanado c. Grandes Almacenes FNAC España, S.A.»: Introducción (47).

RTDC 11-VII-1994, expediente r 82/94 «Federación Española de Asociaciones de Videoclubs c. Centros Comerciales Pryca, S.A.»: Introducción (49).

RTDC 28-VII-1994, expediente 339/93 «Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid»: Introducción (41); Art. 3 (6); Art. 15 (33).

RTDC 5-X-1994, expediente 87/94 «Lotto Sport»: Art. 16 (30).

RTDC II-X-1994, expediente r 89/94 «S. Orts c. Asociación de Viajes y Aventuras»: Introducción (45).

RTDC 22-X-1994, expediente 85/94 «Gobierno Vasco»: Introducción (49).

RTDC 2-XI-1994, expediente r 83/94 «Publicidad Abogados»: Art. 15 (33).

RTDC 15-XII-1994, expediente 79/94 «Tandem-Ruta SUD»: Introducción (42); Art. 16 (37).

RTDC 17-I-1995, expediente R 99/94 «D. José Tormos Ferrer c. Ayuntamiento de Sabadell»: Art. 15 (28).

RTDC 1-II-1995, expediente 350/94 «Teléfonos en Aeropuertos»: Art. 16 (33).

RTDC 6-II-1995, expediente R 104/94 «Roca Radiadores»: Introducción (43).

RTDC 19-IV-1995, expediente 343/93 «Feria Internacional de Valencia»: Art. 16 (21), (36).

RTDC 7-VII-1995, expediente r 121/95 «Mutua Madrileña Automovilista (IV)»: Art. 16 (22), (39).

RTDC 20-IX-1995, expediente r 129/95 «Iveco-Pegaso»: Art. 16 (30).

RTDC 22-XI-1995, expediente r 118/95 «Repsol/BP Cepsa»: Art. 16 (28), (38).

RTDC 13-XII-1995, expediente r 135/95 «Maquinaria Agrícola»: Art. 16 (30).

RTDC 8-III-1996, expediente A 169/96 «Guía de Contratación de Almacenistas del Hierro»: Introducción (86).

RTDC 20-III-1996, expediente r 139/95 «Shell-Repsol»: Art. 16 (28), (38).

RTDC 15-IV-1996, expediente r 126/95 «Handling Aeropuertos»: Art. 16 (21), (34); Art. 16 (21), (34).

RTDC 7-VI-1996, expediente r 162/96 «Fiat Auto España»: Art. 16 (39).

RTDC 30-VII-1996, expediente r 149/96 «Petrodis»: Art. 16 (12), (28), (38).

RTDC 23-XII-1996, expediente MC 15/96, «Tabacos de Canarias»: Introducción (44); Art. 16 (39).

RTDC 13-I-1997, expediente r 172/96 «BP Oil España»: Art. 16 (38).

RTDC 29-I-1997, expediente MC 17/96 «Ford España»: Art. 16 (14), (28).

RTDC 12-II-1997, expediente 383/96 «Ayuntamiento de Coslada c. Lovable Corsetería Internacional y otros»: Art. 14 (44).

RTDC 3-III-1997, expediente MV 20/97 «Cajas Rurales (11)»: Art. 16 (36).

RTDC I-IV-1997, expediente r 280/97 «Cepsa»: Art. 16 (12).

RTDC 24-IV-1997, expediente 192/96 «Asociación Provincial de Empresas de Ambulancias de Gerona c. Cruz Roja en Gerona»: Art. 15 (27).

RTDC 14-V-1997, expediente r 180/1996 «Hidroeléctrica Ampurdán»: Introducción (44), (49).

RTDC 22-V-1997, expediente r 203/97 «Sepila/Iberia»: Art. 16 (12), (39).

RTDC 26-V-1997, expediente r 193/96 «Hormaiza, S.L. c. Zumaia Lantzem y Ayuntamiento de Zumaia»: Art. 3 (12); Art. 15 (28).

RTDC 5-VI-1997, expediente r 201/97 «Periódico Lanza»: Introducción (42); Art. 3 (12).

RTDC 5-VI-1997, expediente 372/96 «Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid (11)»: Introducción (41).

RTDC II-VI-1997, expediente r 219/97 «Perfumerías Catalanas»: Art. 16 (30).

RTDC 26-VI-1997, expediente 217/97 «Colegio San Alberto Magno»: Introducción (49).

RTDC 14-XI-1997, expediente 380/96 «Albesa, S.A. c. Cosmética Selecta, S.A.»: Art. 14 (42).

RTDC 26-XII-1997, expediente 263/1997 «MOB/Móviles»: Introducción (43).

