



UNIVERSIDAD DE MURCIA

ESCUELA INTERNACIONAL DE DOCTORADO

**Protección Jurídica contra la Competencia
Desleal en el Marco del Comercio
Internacional. Estudio de Derecho
Internacional Privado Europeo**

D^a Ana María Ruiz Martín

2018

UNIVERSIDAD DE MURCIA
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO FINANCIERO,
INTERNACIONAL Y PROCESAL

Protección jurídica contra la competencia desleal en el marco del
Comercio internacional. Estudio de Derecho internacional privado
europeo

Doctoranda: Dña. Ana María Ruiz Martín

Director y Tutor de la Tesis: Prof. Dr. D. Javier Carrascosa González, catedrático
de Derecho internacional privado

Codirector de la Tesis: Prof. Dr. Fernando de la Vega García,
profesor titular de Derecho mercantil

A mis padres y a mi primo Sergio

“Markets and prices are generated by human behavior. The greatest conceptual danger in modeling human behavior is idolatry, which is a kind of pragmatism, imagining that someone can write down a theory that encapsulates human behavior and relieves you of the difficulty of constant thinking. A model may be entrancing but no matter how hard you try, you will not be able to breathe true life into it. To confuse a limited flawed model with a theory is to embrace a future disaster driven by the belief that humans obey mathematical rules.”

(Emanuel Derman, “The perils of pragmatism”)

SUMARIO

Resumen

Abstract

Índice

Agradecimientos

Índice de abreviaturas

Summary (Anex I.- Introduction)

Parte Introductoria

- I. Objeto de la investigación
- II. Metodología utilizada
- III. Plan de exposición

PRIMERA PARTE.- Derecho de la competencia desleal en el marco del Comercio internacional y en el Mercado interior europeo

Capítulo I.- Competencia desleal e instrumentos supranacionales del Comercio internacional y la autorregulación

Capítulo II.- Lealtad y deslealtad en las transacciones comerciales en el Mercado interior europeo

SEGUNDA PARTE.- Derecho de la competencia desleal en el marco del Derecho internacional privado europeo

Capítulo III.- Derecho internacional privado y competencia desleal

Capítulo IV.- Derecho procesal civil internacional

Capítulo V.- Ley aplicable

Conclusiones

Final Remarks

Bibliografía

Bibliography

Jurisprudencia

ÍNDICE

	Páginas
RESUMEN	21
ABSTRACT	22
AGRADECIMIENTOS	23
INDICE DE ABREVIATURAS	24
SUMMARY	29

PARTE INTRODUCTORIA

I. Exposición del objeto de investigación y su problemática	45
1. Características del Derecho de la competencia desleal como institución “híbrida” del Derecho de mercado	45
A. Consideraciones generales	45
B. Explicación y significado de su estudio como Derecho privado institucional y Derecho privado	48
2. Derecho de la competencia desleal y la Constitución económica de la economía de mercado	50
A. Fenómeno de la deslealtad competitiva en el modelo de “economía de mercado”. Posición actual en actuales Constituciones económicas ...	50
B. Consideración de Derecho económico y valoración de la posición en las actuales Constituciones económicas	52
C. ¿Derecho de lealtad comercial o Derecho de la competencia desleal?	54
3. Valores y contenido del Derecho de la competencia desleal	55
4. La proyección transfronteriza de la competencia desleal: relevancia actual de su estudio en el mercado internacional	58
II. Consideraciones en torno a la metodología empleada	63
1. Metodología de la primera parte de la tesis doctoral: Comercio internacional y Mercado interior europeo	63
2. Metodología de la segunda parte de la tesis doctoral: Derecho internacional privado europeo y relación con la primera parte de la tesis doctoral	66
III. Plan de exposición y fuentes	69
1. Exposición y fuentes de la Parte primera.- Competencia desleal, Comercio internacional y Mercado interior europeo	69
2. Exposición y fuentes de la Parte segunda- Derecho internacional privado de la competencia desleal	71

PRIMERA PARTE

DERECHO DE LA COMPETENCIA DESLEAL EN EL MARCO DEL COMERCIO INTERNACIONAL Y EL DERECHO INSTITUCIONAL

CAPITULO PRIMERO

LA COMPETENCIA DESLEAL Y SU TRATAMIENTO EN EL COMERCIO INTERNACIONAL Y EL DERECHO CONVENCIONAL

SECCIÓN I.- COMPETENCIA DESLEAL EN EL COMERCIO Y EL DERECHO ECONÓMICO INTERNACIONAL 84

I. Actuación contra la competencia desleal en el comercio y el mercado internacional: Aspectos de la aplicación pública 84

1. Conceptualización de las conductas comerciales desleales de tipo público y privado en el mercado internacional 84
 - A. Origen del tratamiento de las conductas desleales en el comercio internacional y causas de su escaso desarrollo 84
 - B. Concepto de comercio y competencia desleal en el mercado internacional 87
 - C. Importancia y problemas derivados de la globalización económica en el control de conductas comerciales desleales 89
2. Tratamiento de la hibridez del Derecho de la competencia desleal en el comercio internacional y su relación con el Derecho *antitrust* 91
 - A. “Unidad funcional” entre el Derecho *antitrust* y el Derecho de la competencia desleal en el comercio internacional: el ejemplo del “Código de Munich” 91
 - B. Dimensión jurídico pública y dimensión jurídico privada : su posible aplicación pública en el Comercio internacional 94

II. Promoción de la “lealtad” competitiva y prohibición de la “deslealtad” en el comercio internacional institucionalizado 96

1. Aportaciones de la OMC contra el comercio desleal y la promoción de la lealtad en el mercado internacional 96
 - A. Sistema OMC-GATT contra el comercio desleal 97
 - B. Principios y técnicas del sistema OMC-GATT contra el comercio desleal y fallos del sistema 99
2. Aportaciones de otros organismos internacionales contra la lucha de comportamientos comerciales desleales 102
 - A. Organizaciones internacionales 102
 - B. Organizaciones de tipo científico y profesional 104

III. Control de las conductas desleales comerciales en el marco OMC /GATT 106

1. Ámbito del GATT-OMC: configuración y aplicación pública..... 106
2. Ámbito ADPIC –OMC: configuración y aplicación privada 108
 - A. Aspectos generales del ADPIC 108
 - a. Origen y relación con el comercio desleal 108
 - b. Críticas sobre su estructura, función y objeto 110
 - B. Cuestiones específicas del ADPIC y el Derecho de la competencia desleal: “el convidado de piedra” (*a bump in the log*) 113
 - a. Falta de desarrollo de la competencia desleal en el ADPIC 113
 - b. El significado del efecto *Paris Plus Effect / Approach* del art. 10 *bis* CUP en el ADPIC y su significado para la represión de la competencia desleal 117

SECCIÓN II.- COMPETENCIA DESLEAL EN EL DERECHO CONVENCIONAL Y EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL 119

I. Delimitación de las conductas comerciales desleales en los instrumentos de Derecho convencional: aspectos de la aplicación privada 119

1. Problemas de delimitación y conexidad con otros sectores del comercio 120
 - A. Derechos de propiedades inmateriales o de exclusiva: teorías relevantes sobre las causas del solapamiento conflictivo 122
 - a. Teoría de los círculos concéntricos (complementariedad relativa) .. 124
 - b. Teoría de los Derechos de propiedad 127
 - c. Teoría del abuso competitivo 128
 - d. Otras consideraciones doctrinales en torno al solapamiento de los derechos de exclusiva, la competencia desleal y el Derecho *antitrust* 130
 - B. Derecho de la publicidad 131
 - C. Otros sectores relacionados con la competencia desleal y la protección del Mercado 136
2. Tratamiento, configuración y tipificación de la deslealtad competitiva en el CUP: el artículo 10 *bis* y su significado actual 136
 - A. Orígenes del artículo 10 *bis* CUP 137
 - B. Particularidades del artículo 10 *bis* CUP 137
 - C. Su controvertido carácter *self executing* y el control de la deslealtad competitiva internacional 140
 - D. Actos tipificados como desleales en la “lista negra” del art. 10 *bis*: compatibilidad con la disciplina como Derecho privado institucional .. 142
3. Posterior desarrollo y aportaciones de la OMPI en torno al artículo 10 *bis* CUP: ¿estancamiento o avance del desarrollo de la disciplina como Derecho privado institucional? 144

II. Medios de tutela para la represión de la competencia desleal 146

1. Medidas específicas de tipo procesal contra la competencia desleal en el comercio internacional 146
 - A. Medidas procesales transfronterizas: falta de especialización 147
 - a. Características en competencia desleal transfronteriza 147

b. Remedios de tipo no compensatorio	148
c. Remedios de tipo compensatorio	150
B. Medidas establecidas en el CUP y el ADPIC	151
a. Medidas en el CUP: artículo 10 <i>ter</i> y relacionados: valoración de su actualidad	151
b. Medidas establecidas en el tratado ADPIC	155
2. Medidas eficaces de derecho sustantivo: las “cláusulas de tipo general” ...	156
A. Heterointegración y autointegración	157
B. Objetivo y eficacia de las cláusulas generales en la lucha contra los comportamientos desleales	158

SECCIÓN III.- MECANISMOS DE LA AUTORREGULACIÓN CONTRA LA COMPETENCIA DESLEAL: *Soft law* y *lex mercatoria* 160

I. Cuestiones preliminares sobre la autorregulación en el Comercio internacional 160

1. Autorregulación como mecanismo de control de conductas en el mercado	160
2. Código de conducta CCI sobre publicidad comercial y mercadotecnia	162

II. Autorregulación, competencia desleal y Derecho de la Unión Europea 163

1. Mecanismos de autorregulación antes del proceso de armonización material del Derecho de lealtad comercial	163
2. Cambio de paradigma tras el proceso de armonización material	164
A. Introducción de la autorregulación en la DPCD: motivos del legislador europeo	164
B. Organismos profesionales para el control de la autorregulación en la UE	165
C. El asunto <i>TESCO</i> como supuesto de los mecanismos de la autorregulación <i>B2B</i>	166
D. Derecho de la competencia desleal español y autorregulación tras la transposición de la DPCD	167

III. Otros mecanismos de la autorregulación: Responsabilidad Social Corporativa (RSC) 169

1. RSC y ética en el ámbito de los negocios internacionales	169
2. RSC y relación con el Comercio internacional institucionalizado	170
A. Artículo XX GATT : relación con la RSC y la competencia desleal	172
B. Artículo 10 <i>bis</i> CUP-Tratado ADPIC	173
3. Análisis de los casos <i>Kasky</i> y <i>Lidl</i> para valorar la eficacia de la RSC como medio disuario contra la competencia desleal	174
A. Caso <i>Kasky</i>	175
B. Caso <i>Lidl</i>	176

CAPITULO SEGUNDO

DERECHO DE LA LEALTAD COMERCIAL EN EL DERECHO INSTITUCIONAL Y
EN EL MERCADO INTERIOR EUROPEOSECCIÓN I.- “LEALTAD EN LAS TRANSACCIONES COMERCIALES” EN EL
DERECHO ORIGINARIO EUROPEO 179