RTDC 9-II-1998, expediente 368/1995 «Veterinarios a domicilio»: Introducción (44), (49).
RTDC 16-IV-1998, expediente r 288/1998 «Escuelas de Danza de Valencia»; Introducción (50).
RTDC 27-IV-1998, expediente r 259/97 «Canoll»; Art. 16 (12), (14). RTDC 13-V-1998, expediente 379/96 «Relojes Joya»; Art. 16 (33).
RTDC 19-V-1998, expediente r 276/97 «Repsol, BP y Cepsa»; Art. 16 (12).
RTDC 4-VI-1998, expediente r 295/98 «Cetursa»; Art. 16 (36).
RTDC 19-XI-1998, expediente 357/95 «Consejo General de Colegios Oficiales de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de España»; Introducción (44).
RTDC 26-V-1999, expediente 437/98 «Vileda/Tervi»; Introducción (51).

14. AUTOS DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

ATDC 16-XII-1996, expediente MC 14/96 «Airtel c. Telefónica»; Introducción (44).

15. RESOLUCIONES DEL JURADO CENTRAL DE PUBLICIDAD

RJCP 4-X-1968 «Colón/Skip»; Art. 10 (1).
RJCP 24-I-1972 «Philip Morris»; Art. 10 (1).
RJCP 21-V-1973 «Senfer Publicidad»; Art. 10 (1).
RJCP 4-IV-1974 «Talleres Aranda»; Art. 10 (1).
RJCP 12-XI-1974 «Noxon»; Art. 10 (1).
RJCP 20-VI-1975 «Flan Dhul 1»; Introducción (7).
RJCP 19-VIII-1975 «Puleva»; Art. 9 (17).
RJCP 23-X-1975 «Para primavera, Patricia»; Introducción (7).
RJCP 4-XI-1976 «Dash/Arieh: Introducción (7); Art. 10 (1).
RJCP 11-I-1977 «Hoja del Lunes de Madrid»; Introducción (7).
RJCP 12-II-1977 «Anuncios Nieto»; Art. 8 (11); Art. 9 (2).

16. RESOLUCIONES DEL JURADO DE AUTOCONTROL DE LA PUBLICIDAD

RJAAP 26-V-1996 «La Vanguardia (II)»: Art. 7 (20), (47), (64).
RJAAP 23-VII-1996 «Pioneer Electric España, S.A.»; Art. 7 (35), (56).
RJAAP 25-VII-1996 «Leche Pascual. S.A.»; Art. 5 (31); Art. 9 (20).
RJAAP 30-VII-1996 «Henkel Ibérica, S.A.»; Art. 9 (20).
RJAAP 4-X-1996 «Kellogg's España, S.A. (I)»; Art. 7 (20), (41).
RJAAP 14-X-1996 «Capitán Pescanova»; Art. 6 (82).
RJAAP (Pleno) 6-XI-1996 «Kellogg's España, S.A. (I)»; Art. 7 (20), (41).
RJAAP 11-XI-1996 «Virgin Express»; Art. 5 (32).
RJAAP (pleno) 2-XII-1996 «Capitán Pescanova»; Art. 6 (82).
RJAAP 2-XII-1996 «Airtel Móvil, S.A.»; Art. 9 (2).
RJAAP 9-XII-1996 «Airtel Móviles, S.A.»; Art. 7 (45); Art. 9 (20); Art. 10 (17).
RJAAP 17-XII-1996 «Merck Fama y Química, S.A.»; Art. 7 (27).
RJAAP 17-XII-1996 «Osborne y Cía»; Art. 15 (44).
RJAAP 17-I-1997 «G Y J España Ediciones S.A.»; Art. 5 (32).
RJAAP 3-II-1997 «Procter & Gamble España, S.A.»; Art. 7 (20), (41), (64).
RJAAP 5-II-1997 «Martini»; Art. 5 (32).
RJAAP 6-II-1997 «Prenatal. S.A.»; Art. 5 (32).
RJAAP 13-II-1997 «Ariel Fuerza»; Art. 6 (82).
RJAAP 13-II-1997 «Grupo Leche Pascual. S.A.»; Art. 7 (47); Art. 15 (41), (44).
RJAAP 11-III-1997 «Telenovedades 2000»; Art. 15 (41).
RJAAP 19-III-1997 «La Vanguardia (I)»; Art. 7 (20), (64).
RJAAP 19-III-1997 «Agra»; Art. 7 (24).
RJAAP 24-IV-1997 «SmithKline Beechan Consumer Healthcare S.A.»; Art. 5 (31); Art. 7 (63).
RJAAP 20-V-1997 «McDonald's»: Art. 7 (62).
RJAAP 27-V-1997 «Osborne y Cía»; Art. 15 (44).
RJAAP 30-V-1997 «Luis Caballero, S.A.»; Art. 15 (44).

RJAAP 15-VII-1997 «Tabacalera Española, S.A. y Ferdinand Menrad Group»: Art. 15 (48).

RJAAP 23-VII-1997 «Bacardí-Martini España, S.A.»: Art. 15 (44), (46).

RJAAP 26-VII-1997 «Destilerías Viana»: Art. 15 (47).

RJAAP 28-VII-1997 «Larios»: Art. 15 (44), (48).

RJAAP 28-VII-1997 «Udie S.A.»: Art. 15 (47).