I. Mercado interior, libertades de circulación y competencia desleal	179
1. Configuración <i>sui generis</i> del legislador europeo del Derecho de lealtad comercial	179
A. Control de la lealtad comercial en el mercado interior desde el Derecho originario	180
B. Libertades de circulación como <i>functional rights</i> y la “unidad de mercado”	181
C. Deber de lealtad comercial en el Derecho originario	183
2. Relevancia de la jurisprudencia del TJUE en materia de libertades de circulación como promotora de la lealtad comercial	184
II. La Constitución económica de la UE y el desarrollo de un deber de lealtad contra las discriminaciones comerciales	189
1. El concepto de libre y leal competencia en los Tratados de formación y funcionamiento del mercado interior	189
A. Tratamiento constitucional de la disciplina en los Tratados	189
B. Evolución histórica e interpretación teleológica de su posición en los Tratados	191
a. Tratado CECA	191
b. A partir del Tratado CEE	193
C. Comportamiento económico distorsionado y competencia no distorsionada/no falseada y su relación con la competencia desleal.....	195
a. Escapes del artículo 102 TFUE en relación a comportamientos desleales y su incidencia en el Derecho derivado	198
b. Tipos de distorsiones competitivas y discriminaciones	201
2. Encuentros y desencuentros entre el Derecho <i>antitrust</i> europeo y el objetivo del Derecho de lealtad comercial	202
A. El “principio de unidad funcional” en relación a los objetivos del Derecho de competencia europeo: descoordinación entre el Derecho originario y derivado	202
a. <i>More effects based approach</i> y <i>more economic approach</i> : ¿qué modelo seguir?	205
b. Objetivo del modelo ordo-liberal y la unidad funcional del Derecho de la competencia	208
B. Análisis de la relación del Reglamento 1/2003 en relación a ciertos comportamientos comerciales desleales de tipo <i>B2B</i> y la “unidad funcional”	209
a. Tratamiento del “doble reproche” en el Reglamento 1/2003 y en los EM	210

- b. Germen del problema: el apartado 3º del artículo 3 Reglamento 1/2003 213
- c. Soluciones doctrinales a favor de la “divergencia” y delimitación total de objetivos 216
- d. Soluciones doctrinales a favor de la “convergencia” y otros aspectos relacionados con el control de las conductas de doble reproche 217

SECCIÓN II.- LEALTAD COMERCIAL EN EL DERECHO DERIVADO EUROPEO 220

I. La “fallida” armonización material del Derecho de la competencia desleal en el mercado interior y su importancia actual 220

- 1. Verdadero objetivo del Derecho de lealtad comercial en el mercado interior 220
 - A. “Cláusula de mercado interior” y compatibilidad con el objetivo de la función de la disciplina como Derecho privado 225
 - B. Relación con otros cuerpos jurídicos y problemática 228
- 2. Evolución y estructura del Derecho de la lealtad comercial: falta de coherencia con el objetivo de la disciplina 230
 - A. Causas de la escisión de la trilogía de intereses (*Schuzzwecktrias*) en el proceso de armonización material 230
 - a. Primeros proyectos legislativos en el mercado interior 233
 - b. Explicación de la tendencia “consumerista” para el desarrollo de la disciplina como Derecho privado institucional 234
 - B. Concepto europeo de lealtad comercial (*Lauterkeitsrecht*) vs. Concepto de competencia desleal 236
 - C. Aspectos relevantes de la DPCD en relación a sus cláusulas generales y su Lista Negra 239

II. Estado actual y novedades del proceso de armonización material del Derecho de lealtad comercial 242

- 1. Crítica a la primera revisión de la DPCD y sobre la Directiva de publicidad engañosa y comparativa 242
- 2. En relación a la falta de puentes de conexión debidos entre el Derecho de lealtad comercial y Derecho de contratos 245
 - A. En prácticas comerciales *B2C* 245
 - B. En prácticas comerciales *B2B* 248
 - a. El Libro Verde sobre suministro alimentario y no alimentario y otros proyectos 248
 - b. Relaciones entre el Derecho contractual, Derecho de lealtad comercial y Derecho *antitrust* 249
 - c. La situación de la regulación en el mercado interior europeo contra las prácticas comerciales desleales hacia las PyMES... 251
 - C. Algunas propuestas alternativas a la armonización como solución a la fragmentación normativa 253
- 3. Nuevos modelos de conducta en el mercado: El desafío de la regulación de los movimientos de la economía colaborativa (*sharing economy*) como práctica comercial desleal en el mercado interior europeo 254

SEGUNDA PARTE

DERECHO DE LA COMPETENCIA DESLEAL EN EL ÁMBITO DEL
DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EUROPEO

CAPÍTULO III

PARTICULARIDADES Y CARACTERIZACIÓN DEL ILÍCITO
CONCURRENCIAL DE TIPO DESLEAL EN EL DIPr

I. Configuración del ilícito concurrencial de tipo desleal como ilícito de mercado y como Derecho privado institucional: Particularidades	261
1. Aspectos clave del ilícito concurrencial de tipo desleal en litigación internacional	261
A. Configuración actual en el DIPr	261
B. Ilícito institucional de conductas en el mercado (<i>economic tort</i>)	264
C. Diferenciación entre ilícitos concurrenciales desleales en torno a la trilogía de intereses protegidos (<i>Schuzzwecktrias</i>)	264
a. Intereses <i>B2C</i> (y <i>C2C</i>)- actos hacia la demanda	265
b. Intereses <i>B2B</i> - actos hacia la oferta	265
2. Criterios de conexión propios del ilícito concurrencial de tipo desleal en el marco del DIPr	266
A. “Mercado” como elemento <i>sine qua non</i> para determinar la deslealtad competitiva	266
a. Delimitación normativa y económica del concepto “mercado”	266
b. Delimitación del concepto “mercado” en las normas actuales	269
c. Otros mercados como lugares de manifestación de la práctica comercial desleal transfronteriza	269
i. <i>Mercados conexos/vecinos y mercados con reproducción nacional en el extranjero</i>	269
ii. <i>Mercados de conexión meramente anecdótica (tag jurisdiction)</i>	270
B. El criterio del “mercado afectado” como criterio clave de los litigios transfronterizos de competencia desleal.....	271
a. Acotación territorial del criterio en las normas del DIPr	271
b. Mercado afectado como mercado de ataque (<i>delicti commissi</i>) o como mercado de recepción (<i>loci damni</i>)	273
C. El criterio del “mercado relevante” y “criterio de los efectos” : adecuación y uso en determinados ilícitos concurrenciales de tipo desleal	276
a. Características del “Mercado relevante” y el “Mercado de referencia”	276
b. Criterio de los efectos	278

II. Problemas de calificación del ilícito concurrencial de tipo desleal en el DIPr europeo y en el DIPr en general: Caracterización	279
1. Aspectos relativos a la institución de la calificación en CJI y Ley aplicable	279
A. Problemática actual de la calificación de instituciones.....	279
a. Calificación europea y jurisprudencia relevante del TJUE relacionada con relacionada con aspectos del ilícito concurrencial de tipo desleal	281
b. Teorías y soluciones doctrinales alternativas	283
c. Calificación especial de la obligación de tipo precontractual en el DIPr europeo para los ilícitos concurrenciales de tipo desleal	285
B. El problema de la calificación extrapolada a supuestos de competencia desleal transfronteriza	286
a. Asunto <i>Brogssitter</i>	286
b. Asunto <i>Granarolo</i>	288
c. Asunto <i>Systran</i>	290
i. <i>Hechos litigiosos</i>	290
ii. <i>Su aportación a la cuestión de la calificación en las obligaciones de tipo contractual y extracontractual en el DIPr europeo</i>	291
2. Coherencia entre el <i>fórum ius</i> trasladada a la institución de la competencia desleal a la luz de la calificación del legislador europeo en la materia	292

CAPÍTULO IV

DETERMINACIÓN DE LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN LITIGIOS DE COMPETENCIA DESLEAL TRANSFRONTERIZA

SECCIÓN I-COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN EL ÁMBITO DEL DERECHO CIVIL PROCESAL INTERNACIONAL EUROPEO

I. Aspectos previos a la elección de tribunales competentes	299
1. Ámbito de aplicación material	299
A. Naturaleza civil o mercantil de los litigios de competencia desleal transfronteriza	300
B. Supuestos problemáticos e híbridos : empresas de capital público	301
2. Ámbito de aplicación personal: concepto de empresa, empresario-comerciante y consumidores	302
A. Asunto <i>Hydroterm</i> y el concepto de “empresa” como “unidad económica”	302
B. Asunto <i>BBK Movil</i> y el concepto de “empresario” y “comerciante” en el Derecho de lealtad comercial europeo	303
II. Foros de Competencia judicial internacional régimen RBI bis/CL 2007 para los litigios de competencia desleal transfronteriza	305
1. Autonomía de la voluntad o prórroga de jurisdicción	305
A. Consideraciones sobre la sumisión expresa	305
B. Tipos de contratos habituales en materia de competencia desleal transfronteriza con cláusulas de sumisión expresa	307

a. Contratos <i>B2B</i> con cláusulas de prohibición de competencia / pactos de no competencia: “cláusulas grises”	307
i. Sentido y función del “pacto de no competencia”	309
ii. Contratos de distribución comercial exclusiva	310
b. Sumisión expresa en infracciones contractuales mediante <i>tortious interference</i> o inducción contractual de forma maliciosa	311
C. Alcance y condiciones de las cláusulas de sumisión expresa	313
D. Validez material y formal de las cláusulas de sumisión expresa en el RBI <i>bis</i>	316
E. Sumisión expresa en contratos de consumo-ilícitos concurrenciales desleales de tipo <i>B2C</i>	318
a. Particularidades	318
b. Foro especial de protección del consumidor “pasivo”	320
F. Virtualidad del foro de la sumisión tácita en estos ilícitos	323
2. El foro general del domicilio del demandado y el foro de la sucursal en ilícitos concurrencial de tipo desleal	324
A. Régimen de aplicación general	324
B. Aplicación del foro general del domicilio del demandado en ilícitos concurrenciales desleales de tipo <i>B2B</i>	329
C. El domicilio de las personas jurídicas y su virtualidad en supuestos de competencia desleal transfronteriza	330
D. El foro de la sucursal, filial o establecimiento análogo	331
a. Concepto sucursal, agencia o establecimiento análogo	331
b. Falsas filiales	331
c. Peculiaridades del foro en competencia desleal	332
3. Foros de conexidad procesal y supuestos de competencia desleal transfronteriza	332
A. El foro del litisconsorcio pasivo o pluralidad de demandados	334
a. Virtualidad en ilícitos concurrenciales desleales de tipo <i>B2C</i>	334
b. Virtualidad en ilícitos concurrenciales desleales de tipo <i>B2B</i>	336
c. Requisitos de aplicación: el <i>anchor defendant</i> como responsable de la práctica/acto comercial desleal principal	336
B. Situaciones de litispendencia y conexidad transfronteriza y acciones por competencia desleal <i>ad intra</i> y <i>ad extra</i>	341
a. Aspectos generales	341
b. Litispendencia	342
c. Conexidad de demandas	343
4. Foros especiales por razón de la materia de tipo contractual y supuestos híbridos ...	346
A. El foro alternativo de las obligaciones contractuales y la competencia desleal	346
B. Supuestos “híbridos” entre la responsabilidad contractual y la extracontractual: la figura del <i>contort (contract-tort)</i>	349
C. Tratamiento de la responsabilidad precontractual o <i>culpa in contrahendo</i> en el RBI <i>bis</i>	352
5. Foros especiales por razón de la materia en materia de obligaciones de tipo extracontractual	354
A. Aplicación del foro de la obligación de tipo extracontractual a supuestos de competencia desleal transfronteriza	354
a. Concepto de “daños” y “víctima inmediata” en el RBI <i>bis</i>	356
b. Lugar de los “daños” y el carácter territorial del foro	358