RJAAP 11-IX-1997 «Danone, S.A. (I)»: Art. 7 (47); Art. 10 (17).

RJAAP 17-IX-1997 «Dan Up»: Art. 6 (82).

RJAAP 23-IX-1997 «Duca-2 Music» : Art. 15 (42).

RJAAP (Pleno) 23-IX-1997 «Udie, S.A.»: Art. 15 (44), (47).

RJAAP (Pleno) 23-IX-1997 «Bacardí-Martini España, S.A.»: Art. 15 (44), (46).

RJAAP (Pleno) 23-IX-1997 «Larios»: Art. 15 (44), (48).

RJAAP (Pleno) 22-X-1997 «Danone, S.A. (1n)»: Art. 7 (47); Art. 9 (32); Art. 10 (17).

RJAAP 22-X-1997 «Bardinet, S.A.»: Art. 5 (32).

RJAAP 22-X-1997 «Biersdorf»: Art. 15 (41).

RJAAP 22-X-1997 «Anglo Española de Distribución, S.A.»: Art. 15 (47).

RJAAP 30-X-1997 «Ford»: Art. 7 (49), (59).

RJAAP (Pleno) 18-XI-1997 «Duca-2 Music»: Art. 15 (48).

RJAAP 18-XI-1997 «Iberia Líneas Aéreas de España, S.A.»: Art. 7 (47).

RJAAP 19-XI-1997 «Barceló & Co»: Art. 5 (32).

RJAAP 26-XI-1997 «Winston American Campus»: Art. 15 (48).

RJAAP 16-XII-1997 «Banco Bilbao Vizcaya»: Art. 7 (62).

RJAAP 22-XII-1997 «Anglo Española de Distribución»: Art. 5 (32).

RJAAP (Pleno) 22-XII-1997 «Anglo Española de Distribución»: Art. 5 (32).

RJAAP 26-I-1998 «Home English»: Art. 7 (47).

RJAAP 24-II-1998 «Nissan»: Art. 7 (47), (49), (59).

RJAAP 3-III-1998 «Armería Álvarez»: Art. 15 (22), (41).

RJAAP 3-III-1998 «Airteh»: Art. 7 (47), (49), (59), (63).

RJAAP 15-III-1998 «Airtel Móvil, S.A.»: Introducción (91), (92).

RJAAP (Pleno) 4-V-1998 «Armería Álvarez» : Art. 15 (41).

RJAAP 4-V-1998 «Burger King»: Art. 7 (62).

RJAAP 26-V-1998 «Radiophone»: Art. 7 (24), (63).

RJAAP 23-VI-1998 «Sanitas»: Introducción (92).

RJAAP 23-VI-1998 «Opel España, S.A.» : Art. 7 (62).

RJAAP 26-VI-1998 «Fujitsu» : Art. 7 (27).

RJAAP (Pleno) 9-VII-1998 «Sanitas»: Introducción (93).

RJAAP 9-VII-1998 «El Periódico de Cataluña»: Art. 7 (20), (41).

RJAAP 9-VII-1998 «Caja Madrid»: Art. 7 (62).

RJAAP (Pleno) 9-VII-1998 «Kellogg's España, S.A. (11)»: Art. 9 (16).

RJAAP 24-VII-1998 «Danone, S.A. (II)s»: Art. 7 (20).

RJAAP 24-VII-1998 «FEGREPPA»: Art. 5 (31).

RJAAP 24-VII-1998 «Repsol»: Art. 7 (62).

RJAAP 31-VII-1998 «SP Editores, S.A.»: Art. 7 (20), (59).

RJAAP 31-VII-1998 «Henkel Ibérica, S.A.»: Art. 10 (17), (34), (40).

RJAAP (Pleno) 22-IX-1998 «El Periódico de Cataluña y La Vanguardia»: Art. 7 (20), (41).

RJAAP 22-IX-1998 «ASOZUMOS y Danone, S.A.»: Introducción (26); Art. 7 (20), (47).

RJAAP 15-X-1998 «Airtel Móvil, S.A.»: Art. 7 (45); Art. 9 (20), (32).

RJAAP 15-X-1998 «Planeta DeAgostini»: Art. 7 (62).

RJAAP 29-X-1998 «Sodam, S.A.»: Art. 7 (62).

RJAAP 29-X-1998 «Whitehall»: Introducción (92); Art. 7 (14), (41), (47); Art. 18 (20).

RJAAP 13-XI-1998 «Domar, S.A.»: Introducción (91).

RJAAP (Pleno) 13-XI-1998 «Procter & Gamble España, S.A.»: Art. 7 (47), (52), (63), (64); Art. 10 (17).

RJAAP 13-XI-1998 «Petronor»: Art. 7 (49), (62); Art., 8 (39).

RJAAP 13-XI-1998 «Aula Activa, S.A.» : Art. 7 (20).

RJAAP (Pleno)15-XII-1998 «Whitehalh: Introducción (92); Art. 7 (14), (41), (47).

RJAAP 15-II-1999 «Opening English»: Art. 7 (49).