B. Idoneidad de las teorías del TJUE sobre los ilícitos de daños a distancia en los litigios de competencia desleal	359
a. Teoría de la ubicuidad	360
b. Teoría del Mosaico (<i>Mosaikbetrachtung</i>)	362
C. Otros criterios de conexión en ilícitos concurrenciales transfronterizos cometidos por <i>Internet</i>	366
a. Criterio de la “focalización” (<i>stream of commerce</i>)	367
b. Criterio de la accesibilidad de la página <i>web</i> : <i>Zippo test</i>	368
D. Acciones permitidas: particularidades en ilícitos concurrenciales desleales	371
a. La acción de indemnización de daños y perjuicios en la competencia desleal transfronteriza	372
b. La acción de cesación transfronteriza como acción reina en procesos de competencia desleal: tipos	373
i. <i>Elementos</i>	375
ii. <i>Relación con las medidas cautelares y la acción de cesación provisional</i>	376
c. Acción declarativa y la acción declarativa negativa (<i>torpedo actions</i>)	379
i. <i>La acción declarativa y la acción declarativa negativa (torpedo actions) en competencia desleal</i>	379
ii. <i>Solución de los tribunales españoles: asunto SORPRESA</i>	380
III. La tutela cautelar transfronteriza en el ámbito del RBI bis/CL 2007	382
1. Características de la tutela cautelar en materia de competencia desleal	382
A. Importancia de las medidas cautelares para litigios de competencia desleal	382
B. Diferencias con las acciones de cesación de tipo provisional	384
C. Presupuestos para la solicitud de las medidas cautelares y especialidad en litigios de competencia desleal	385
2. Ejemplos de adopción de medidas cautelares en litigios de competencia desleal y nuevos modelos de conducta en el mercado	386
3. La doble opción en el ámbito del RBI bis /CL 2007: foro del fondo/foro de las medidas	388
4. Medidas cautelares <i>inaudita parte contraria</i> : el asunto <i>Iberdrola c. Electricité de France</i> y el caso <i>CODERE Apuestas</i>	391

SECCIÓN II.-COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN EL DERECHO PROCESAL CIVIL INTERNACIONAL ESPAÑOL

394

I. Consideraciones previas	394
II. Foros de CJI en el Derecho procesal civil internacional español para litigios transfronterizos de competencia desleal	395
1. Los foros generales y de la autonomía de la voluntad para los litigios de competencia desleal transfronteriza	395
A. Foros de prórroga de competencia	395
B. Foro general del domicilio del demandado	396
2. Particularidad de los litigios en materia de competencia y publicidad desleal en competencia territorial: el artículo 52. 1. 12ª LEC y su falta de sintonía con el foro de la obligación de tipo extracontractual	398

A. Criterios específicos de competencia territorial	398
B. Teorías sobre la extensión de los criterios de competencia territorial a la CJI	400
3. La aplicación del foro de la obligación extracontractual en supuestos de competencia desleal transfronteriza a la luz del asunto REPSOL c. YPF Argentina	403
A. Problemas de aplicación	405
B. Las cuestiones del fondo del asunto a la luz del Derecho de competencia desleal español atendiendo al “mercado afectado”	414
C. Otros aspectos de interés del supuesto relativos al Derecho internacional público	421
4. Acumulación de acciones civiles y penales en procesos por competencia desleal	423
III. Tratamiento la tutela cautelar transfronteriza en el ámbito de la LOPJ	425

CAPITULO V

DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE EN LITIGIOS DE COMPETENCIA DESLEAL TRANSFRONTERIZA

SECCIÓN I.-ASPECTOS DE POLÍTICA LEGISLATIVA ECONÓMICA EN EL ILÍCITO CONCURRENCIAL DE TIPO DESLEAL COMO DERECHO PRIVADO INSTITUCIONAL

I. Valores materiales y contenido de las Constituciones económicas, Derecho de la competencia en general y ley aplicable

1. Orden público económico de los mercados y el Derecho de la competencia en general como Derecho Privado institucional..... 431
2. Contenido del orden público económico en el mercado interior europeo y objetivos del Derecho de lealtad comercial

II. Reflexiones previas sobre la idoneidad de la norma de conflicto bilateral en ilícitos de competencia desleal transfronteriza como Derecho privado institucional y como Derecho privado

1. Valoración de la norma de conflicto bilateral en litigios de competencia desleal transfronteriza
- A. Necesidad de una norma de conflicto bilateral en el mercado interior y fuentes de inspiración
- B. Comparación con las normas unilaterales en cuestiones de tutela del mercado
- C. Teoría del doble nivel en las normas de conflicto bilateral de competencia desleal transfronteriza
- a. Posible orientación material de la norma de conflicto (*Better Law Approach*) en el Derecho de la lealtad comercial como Derecho Privado institucional.....

b. De la “teoría del doble nivel” y los límites a la norma de conflicto bilateral de competencia desleal y de competencia.....	444
2. Algunos aspectos sobre la aplicación territorialidad y extraterritorialidad del Derecho de la competencia extrapolados al Derecho de competencia desleal	447
A. Motivos de la aplicación extraterritorial de las normas de Derecho de la competencia: criterio de los efectos - <i>test de minimis</i>	447
B. Tipos de aplicación extraterritorial	449
C. Criterio de los efectos y criterio del mercado protegido (<i>mercatus protectionis</i>): diferencias relativas al alcance territorial o extraterritorial de su aplicación	450

SECCIÓN II.- COMPETENCIA DESLEAL EN LAS NORMAS DE CONFLICTO DEL REGLAMENTO ROMA II 452

I. Cuestiones generales del Reglamento Roma II aplicadas al ilícito concurrencial de tipo desleal 453

1. Determinación de la ley del lugar del daño (<i>lex loci damni</i>) como el lugar del mercado recepción y del mercado de ataque	453
2. Falta de concepto europeo de “competencia desleal”: soluciones doctrinales	457
3. Criterios de conexión en la norma de conflicto del artículo 6 RRII	461
A. Caracterización especial del criterio del “mercado afectado” en el art. 6 apartado 1º del RRII	461
a. “Relaciones de competencia” e “intereses colectivos de los consumidores”	461
b. Significado del <i>Einwirkungsprinzip</i> y <i>Auswirkungsprinzip</i>	461
B. Criterio del mercado afectado/principio del país de origen o mutuo reconocimiento	462
a. Función del mutuo reconocimiento y afectación al DIPr de la competencia desleal	462
i. <i>Fragmentación y estado de la armonización material del Derecho de lealtad comercial como problema</i>	465
ii. <i>Principio del país de origen: presunta norma de conflicto implícita o técnica de armonización de la integración negativa</i>	466
b. Principio del mutuo reconocimiento, ubicuidad de los supuestos de competencia desleal y problemas de incompatibilidad en la aplicación del “criterio del mercado afectado”	472
C. Criterio de los efectos / país de destino en litigios de competencia desleal transfronteriza	476

II. Escisión de la trilogía de intereses protegidos de la competencia desleal (*Schuzzwacktrias*) en la norma de conflicto del artículo 6 RR II: coherencia con el Modelo Social de la disciplina como Derecho privado institucional 478

1. Ilícitos concurrenciales desleales de tipo <i>B2C</i> contra la demanda (consumidores y mercado): apartado 1º del art. 6	478
A. Supuestos bilaterales-daños a distancia	478
B. Posible aplicación distributiva de leyes según mercados afectados en ambos tipos de ilícitos <i>B2C</i> y <i>B2B</i> : problemas	479
a. Ilícitos mosaico <i>B2C</i>	479
b. Ilícitos mosaico de publicidad desleal transfronteriza	481

c. Ilícitos mosaico <i>B2B</i>	482
d. Soluciones actuales	482
2. Ilícitos concurrenciales desleales de tipo <i>B2B</i> dirigidos contra la oferta (profesionales): apartado 2º del art. 6º	483
A. Excepciones del artículo 4 y su aplicación a los ilícitos concurrenciales de tipo <i>B2B</i>	486
a. Ley de la residencia habitual de los profesionales	488
b. Criterio de los vínculos más estrechos	491
B. Posibilidad y condiciones para la aplicación de la autonomía conflictual y diferencias con el apartado 1º del artículo 6	494
C. Supuestos de delimitación conflictivos: relaciones con el apartado 3º del art. 6	498
3. Relación del art. 6 apartado 2º con el art. 8 del RRII: infracciones a la propiedad industrial e intelectual, ¿cuál aplicar?	501
A. Intereses tutelados en cada norma de conflicto	501
B. Supuestos de hecho más conflictivos en ley aplicable	503
III. Ley aplicable a supuestos de competencia desleal transfronteriza en supuestos de culpa in contrahendo	505
1. <i>Culpa in contrahendo</i> en el RRII	505
2. <i>Leitmotiv</i> y la necesidad de un tratamiento diferenciado entre los ilícitos concurrenciales desleales de tipo <i>B2C</i> y los ilícitos concurrenciales de tipo <i>B2B</i>	506
IV. Ley aplicable a las acciones de responsabilidad <i>punitive damages</i>, <i>treble damages</i> en supuestos de competencia desleal transfronteriza	508
1. Tratamiento especial de los <i>punitive</i> y <i>treble damages</i> en el RRII en cuestiones de competencia desleal	508
2. Algunas cuestiones relativas al reconocimiento y la ejecución de estas figuras en relación a supuestos posibles de sentencias competencia desleal transfronteriza	511
V. Límites y alcance a la aplicación de las normas materiales de competencia desleal y de la lealtad comercial	513
1. Primer límite: “leyes de policía”. Artículo 16 RRII	513
2. Segundo límite: el “orden público del foro”. Artículo 26 RRII	513
3. Tercer límite: dimensión <i>ad intra</i> (art. 27 RRII) y dimensión <i>ad extra</i> (art. 28 RRII)	514
4. Ámbito y alcance de la ley aplicable; artículo 15 RRII y otras acciones en el RRII	515
CONCLUSIONES	520
FINAL REMARKS	539
BIBLIOGRAFÍA	552
JURISPRUDENCIA CITADA	606

RESUMEN

La presente tesis doctoral se dedica al estudio y análisis del fenómeno, los problemas y la configuración del Derecho de la competencia desleal internacional o transfronteriza desde dos dimensiones jurídicas: la dimensión de la aplicación jurídico pública y la dimensión de la aplicación jurídico privada del Derecho, teniendo en cuenta la disciplina como Derecho privado institucional, atendiendo a sus cambios de paradigma. Uno de los objetivos de este estudio es llegar al núcleo esencial (*hard core*) de estas normas que tutelan la lealtad en los comportamientos comerciales en el mercado, con independencia de su naturaleza jurídica pública o privada.

El análisis se realiza de las fuentes y su interrelación, donde se encuentran normas relativas al control y represión de la competencia desleal en el Comercio internacional, el Derecho mercantil internacional, fuentes de la autorregulación, el Derecho de la Unión Europea, y el DIPr, encontrando un tratamiento diverso de la disciplina desde todas ellas, que oscila entre el Derecho privado y el Derecho privado institucional.

En el ámbito del DIPr (especialmente, el DIPr europeo), sólo se centra en los problemas del Derecho de la competencia desleal en dos de sus tres sectores: el sector de la Competencia judicial internacional y el sector de la Ley aplicable. En ambos sectores, el análisis está focalizado, de forma fundamental, en defender el “criterio del mercado afectado”, como el criterio / punto de conexión más adecuado a los problemas de los litigios internacionales de la competencia desleal transfronteriza. Así, analiza a su vez, aspectos relativos en la norma de conflicto especial de competencia desleal, elaborada por el legislador europeo. Aspectos importantes, como por ejemplo, su coherencia con el objetivo de la institución como disciplina de Derecho privado institucional y el objetivo de la norma de conflicto bilateral europea.

ABSTRACT

This PhD research and dissertation which is entitled as *Cross border Enforcement of the Unfair Competition Law in the International Trade Law. European Private International Law Analysis* is devoted to the treatment of the Unfair competition law from two legal dimensions; from the public law and from the private law enforcement, considering the legislative evolution of this legal discipline as “Institutional Private Law” in its Social Model. Each legal dimension of the Unfair competition law is analysed at the same time in several levels: International Trade Law (including *self regulation* mechanisms), European Union Law and Private International Law and the interplay among these legal bodies in a current basis.

The main goal of the assessment is to provide different approaches of the different kinds of enforcement for the Unfair competition law in the International Marketplace regardless if the unfair competition act was committed by a public or a private operator and analysing its hybrid treatment between Private Law and Institutional Private Law.

At the Private International Law (namely, European PIL), the analysis is focused only on two of its three areas: *i.e.*, Jurisdiction and Applicable Law problems, begging and supporting for the introduction of the specific connecting criterion in Jurisdiction the *Marketplace Rule (le marché affecté-el mercado afectado-Markettortprinzip)* which is not yet established. This criterion is the suitable criterion in cross border Unfair competition matters as Institutional Private Law, inasmuch this criterion is giving solutions to its many problems, leading in fair solutions and legal certainty in cross border litigation. In choice of law matters, the analysis is focused on the bilateral conflict of law rule drafted by the European lawmaker, which contains the *Marketplace Rule* unlike the situation in Jurisdiction rules and its coherence with the current goal of the Unfair competition law as Institutional Private Law.

AGRADECIMIENTOS

“Tal vez la gratitud no sea la virtud más importante de todas, pero sí es la madre de todas las demás”. Marco Tulio Cicerón

Me gustaría poder hacer agradecimientos de forma amplia. En primer lugar, por lo que han hecho para ayudarme, a mis directores de tesis: el profesor Fernando de la Vega y el profesor Javier Carrascosa, dos grandes profesionales y mejores personas. No podré olvidar nunca vuestro acto de generosidad, gran acogida y la confianza depositada en mí, sobre todo por haber hecho un esfuerzo adicional para que pudiera llevar a cabo este proyecto. Vuestro ejemplo, ánimos constantes, valiosa dirección y consideraciones han sido y son de un gran valor inestimable. De nuevo, muchísimas gracias. Sin vuestra ayuda no hubiera podido realizarlo ni terminarlo.

En los inicios de esta tesis, debo agradecer la ayuda financiera de la Universidad Complutense de Madrid y, de forma posterior, de la institución científica, *Max Planck Institute* para la Innovación y la Competencia (Múnich) mediante dos becas pre-doctorales. Así también, agradezco la disponibilidad y recursos científicos del *British Institute for International and Comparative Law* (Londres), de la Academia de Derecho Internacional (La Haya), la Universidad de Murcia, y el Centro de Documentación Europea de Madrid. En estos centros siempre encontré una calurosa bienvenida y respeto donde pude investigar y disponer de fuentes realmente valiosas.

Incluyo en estos agradecimientos a todo el personal docente, investigador y administrativo, que trabaja en las mismas por todo el apoyo recibido. Debo también nombrar a quienes fueron mis tutores en el extranjero, el profesor Hilty y, en especial a la profesora Frauke Henning Bodewig, investigadora sénior del *Max Planck Institute* de Munich para la Innovación y la Competencia, ya que gracias a ellos me dieron la beca pre-doctoral para terminar la tesis porque confiaron en el proyecto. Su énfasis en que aprendiese alemán para mejorar, fueron un esfuerzo adicional que repetiría sin duda por todo lo que me ha podido llegar a aportar. Así como su generosidad en cuanto a compartir sus conocimientos y contactos como profesores de la talla de Stuyck y Glöckner que también tuvieron a bien considerar y discutir mis reflexiones, emanadas precisamente de la lectura de sus contribuciones para el objeto analizado.

También, quiero agradecer a otros profesores de Derecho internacional privado españoles y extranjeros que me han ayudado siempre, por su ejemplo y atenciones, a los que guardo mucho respeto, cariño y admiración en este camino académico, vocacional, intenso y maravilloso a la vez. Y, a los del área de Derecho mercantil, a los que también debo agradecer su siempre disposición, ayuda y confianza eternas.

Last but not least, mi mejor gratitud y amor a toda mi familia, amigos y compañeros de la universidad. En primer lugar, a mis padres, Valentín y Celia. Dos grandes personas con grandes valores. Por ello, la tesis está dedicada a ellos, porque su ejemplo para mí, es el mejor de todos los que he podido recibir siempre. No sólo a nivel personal sino también profesional. A mi hermana Eva, que es parte de mí, por su sensibilidad artística, sus valores y para mí, la mejor hermana del mundo, mi heroína musical. A mis tíos maternos, también con mucho cariño les debo mi profunda gratitud, sobre todo a Lucy, Fernando, Maribel, Antonio y Dorita. A Maribel y Antonio de forma muy especial, por su hijo Sergio, mi primo hermano. Para que esta tesis, también dedicada a él, les sea un grato recuerdo y piensen que él hubiese podido realizar también sus sueños. A todos mis mejores amigos y amigas, aquellos que siempre han estado ahí. En concreto, a Martha, Paloma, y otras personas que han ido acompañándome en mi camino y que he ido conociendo mientras realizaba la tesis doctoral. Finalmente a Eduardo, mi compañero en el camino del Derecho internacional privado y amigo de batallas, por todo tu apoyo y cariño.

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

ABA.....	<i>American Bar Association</i>
ABLJ.....	<i>American Business Law Journal</i>
AAP.....	<i>Auto de la Audiencia Provincial</i>
AAPPI.....	<i>The International Association of Protection of Intellectual Property</i>
ADI.....	<i>Actas de Derecho industrial y Derecho de Autor</i>
ADI.....	<i>Anuario de Derecho internacional</i>
<i>Admin. L. Rev.</i>	<i>Administrative Law Review</i>
ADPIC.....	<i>Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el comercio</i>
AEDIPr.....	<i>Anuario español de Derecho internacional privado</i>
AFDUDC.....	<i>Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña</i>
AG.....	<i>Abogado General del Tribunal de Justicia de la Unión Europea</i>
AJCL.....	<i>American Journal of Comparative Law</i>
AJM.....	<i>Auto del Juzgado de lo Mercantil</i>
AJPI.....	<i>Auto de Juzgado de Primera Instancia</i>
<i>Am.J.Comp.L.</i>	<i>The American Journal of Comparative Law</i>
<i>Am. Soc'y Int'l L.</i>	<i>American Society of International Law</i>
<i>Am.U. Int'l Rev.</i>	<i>American University International Law Review</i>
<i>Antitrust. L. J.</i>	<i>The Antitrust Law Journal</i>
ALI.....	<i>American Law Institute</i>
BMJ.....	<i>Boletín del Ministerio de interiores</i>
BEE.....	<i>Bruges European Economist</i>
BG.....	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i>
B2B.....	<i>Business to Business</i>
B2C.....	<i>Business to Consumer</i>
BIICL.....	<i>British Institute of International and Comparative Law</i>
BOE.....	<i>Boletín Oficial del Estado</i>
<i>Boletín CeDe UsC</i>	<i>Boletín del Centro de Estudios e Documentación Europeos da Universidad da Santiago de Compostela</i>
CB 1968.....	<i>Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Bruselas en 27 de septiembre de 1968</i>
CCAA.....	<i>Comunidades Autónomas</i>
CC.....	<i>Código Civil</i>
<i>C. Co.</i>	<i>Código de Comercio</i>
CCI.....	<i>Cámara de Comercio Internacional</i>
CDC.....	<i>Cuadernos de Derecho y Comercio</i>
CDT.....	<i>Cuadernos de Derecho Transnacional</i>
CEACCU.....	<i>Confederación Española de Organizaciones de Amas de casa, Consumidores y Usuarios</i>
CECA.....	<i>Comunidad Europea del Carbón y el Acero</i>
CEDIP.....	<i>Travaux Committee français Droit International Privé</i>
CEE.....	<i>Comunidad Económica Europea</i>
CEDH.....	<i>Convenio Europeo de Derechos Humanos</i>
CESE.....	<i>Comité Económico Social y Europeo</i>
CJEL.....	<i>Columbia Journal of European Law</i>
CJEU.....	<i>Court of Justice of the European Union</i>
CIADI.....	<i>Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones</i>
CJI.....	<i>Competencia judicial internacional</i>
CNC.....	<i>Comisión Nacional de la Competencia</i>
CL 2007.....	<i>Convenio relativo a la competencia judicial y a la de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Lugano el 30 de octubre de 2007</i>
<i>Clunet JDI</i>	<i>Clunet Journal de Droit Internationale</i>
CMLR.....	<i>Common Market Law Review</i>
CNMC.....	<i>Comisión Nacional de Mercados y de la Competencia</i>
<i>Columbia L. Rev.</i>	<i>Columbia Law Review</i>

CP.....	<i>Código Penal</i>
CUP.....	<i>Convenio de la Unión de París para la Protección de la Propiedad Industrial de 20 de marzo de 1883, texto revisado en Estocolmo, 14 de julio de 1967</i>
<i>Current Int.L.J.</i>	<i>Currents Intenational Trade Law Journal</i>
DeCITA.....	<i>Direito do comercio internacional</i>
Dir.com.int.....	<i>Diritto del comercio internazionale</i>
DIP.....	<i>Derecho internacional público</i>
DO.....	<i>Diario Oficial de la Unión Europea</i>
DOCE.....	<i>Diario Oficial de las Comunidades Europeas</i>
DPCD.....	<i>Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica, la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo el Reglamento n° 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo (“Directiva sobre prácticas comerciales desleales”)</i>
<i>Duke J. Comp. & Int. l.</i>	<i>Duke Journal of Comparative and International</i>
EC Law.....	<i>Estudios de Consumo</i>
EC.....	<i>European Community</i>
ECCHR.....	<i>European Center for Constitutional and Human Rights</i>
ECJ.....	<i>European Competition Journal</i>
ECLR.....	<i>European Competition Law Review</i>
EEC.....	<i>Economic Community</i>
EFTA.....	<i>European Free Trade Association</i>
EIPIN.....	<i>European Intellectual Property Institutes Network</i>
EIPR.....	<i>European Intellectual Property Review</i>
EJLS.....	<i>European Journal of Legal Studies</i>
EJLE.....	<i>European Journal of Law and Economics</i>
EJIL.....	<i>European Journal of International Law</i>
EJL.....	<i>European Law Journal</i>
EM.....	<i>Estado Miembro de la Unión Europea</i>
Ent. L. Rev.....	<i>Entertainment Law Review</i>
ERCL.....	<i>Review of European Comparative Law</i>
ERPL.....	<i>European Review of Private Law</i>
ELR.....	<i>European Law Review</i>
EuLF.....	<i>The European Legal Forum</i>
EUI WP LAW.....	<i>European University Institute Working Papers of Law</i>
Fordham Int. L. R.....	<i>Fordham International Law Review</i>
Fordham Co. L. I.....	<i>Fordham Coorporate Law Institute</i>
FD.....	<i>Fundamento de Derecho</i>
FTC.....	<i>Federal Trade Commission</i>
GATT.....	<i>General Agreement on Tariffs and Trade</i>
Geo. L. J.....	<i>Georgetown Law Journal</i>
GJ.....	<i>Gaceta Jurídica</i>
GJUE y C.....	<i>Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia</i>
GPR.....	<i>Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union</i>
GRUR Int.....	<i>Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, International Teil</i>
FJ.....	<i>Fundamento jurídico</i>
IBA.....	<i>Institute of Business Administration</i>
ICE.....	<i>Información Comercial Española</i>
IDI.....	<i>Institute de Droit International</i>
IDP.....	<i>Revista de Internet Derecho y Política</i>
IIC.....	<i>International Review of Industrial Property and Copyright Law</i>
IHLADI.....	<i>Instituto hispano luso americano de derecho internacional</i>
ICLQ.....	<i>International and Comparative Law Quarterly Ind Int'l & Comp.</i>
L. R.....	<i>Indiana International and Comparative Law Review Journal</i>
InDret.....	<i>Revista para el análisis del Derecho (Revista digital sobre Dret de danys i Dret civil català)</i>
IRLE.....	<i>International Review of Law and Economics</i>
Ioea L. Rev.....	<i>Iowa Law Review</i>
IPrax.....	<i>Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts</i>
IPQ.....	<i>Intellectual Property Quarterly</i>

<i>IViR</i>	<i>Eenvormig en vergelijkend privaatrecht</i>
<i>Harv. L. Review</i>	<i>Harvard Law Review</i>
<i>JDI</i>	<i>Journal du Droit International</i>
<i>J. Consumer P.</i>	<i>Journal of Consumer Policy</i>
<i>JDE</i>	<i>Journal de Droit européen</i>
<i>J. Econ. Persp.</i>	<i>Journal of Economics Perspectives</i>
<i>JEP</i>	<i>Journal of European Policy</i>
<i>J. Econ. Persp.</i>	<i>Journal of Economic Perspective</i>
<i>JIPITEC</i>	<i>Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law</i>
<i>J. L. & Econ</i>	<i>Journal Law and Economics</i>
<i>J.I. Property L.& Prac</i>	<i>Journal of Intellectual Property Law and Practice</i>
<i>Journal of Int. P. L.</i>	<i>Journal of Intellectual Property Law</i>
<i>J. Trade L.</i>	<i>Journal Trade Law</i>
<i>J. Priv. Int. L'</i>	<i>Journal of Private International Law</i>
<i>JWT</i>	<i>Journal of World Trade</i>
<i>JPI</i>	<i>Juzgado de Primera Instancia</i>
<i>KYKLOS</i>	<i>International Review for Social Sciences</i>
<i>LA</i>	<i>Ley aplicable</i>
<i>La ley</i>	<i>Revista Jurídica Española La Ley</i>
<i>LCD</i>	<i>Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios (BOE nº 315, de 31 de diciembre de 2009)</i>
<i>LCM</i>	<i>Libre circulación de mercancías</i>
<i>LCS</i>	<i>Libre circulación de servicios</i>
<i>LDC</i>	<i>15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (BOE nº159, de 4 de julio de 2007)</i>
<i>LEC</i>	<i>Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE nº 7, de 8 de enero de 2000)</i>
<i>LGP</i>	<i>34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad (BOE nº 274, de 15 de noviembre de 1988)</i>
<i>LM</i>	<i>Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas (BOE nº294, de 8 de diciembre de 2001)</i>
<i>LOPJ</i>	<i>Orgánica 6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial (BOE nº 157, de 2 de julio de 1985)</i>
<i>LP</i>	<i>Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes (BOE nº 177, de 25 de julio de 2015)</i>
<i>LIEI</i>	<i>Legal Issues of Economic Integration</i>
<i>LIDC</i>	<i>International League for Competition Law</i>
<i>Loy. L.A.L.Rev</i>	<i>Loyola of Los Angeles Law Review</i>
<i>Loyola L. Rev</i>	<i>Loyola Law Review</i>
<i>MLR</i>	<i>The Modern Law Review</i>
<i>MPI</i>	<i>Max Planck Institute</i>
<i>Mich. L. Rev</i>	<i>Michigan Law Review</i>
<i>Mich. St. L. Rev</i>	<i>Michigan State Law Review</i>
<i>N.Y.U.L. Rev</i>	<i>New York University Law Review</i>
<i>Nw. J. Int. 'I L</i>	<i>New York Journal of International Law</i>
<i>Nw. J. Int. 'I L & Bus</i>	<i>New York Journal of International Law and Business</i>
<i>Northwestern J. Int. 'I L & B</i>	<i>Northwestern Journal of International Law and Business</i>
<i>Noticias CEE</i>	<i>Noticias de la Comunidad Económica Europea</i>
<i>OAMI</i>	<i>Oficina Española de la Propiedad Intelectual</i>
<i>OCDE</i>	<i>Organización para la cooperación y el desarrollo económicos</i>
<i>OFT</i>	<i>Office of Fair Trade</i>
<i>OJ</i>	<i>Oficial Journal of the European Union</i>
<i>OJLS</i>	<i>Oxford Journal of Legal Studies</i>
<i>OMC</i>	<i>Organización Mundial del Comercio</i>
<i>OMPI</i>	<i>Organización Mundial de la Propiedad Intelectual</i>
<i>ONU</i>	<i>Organización de Naciones Unidas</i>
<i>Pac. Rim L & Pol 'y J</i>	<i>Pacific Rim Law and Policy Journal</i>
<i>RabelsZ</i>	<i>Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht</i>
<i>RACI</i>	<i>Revista de Arbitraje comercial e Inversiones</i>
<i>RBI</i>	<i>Reglamento nº 44/2001 del Consejo de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en material civil y mercantil</i>

RBI bis.....	Reglamento (UE) No. 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil
RCyD.....	Revista de la Distribución y la Competencia
RD.....	Revista de Derecho
RDM.....	Revista de Derecho Mercantil
RDMF.....	Revista de Derecho de los mercados financieros
Rec.des C.....	Recueil des Cours de l'Académie de Droit International
ReDCE.....	Revista de Derecho constitucional europeo
Rev. Der. Adm.....	Revista de Derecho Administrativo
Rev.dr.unif.....	Revue de droit uniforme
Rev. Gen. Der. Rom.....	Revista general de Derecho Romano
Reglamento 1/2003.....	Reglamento (CE) No. 1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado
RCyD.....	Revista de la Competencia y la Distribución
RCJB.....	Revue Critique de Jurisprudence Belge
Rev.crit.d.int.pr.....	Revue Critique de Droit International Privé
RDC.....	Revista de Derecho comunitario
RDCE.....	Revista de Derecho comunitario europeo
RGDE.....	Revista General de Derecho Europeo
RDM.....	Revista de Derecho Mercantil
RDUC.....	Revista de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid
REDI.....	Revista española de Derecho internacional
REEI.....	Revista electrónica de estudios internacionales
RGD.....	Revista General de Derecho
RJC.....	Revista jurídica de Catalunya
RJPI.....	Revista jurídica de Primera Instancia
RJUAM.....	Revista jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid
RMUE.....	Revue du Marché Unique Européen
Rev. Int. Dr. C.....	Revue Internationale de Droit Comparé
RIW.....	Recht der Internationalen Wirtschaft
RIDE.....	Revue Internationale de Droit Économique
RIDC.....	Revue Internationale de Droit Comparé
Riv. Dir. Ind.....	Rivista de Diritto Industriale
RMC.....	Reglamento (CE) No. 40/94, de 20 de diciembre, sobre la marca comunitaria
RMUE.....	Revue du Marché Unique Européen
RMV.....	Revista del Mercado de Valores
RR1.....	Reglamento (CE) No. 593/2008, de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales
RR2.....	Reglamento (CE) No. 864/2007 de 11 de julio de 2008, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales
RPI.....	Revista da Propiedade Industrial
RUE.....	Revue de l'Union Européenne
PIL.....	Private International Law
SAN.....	Sentencia de la Audiencia Nacional
SAP.....	Sentencia de la Audiencia Provincial
Stanford L. Rev.....	Stanford Law Review
St. John's L. Rev.....	Saint John's Law Review
STC.....	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS.....	Sentencia del Tribunal Supremo
STJS.....	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
STJUE.....	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STJCE.....	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TCEE.....	Tratado de la Comunidad Económica Europea
TEDH.....	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TJCE.....	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TJUE.....	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TFUE.....	Tratado de funcionamiento de la Unión Europea
TUE.....	Tratado de la Unión Europea
TMR.....	Trade Market Review
Travaux Com. Fr.Dr. int. Pr.....	Travaux du Comité français de droit international privé

<i>Tul. L. Rev.</i>	<i>Tulane Law Review</i>
<i>T'Y'L Journal</i>	<i>Lawyers Division of the American Bar Association</i>
<i>UAIPIT</i>	<i>Portal Jurídico Internacional sobre Propiedad industrial e Intelectual y aspectos jurídicos de la Sociedad de información</i>
<i>UE</i>	<i>Unión Europea</i>
<i>UNIDROIT</i>	<i>International Institute for the Unification of Private Law</i>
<i>UNCTAD</i>	<i>United Nations Conference on Trade and Development</i>
<i>U. Chi. Legal F.</i>	<i>University of Chicago Legal Forum</i>
<i>U.Pa. L. Re.</i>	<i>University of Pennsylvania Law Review</i>
<i>U. Pitt.L.Rev.</i>	<i>University of Pittsburgh Law Review</i>
<i>UWG</i>	<i>Gesetz gegen Unlauteren Wettbewerb</i>
<i>Van.J.Transnat'l L.</i>	<i>Vanderbilt Journal of Transnational Law</i>
<i>Va. J. Int. 'l L.</i>	<i>Virginia Journal of International Law</i>
<i>VVAA</i>	<i>Varios autores</i>
<i>WCR</i>	<i>World Competition Review</i>
<i>WRP</i>	<i>Wettbewerb in Recht und Praxis</i>
<i>WTO</i>	<i>World Trade Organization</i>
<i>WuW</i>	<i>Wirtschaft und Wettbewerb</i>
<i>Yale L. J.</i>	<i>The Yale Law Journal</i>
<i>YEL</i>	<i>Yearbook of European Law</i>
<i>YPIL</i>	<i>Yearbook of Private International Law</i>

SUMMARY

I. Purpose of the research and “State of the Art”

1. The present PhD research examines the cross-border enforcement and implementation of the law of Un-fair competition from two legal dimensions aimed at the idea of a closed/complete configuration; being one of the main outcomes whether we are witnessing the emergence of deep changes and new trends in the treatment of the law of Unfair competition as Private Institutional Law (setting aside its treatment as Private Law).

Both legal dimensions in the PhD research are divided as the Continental law tends to divided the disciplines into public and private law: the public legal enforcement and the private legal enforcement.

The idea of this comprehensive analysis which takes into account of all these aspects from the public and private enforcement and implementation as well as all the interfaces of the law of Un-fair competition at the international arena, understood as Institutional Private Law, departs from the current and ever increasing tendency of “*the dissolution between the line and public and private law*”, that it loosing sense nowadays.

Main questions of the analysis: What is the main goal of this legal discipline that protects the *fairness* in the Market? Which must be the proper enforcement in the international arena? Do we need a reformulation of the current rules of International Unfair Competition? To what extent do we need an autonomous concept in the International context of unfair competition? How should fairness be defined in the Global Market? Bearing in mind that economic globalization introduces the hypothesis of a plural law (legal globalization) taking into account the plurality of actors (regionalism vs. pluralism) processes which also complicate the differences between public and private law.

2. Since its inception, Unfair competition law has been a quite complicated legal discipline. Nowadays, it is even more complicated due to many factors, basically, if one considers its *hybrid* legal nature that fluctuates among the public and private legal treatment around the legal systems hitherto, and due to the wide dispersion of legal sources which contain rules of unfair trade and unfair competition.

The old axiom, “where is competition, it can be unfair competition”¹, is still very representative of what represents unfair competition for the Competition law in general, and it is not old fashioned at all. Competition is an old phenomenon such as the evolution of the man is, insofar competition is inherent to mankind². The same word “competition” suggests “struggle” or “fight” between two or more people.

The concept of *unfair competition*, *competencia desleal*, *unlauterer Wettbewerb*, *unfair trade practices*, *unfair commercial practices*, *honest practices*, *illegal obstacles to trade*, *unfair methods*, *deceptive commercial practices*, *passing off*, *concorrenza sleale*, *concurrance déloyale or illecite*, is one of the most difficult concepts to demarcate in a legal basis as its legislative evolution and comparative law has shown us³. Unfair competition is far from being a simple legal discipline. On the contrary, is a very complex discipline which usually, takes the brunt of the lack of common Standards in Competition Law. As a matter of fact, Scholars such as HENNING BODEWIG, has considered the discipline as if were a *patchwork*⁴.

¹ See, M. GARCIA PÉREZ, *Libre circulación de mercancías y competencia desleal*, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 2005; F. HENNING-BODEWIG, “Nationale Eigenständigkeit und europäische Vorgaben im Lauterkeitsrecht”, *GRUR Int*, 2010, pp. 549-563, p. 549; *id.* *Internacional Handbook on Unfair Competition*, Munich, Beck/Nomos/Hart Publishing, 2013, p. 1; R. CALLMANN, “Unfair Competition without competition: the Importance of the Property Concept in the Law of Trade Marks”, *U. Pa. L. Rev.*, vol. 95, pp. 443-467; WIPO Report on Ecommerce and IP, 2000, p. 176

² A. DE ELZABURU, “Unfair Competition as Regards the Commercialization of Goods and Services with particular Reference to Spain”, *Asian Regional Symposium on Protection against Unfair Competition*, WIPO/UNDP, n°679 (EC), Pekin/Geneve, 1990, pp. 29-39.

³ C. GROOVE HAINES, “Efforts to define Unfair competition”, *T' Y' L' Journal*, vol. 29, n°1, 1919, pp. 1-28; R. Franceschelli, “Studi sulla concorrenza sleale”, *Riv. Dir. Ind.*, vol. 1, 1962, pp. 11-32; J. GLÖCKNER, “The Scope of Application of the UCP Directive- “I know What You Did Last Summer”, *IIC*, vol. 41, n°5, 2010, pp. 570-592, pp. 570-571 UNIDROIT, “Observations préliminaires pour une étude comparative en matière de concurrence déloyale”, *Unidroit*, U.D.P., 1950; Études: XLI- “Concurrence Déloyale”, Doc. I, Roma, Marzo 1957; IDI, “The conflicts-of-laws- Rules on Unfair competition”, *IDI*, 1983; A. DYER, “Unfair Competition in Private International...”, *loc.cit.*, p. 388 y pp. 390-391; M. HANDLER, “Unfair competition”, *Iowa L. Review*, vol. XXI, vol. 2, 1936, pp. 175-262, pp. 176-177; *id.* “Sharing in Product Goodwill: A Tort or a Constitutional Privilege?”, *Colum., L., Review*, vol. 64, 1964, pp. 1183-1186; L. ZEVOUNOU, *Le concept de concurrence en droit*, Paris, Université Paris Ouest Nanterre La Defense, 2011, p. 11: “En droit de la concurrence, le concept de concurrence relève généralement, pour ne pas dire systématiquement, de l'implicite. Les textes de loi ou la Jurisprudence, qui constituent les principaux matériaux de réflexion du juriste, ne mentionnent aucune définition explicite du terme concurrence”; M. DIEZ VELASCO, “Notas para el estudio de la competencia ilícita”, *RDM*, 1946, pp. 453-480; R. FRANCESCHELLI, “Studi sulla concorrenza sleale”, *Riv. Dir. Ind.*, vol. 1, 1962, pp. 11-32.

⁴ See, F. HENNING BODEWIG, *International Handbook on Unfair...., op.cit.*, p. 4.

One only has to take a glance at the wide array of concepts which try to demarcate it and its scattered treatment to observe this complexity⁵.

3. In the vein of the above, as a consequence of these factors there is no common definition at the International stage. What is fair or unfair, changes and has changed very fast from every historical moment, even within the same society and not only from society to society. Let alone, at the International Marketplace and at the International Trade Law according to the current treatment and regulation hitherto. The consideration of what must be considered as fairness and unfairness without moral or ethical sense, will play an important role for international and interregional legislators, due to the strong connection of this legal discipline with the ethical values and social aspects of each society⁶.

Demarcation of fair and unfair. Thus, demarcation of what is fair or unfair in Competition as, an economic and legal concept, is still being one of the most debated aspects of the law of unfair competition⁷. In addition to that, the debate turns around if the unfair competition is Private law or is Institutional Private law and must be considered as such, always.

4. In any event, common Standards of fairness are required to solve the disorder among the wide variety of trade policies and competition policies at the International Marketplace to repress unfair trade and unfair competition. Furthermore, for avoiding that the International Marketplace becomes a battleground against the free trade. Whether the unfair trade is committed by the States in its commercial relationships or whether is committed by the private operators is always considered not good for the free trade, competition and the markets and its good functioning. The establishment of these common Standars could be one of the outcomes to ensure the protection of the good functioning of the Marketplace,

⁵ See, R. HILTY, “The Law against Unfair Competition and Its Interfaces” in R. HILTY/F. HENNING BODEWIG, *Law Against Unfair Competition: Towards an European Unfair Competition Law*, MPI Studies in Intellectual Property Law, vol. 1, Munich, Springer, 2006, pp. 1-50, at. pp. 8-9; H. ULLRICH, “Anti-unfair Competition Law and Anti-Trust Law: A Continental Conundrum?”, *EUI WP LAW*, 2005/01, pp. 1-48

⁶ It is noteworthy that in unfair competition matters, this concept has a different dimension than in Antitrust matters. Unfair competition is connected with the problems of fairness in the market and the content that legislators must be given to these rules to prevent use the unfair competition law as a tool of revenge and not as a tool to current the failures of the market (from an economic point of view); therefore, the point of departure is tracing a philosophical concept of the discipline as a *sollen sein* and not only as a *sein*; H. ULLRICH, “Anti-Unfair Competition Law and Anti-Trust Law: A Continental...”, at. 38 and 40; OEDC, “What is competition on merits?”, *Policy Brief*, june 2006.

⁷ F. HENNING BODEWIG & A. SPENGLER, “Conference Report: “Framing- The “Hard Core” of Unfair Competition Law”, Workshop of the Max Planck Institute for Innovation and Competition (Munich), *GRUR Int.*, vol. 9, n°11, 2016, pp. 911-914.

namely in cross-border commercial transaction, and to enhance the real function of this body of law.

Hence, a network of legal Standards with no hierarchy but with common grounds can be a source of improvement. And, for the sake of the cross border litigation values, trying to avoid the regulatory competence that leads in lack of legal certainty as a consequence of the wide variety of laws in competition around the International Community.

5. Majority of the problems of enforcement of the Unfair competition law would be solved heeding the attention, -in order to rearrange its position and dispersion-, in the treatment and position of the discipline as Institutional Private Law, in the different legal instruments such as the TRIPS and other *soft law* Standards (*e.g.*: WIPO Model Provisions on Protection against Unfair competition); Likewise, recognising the proper autonomy of the Unfair competition law from the rest of subjects which is related. Nonetheless, it also needed the safeguarding and proper delimitation between IP right as a trade value and Unfair competition law to protect them as trade values and the competition on the merits.

As a result, one could reach a better and more comprehensive understanding of the functioning of Un-fair competition law in the global scenario (as Institutional private law and not only as Private law), so as to give a better protection of the “fairness” in the markets. On the contrary side, to penalise effectively the “unfairness”.

General consensus in common and continental law concerning what is unfair competition: All in all, there is a kind of general consensus in the International stage considering what is unfair competition but solely as Private Law. Despite of being enacted two centuries ago, the Article 10 *bis* of the Paris Convention (PC), is still being the only and most important benchmark to analyse the common features between common and continental law systems. By far, Article 10 *bis* PC is, actually, relevant, and deserves attention, namely its position in the TRIPS Agreement.

6. **Social Model of the discipline: Institutional Private Law/Hybrid legal nature. *Unfair competition law as part of the Constitutions with Economy market models:*** In the majority of the legal systems, it can be understood as the *law of fairness in the Market*, or the *law of the Market behaviours*. This statement of how the unfair competition must be considered in the so-called “Social Model”. Such Model of regulation considers that Unfair competition law is not private law

but Institutional Private Law because it is part of the Economic Constitutions (portrayed as a constitutional right; the *right of conduct a business*⁸).

This “Social Model” of Unfair competition law encompasses as part of the protection of the economy market, a trilogy of interests protected (*aka* by the German Academia: *Schuzzwecktrias*⁹). The trilogy of protected interests are the competitors, consumers and the good functioning of the Market – of the economy market model (including in this protection: the general public interests). As a result, one is able to find this categorization as Institutional Private Law, according to its *hybrid* legal nature¹⁰, *i.e.*: rules which protect the *level playing field* in the process of competition (competition on the merits) and private interests as well¹¹. Consequently, unfair competition law is not only Private Law.

In addition to that, the interplay between the public aspects: state interventionism to protect the Market and its participants; and the regulation of private aspects such as the balance in the control of private autonomy, to exercise the fair and free competition for the private operators is a catch twenty two situation.

7. Problems arise out for maintaining *commercial fairness* in the International Trade Law¹². Competition policies which encompass the promotion of fair and free competition rules in economy markets models, whereby protections against unfair competition is enshrined, are still domestic, unlike the tendency of the Markets to be global; this is one of the most relevant “moot points” of the

⁸ T.W.DORNIS, *Trademark and Unfair Competition Conflicts...*, *op.cit.*, pp. 275-278.

⁹ See, B. KEIRSBILCK, *The New European Law of Unfair Commercial Practices and Competition Law*, Oxford, Hart Publishing, 2011, at p. 7 and 18; F. HENNING BODEWIG, “Der Schutzzwecktrias des UWG und die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken”, *GRUR Int.*, vol. 115, n°3, 2013, pp. 238-244.

¹⁰ F. HENNING BODEWIG, *International Handbook of Unfair Competition...*, *op.cit.*, p. 3: “Unfair competition law, no matter in what form it presents itself, belongs to the field economic law”; R. Hilty, “The Law Against the Unfair Competition...”, *loc.cit.*, R. HILTY & F. HENNING-BODEWIG (eds.), *Law Against Unfair Competition: Towards an European...*, *op.cit.*, p. 4: “the law of the Market behaviour”; J. DREXL, *Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1998.

¹¹ See, R. CALLMANN, *The law of unfair competition and Monopolies*, vol. 1, Illinois, Callaghan & Co., 1990, at. 33; *id.*, “Unfair competition, Trademarks, and Monopolies”, *The Antitrust Bulletin*, 1970, vol. 15, n°4, pp. 859-ss: “Unfair competition law seeks to regulate the contest by formulating “rules of the game” for fair rivalry”.

¹² P. GEILLE, *Vers une notion internationale de la Concurrence déloyale?*, Bibliothèque nationale du Canada, 1995, pp. 7-9; P. NICOLAIDES, “How Fair is Fair Trade?”, *JWT*, vol. 21, 1987, pp. 147-162; J. BHAGWATI, “Threats to the world trading regime; protectionism, unfair trade, *et al*”, en A. KOEKKOEK (ed.), *International trade and global development: Essays in honour of Jaddish Bhagwati*, London, 1991; A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, 16^{ed.}, vol. 2, Granada, Comares, 2016, p. 1353: “El Mercado mundial (compuesto por la suma de todos los mercados nacionales del mundo) presenta una regulación uniforme muy escasa, fragmentaria y de difícil implementación”.

unfair competition law in International Trade. International lawmarkers have to face a big deal in order to rearrange and enhance the position of the discipline having respect of both interests.

8. State of the Art of the subject topic of the PhD research. Features and hurdles above mentioned, among others, that it will be explained in more detail in the next sections, make the unfair competition law always a contemporary subject, dynamic and always in need of renewal¹³. At the other end of the spectrum, Unfair competition has become increasingly complicated, due to factors such as the Internet, the new trends of *e-commerce* and other ways of doing business in the International arena, for instance: new movements such as *sharing economy* encouraged for Economic Globalization.

Globalization of the economy as an aftermath: internationalisation of the markets vs. trade and competition policies as national policies are impairing the control of the Free Movement of Goods and Services at a global scale; there are still many trade barriers which hinder the goals of the WTO and encourage unfair trade; for instance, the fast-moving development of the technology in the market economies are increasing many commercial behaviours, which it is also related to the concession of IP rights as an economic and *competitive* value, is one of the most important challenges for the legislators, when unfair competition is committed in a Global Scale.

Equally, one should takes into account, the influence and impact of the global financial crisis and how and whether this circumstance is affecting the tendency towards protectionism¹⁴, as an act of unfair competition and other

¹³ A good example of this “state of the art”, it can be found in the latest news concerning what has been so called, *disruptive business*, business like *Uber* and *Airbnb* such as the more representative, and totally related to new problems for the unfair competition law; S. WALLSTEN, “The Competitive Effects of the Sharing Economy. How is Uber Changing Taxis?”, *Technology Policy Institute* (Studying the Global Information Economy), 2015, pp. 1-22; Communication of the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: An European Agenda for the collaborative economy”, Brussels, 2/06/2016 (COM) 2016, 356 final, at. 9-11, available at: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2001_es.htm; at the International Trade Law, the “state of the art”, it has been lately portrayed by the rise and re-emergence of new protectionism rules (considered such as unfair trade between the States), “Protectionisms and trade disputes threaten world growth, says OECD”, Section Economy 28/10/2016, available at: <https://www.theguardian.com/business/2016/nov/28/protectionism-trade-wars-world-growth-oecd-donald-trump>; K. WATTSON & S. JAMES, “Protectionism: a Threat for Free Trade”, Policy Analysis, n°723, 2103, pp. 1-27.

¹⁴ See, W. PAPE, “Socio-Cultural Differences and International Competition Law”, *European L. J.*, vol. 5, n°4, 1999, pp. 438-460.

commercial conducts (trade barriers), on the part of the States as market participants¹⁵.

Overlappings with many bodies of law in the everlasting sight notch. The overlappings with many areas of the law when the overlapping becomes tricky is also a problem to treat the discipline as Institutional Private law. However, considering the relationship with the Antitrust Law from the approach of the “unity principle” (“principio de la unidad funcional” as the Spanish Academia used to call it) the legal nature of the Unfair Competition is more related to the public enforcement and its treatment of Institutional Private law, than its relationship with the protection of IP rights¹⁶.

9. Market law as a complete body of law and the artificial division of the *Schuzzwecktrias*. The relationship with Antitrust law which is also linked to Contract and Consumer law as it will be highlighted in the research, at least in the European Union Secondary law and even in the Primary law. Once again, is another evidence that the discipline is not only Private law and deserves a special attention so as to upgrade its position from both Primary and Secondary law giving a better and closer approach between these bodies of law which are essentially united as Market law.

As a matter of fact, there is no European law of Unfair competition, if one takes a look at the process of harmonization. For this reason, the notion of “fairness in commercial transactions” (*Lauterkeitsrecht*¹⁷), offers a better explanation than the notion of Unfair competition (*Unlauterer Wettbewerb*)¹⁸, insofar the above-

¹⁵ See *v.gr.*, M. TREBILCOCK/ R. HOWSE & A. ELIASON, *The regulation of International Trade*, 4th ed., New York, Routledge, 2013. There are two main kinds of unfairness in the International Trade that could hamper the International commercial transactions between the States and their domestic operators: *offensive* unfairness and *defensive* unfairness as examples of unfair trade.

¹⁶ See, J. STUYCK, “Briefing paper on addressing unfair practices in business to business relations in the internal market”, IP/A/IMCO/NT/2010-18, *European Parliament*, 2011, pp. 1-30; F. J. SÄCKER, “The Relationship between Competition Law and Unfair Competition Law”, in F.J. SÄCKER/G. HIRSCH, & F. MONTAG (eds.), *Competition Law: European Community Practice and Procedure*, London, Sweet &Maxwell, 2008, pp. 15-20; J. GLÖCKNER, “The Law against Unfair Competition and the EC Treaty” in R. HILTY & F. HENNING BODEWIG, *Law Against Unfair Competition...*, *ob.cit.*, pp. 77-99, *inter alia*.

¹⁷ See, R. GARCÍA PÉREZ, “La reforma del Derecho contra la competencia desleal: ¿hacia un derecho de la lealtad?”, en J. A. GÓMEZ SEGADÉ & A. GARCÍA VIDAL, *El derecho mercantil en el umbral del s. XXI: libro homenaje al prof. Dr. Carlos Fernández Novoa con motivo de su octogésimo cumpleaños*, Madrid, Marcial Pons, 2010, pp. 323-329, p. 328.

¹⁸ See, W. FIKENTSCHER *et al.*, *FairEconomy: Crises, Culture, Competition and the Role of Law*, MPI Studies on Intellectual Property and Competition Law, Munich, Springer, 2013, at. 75-76.

mentioned aspects. Considering the artificial division of the *Schuzzwecktrias* in the European Secondary law created a split body of laws and gave to the discipline an uncertain *status quo* in both, Primary and Secondary Law. This situation differs widely from the *status quo* in the domestic legislations of the MS, which unfair competition is actually recognised in the majority of the legal systems as Institutional Private Law¹⁹.

10. Nevertheless, there is an implicit recognition of the Institutional Private law nature of the Unfair competition in the internal market, it is not being enough to reach legal certainty. This implicit recognition is a real source of problems in European substantive law and, the lack of coherence with its current Model of regulation. Thus, this aspect can be extended in European Private intertional law (hereinafter, PIL) of Unfair competition, as it will be explained in the research.

II. Methodology

11. As every subject, legal disciplines according to their object or topic have its own methodology of analysis²⁰. Every legal dimension that was analysed need a different approach depending on the legal source, in order to understand the interplay of all these legal sources and its incidence in the regulation of the PIL of unfair competition.

The PhD research is focused on differentes approaches and kind of analysis. On the one hand, the “normative” approach of the economic analysis of law rather than the pure economic analysis²¹. On the other hand, in PIL aspects is focused on how the holistic and purposive analysis give us answers to the many problems of this *hybrid* legal discipline and its relationship with the treatment given in substantive law.

¹⁹ See, N. PIRES DE CARVALHO, “Current Trends in the Multilateral Evolution of Unfair Competition Law”, in J. DE WERRA *et al*, *Défis du droit de la concurrence. Challenges of Unfair Competition Law*, Geneve/Zurich, Schulthess, 2014, pp. 1-31, at 23.

²⁰ See, K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1960; among others.

²¹ In this sense, G. DOMÉNECH PASCUAL, “Por qué y como hace análisis económico del Derecho”, *Revista de Administración Pública*, nº 195, Madrid, Septiembre-diciembre, 2014, pp. 99-133. The author understand the economic analysis of the law from two perspectives: **Normative** approach based on “value judgment” to the analysis carried out for lawyers and Scholars. Values that depart from a “*sollen sein*”, or “*to be due to be or to do*”; and the **positive** approach is based on the behaviors of societies in the markets; E. BALATE, “Les marches du droit: pourquoi en parler et pourquoi en débattre”, *RIDE*, vol. XXXI, nº4, 2017, pp. 5-7.

12. In the first part of the PhD: the “normative” approach of the economic analysis of these rules is present because in this part of the PhD there is an analysis of the unfair competition as a legal discipline *per se*, *i.e.*: this kind of approach is based on the *sollen sein* opinions rather than an empirical analysis of the economic/commercial behaviours or the *sein*. Traditionally, from the economic legal analysis, the act of unfair competition is not only considered as asymmetric information in the market but also as a wrong commercial behaviour (universally recognized as an economic tort in the International Community which contains social and constitutional values). There are many concepts in Competition law that need this kind of analysis due to their economic nature.

The normative analysis does not disregard the economic nature of the laws of Unfair competition as part of the Economic Law and Market law, rather is the opposite. This analysis is quite useful to go further in the assessment of the content and nature of these laws, because it takes into account the social aspects whereby legislators regulate and control the economic movements in the Markets, and how these rules give efficiency and maintain the economy markets while at the same time, it is being controlled the level playing field for the participants of the Market.

13. In the second part of the PhD: The second part is devoted to the analysis of the private legal dimension and enforcement mechanisms from an holistic and interdisciplinary approach (following the theories of some PIL scholars²²) of the tort of unfair competition in PIL, specifically in European PIL. This kind of approach and analysis takes into account the historical, political and purposive meaning of the legal content and nature of the unfair competition in PIL²³ such as Private Law or such as Institutional Private Law.

Moreover, the holistic approach has a range of techniques, which get better results in the remarks so as to provide a comprehensive insight of the enforcement and implementation of the Unfair Competition Law at the International level.

III. Outline and scope

²² C. P. PAMBOUKIS, “Droit international privé holistique: Droit uniforme et droit international privé”, *Rec. Des C.*, t.326, 2007, pp. 9-474; A. BUCHER, “La dimension sociale du droit international privé”, *R. des C.*, vol. 341, 2010, pp. 27-544; economic analysis of the Law, see, J. BASEDOW, « The Law of Open Societies –Private Ordering and Public Regulation of International Relations », *Rec. Des C.*, t. 360, 2013, pp. 13-516; *id.* « Souveraineté territoriale et globalisation des marchés : le domaine d’applications des lois contre les restrictions de la concurrence », *Rec. Des C.*, t. 264, 1997, pp. 9-178.

²³ As it is well known and recognized, these “Social Standards” vary along the different legal systems and in some legal orders, imply moral and ethical Standards given by the Society, not only in objective Standards given by lawmakers such as good faith and due diligence.

14. The first part of the PhD research organizes an analysis of the enforcement and implementation of the Unfair competition law in International Trade Law, International Business law and European Union Law. It is divided into Chapter I and II. In these Chapters, there is an examination of the Unfair competition law from a public enforcement and not only from a private enforcement point of view. Albeit, the discipline is still considered, in International Trade Law, as Private Law, at least in the instruments in this level, it will appear sometimes an *hybrid* treatment.

Chapter I. As every Chapter of the PhD research is divided in Sections. In the First Section, the analysis departs from the International Trade Law taking into account the public legal nature in this level of the discipline and that the discipline is totally related to the Principle of Non Discrimination as a political principle of Free Trade.

Market behaviours are not only carried out by traditional participants, consumers and competitors, but also, are carried out by the States as market participants and in the promotion of Free Trade²⁴.

Furthermore, the differences between remedies, fines, consequences of the unfair conduct, characterization, private / public enforcement of the discipline, and so on, are a source of conflicts among States as Market participants as well as for the private operators, and it stems in legal uncertainty and regulatory competence. The lack of International Trade Standards of *unfairness* and, as a consequence, the lack of delimitation of the *fairness* encourages aggressive unilateralism and other commercial strategies by the States as market participants favouring its private operators²⁵.

²⁴ M. RAINELLI, “Réflexions sur la loyauté dans le commerce international”, in J. LAROCHE (ed.), *La loyauté dans les relations internationales (nouvelle édition)*, Paris, Laroche, 2011, pp. 177-197.

²⁵ *Inter alia*, W. FIKENSTCHER *et al.*, *FairEconomy: Crises, Culture, Competition and the Role of Law*, Springer, 2013; E.M. FOX, “Trade, Competition, and Intellectual Property-TRIPS and its Antitrust Counterparts”, *Vanderbilt J. of Trans. L.*, vol. 29, 1996, pp. 481-505; a comparative study over the different goals between the US Competition System and the European Competition System can be found it at, D.J. GERBER, “Fairness in Competition Law: European and U.S. Experience”, 2004, available at: http://archive.kyotogakuen.ac.jp/oied/information/fairness_in_competition_law.pdf ; For instance, the aim of the US Antitrust law is economic efficiency while the aim of the EU Antitrust law is consumer protection and the protection of the economy market as well as the economic freedom. This aspect has always been a real source of problems in the legislative process on an International level (serves as example: the process of drafting of the TRIPS Agreement).

15. The concept of unfair trade, in the same vein that the concept of unfair competition has no demarcation and the treatment of the unfair competition in this legal dimension is very closer to the area and goals of the Antitrust Law (following majority of Academia views specialized in Competition law and as well, because of its function in the International Trade Law from the WTO-GATT system)²⁶.

Second and Third Section analyse the Legal Sources in International Business Law, self regulation and remedies from these Sources against international unfair competition. Article 10 *bis* PC is the point of departure as the main outcome in the fight against unfair competition. In the First Section, Article 10 *bis* PC is studied from its uncertain position in the TRIPS and how this uncertain position is an important loophole for the protection of the Free Trade. In the Second Section, the Article is studied from its position in the PC and as a whole; the incidence of the Article 10 *bis* PC for the fight against unfair competition and its relationship with the protection of the infringements of IP Rights. In the Third Section, it is analysed the relevance and position of this Article in self regulation mechanisms. It will be also debated the efficacy of these mechanisms as deterrence tools to prevent unfair commercial practices, in detail in Corporate Social Responsibility.

16. **Chapter II.** In this Chapter, one can find the analysis of the position of the discipline in the European Union Law. It is divided in two Sections.

First Section departs from the meaning of *fairness in commercial transactions* and the “position” of the discipline in the Economic part of the Treaties considering the loopholes in Primary Law. It starts with the examination of the fairness in commercial transactions as a *sui generis* concept of the European lawmaker and its special position as part of the Economic fundamental Right in the Treaties of the European Union. Its relevance for the internal market as economy market and the good functioning of it.

It goes in depth in the case law of the European Court of Justice (hereinafter, ECJ) of Free Movements of Goods and Services as *functional rights*, and the relationship with the process of harmonization, as well as, the analysis of the

²⁶ For instance, R. CALLMANN, “Unfair competition and antitrust: coexistence within complementary goals”, *The Antitrust Bull.*, vol. 13, 1968, pp. 1135-1345, p.1135: “In this sense, we can classify unfair competition and antitrust as blood brothers or, at least, as brothers-in-law”. In such a context, it still distinguish between the goals of Antitrust law and the goals of Unfair competition law. However, there is a certain proximity among them. For instance, at the Public enforcement level in the International Trade Law, p. 1338: “Together, they are intended to prevent conflicts so that competitors are assured of freedom to compete under rules which posit that such freedom must not be abused by unfair tactics”.

principle of Mutual Recognition at the Primary law level as a solution given by the ECJ developed in its case law, in order to prevent the problems of the lack of harmonization of the Unfair competition law.

In this first Section, the analysis is basically focused on the normative approach of the Economy analysis insofar there are many concepts such as distortion in the competition process and efficiency that need this kind of approach. Concepts that shows the relationship between European Antitrust law, the law of *fairness in commercial transactions* and Consumer law as a whole in the Internal Market.

17. At the private configuration and enforcement (Second Section), the process of harmonization of the unfair competition by means of Directives and its pros and cons, it was needed, inasmuch its also related to the problems at the PIL level. The analysis of the harmonization is focused on the Directive on Unfair Commercial Practices (hereinafter, UCPD) and the Directive on Misleading and Comparative advertising as the main Directives of this very *sui generis* harmonization process, which has provoked an artificial division of the trilogy of interest protected (*Schuzzwecktrias*).

18. Notwithstanding, these Directives are not the only instruments analysed, due to the wide fragmentation and close relationship with other subjects connected to the regulation of the Market such as cosmetics, tobacco, advertising, marketing, groceries, and so on so forth. Hence, the analysis of other legal instruments, such as the Directive of Services or the Directive on *E-commerce* is also required, inasmuch, these Directives are also linked to the discipline and have to be applied in many claims of unfair competition. At the other side of the spectrum, it is also required the analysis of these rules regarding the wording of the mutual recognition principle, and its coherence with the consumer protection in unfair competition matters in cross border litigation.

In the Second Section there is a deep insight of the process of harmonization of fairness in commercial transactions.

Despite the certain progress in the harmonization of the discipline in the EU, the provisions and remedies against unfair competition are still persistent being much dispersed throughout different bodies of law. Insofar to this facet, it deserves a deep insight in order to analyse if the status and enforcement of the unfair competition law in the European Union could be improved from the Primary Law of the EU, whether we can give room to the unfair competition according the

concept of non-distorted competition established at the Treaty of the European Union (hereinafter, TEU).

On the other hand, there is also an examination in how the European legislator is coping with the current changes in the field of harmonization of the B2B relationship. For the time being, regulation of the B2B is the most scattered area of the harmonization as many Scholars, such as HENNING BODEWIG, GLÖCKNER and HILTY always have pointed out.

19. The second part devoted to Private configuration and enforcement of the PIL of Unfair competition is divided in three chapters: Chapter III, IV and V: It will be analysed the tort of Unfair competition when the act of unfair competition and the parties involved in the claim are from different States, *i.e.*: when it is required to apply rules beyond the national borders.

As it was afore mentioned, the PhD research only considers the treatment of the classical problems and hurdles of two of the areas of PIL: Jurisdiction-International Civil Litigation and Applicable Law (Conflict of laws) but not problems of recognition and enforcement. As it is well known, the tort of unfair competition is not only a tort related to the protection of subjective rights (focus on individual compensation as in damages remedy). The main function is also protecting the whole market, the public interests of the Market (as an *economic and business tort* which implies economic and policy values of the legal orders). Due to that, the act of unfair competition from a non-contractual characterization (such as a *tort*) is quite different from the other kinds of torts²⁷.

Caveat. The PIL of Unfair Competition is still adapted in a Private law configuration of the discipline²⁸. This configuration is in contrast to the configuration carried out by the European lawmaker in the special conflict of law rule for the unfair competition in cross border litigation. This aspect must be stressed out bearing in mind its relevance for a real change of paradigm in Unfair competition law in Jurisdiction and other bodies of law related to the subject topic.

²⁷ *Inter alia*, P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “Capítulo II. Bienes inmateriales, Derecho de la competencia y responsabilidad extracontractual”, in P. A. DE MIGUEL ASENSIO/J. C. FERNÁNDEZ ROZAS & R. ARENAS GARCÍA, *Derecho de los negocios internacionales*, 4ª ed., Madrid, Iustel, 2013, pp. 145-157; further details, *id.* “The Private International Law of Intellectual Property and Unfair Commercial Practices: Coherence or Divergence?”, S. LEIBLE & A. OHLY (eds.), *Intellectual Property and Private International Law*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009, pp. 137-190.

²⁸ T.W.DORNIS, *Trademarks and Unfair Competition Conflicts...*, *op.cit.*, p. 295-299: “As we have seen, legal doctrine has never managed to liberate unfair competition law from its tort heritage (....)”

Hence, the European legislator recognised the Institutional nature of the Unfair competition matters, and as a result, set up this specific rule on the Rome II Regulation. In addition to this aspect, it was also adapted to the *Schuzzwecktrias* in the same Article 6 into two paragraphs, taking into account the trilogy of protected interests.

21. However, at the International litigation (procedural aspects) there is no recognition of the specific nature of this economic tort and one of the problems is related to the issue about the qualification/characterization (legal nature) of the discipline as contractual and non-contractual liability²⁹, or even when the act of unfair competition arises out from *culpa in contrahendo* or pre-contractual liability.

Once again, these problems arise out from the *status quo* of the discipline in the European Secondary law. These aspects are jeopardizing the legal certainty and are encouraging the procedural strategies (as a consequence of the regulatory competition). The lack of confidence of the private operators regarding the inefficacy of legal mechanisms to protect them against unfair competition in this sense should be improved in cross border litigation, namely when the unfair commercial practices are committed on the Internet.

Jurisdiction. In Jurisdiction matters, this research takes into account the opportunity of including in the extra contractual liability forum (Special Jurisdiction) in the same vein that the European conflict of law rule, the *Marketplace Rule criterion (Marktortprinzip-marché affecté-mercado afectado)*, but adapted to Jurisdiction principles. One of the reasons is given by MANKOWSKI. This criterion is entirely adapted to the features of this legal discipline at the cross border litigation and reduced in Jurisdiction, phenomena such as the *forum shopping* and the *forum actoris (favor laesi)*. Likewise, this territorial criterion is a limit for the ubiquity principle and also for the *Mosaikberung* (Mosaic theory- according to the analysis of the CJEU case law)³⁰.

22. Apart from that, the concept of unfair competition cannot be defined in an accurate way and so far its characterization in Jurisdiction and Applicable law is remaining confused. Solutions to solve this aspect pointed out, not only by Scholars, but also with the deep scrutiny by the judges (keeping in mind all the aforementioned, namely due to all the differences between remedies, public/private

²⁹ For instance: ECJ Case *Brogstetter* (C-548/12); ECJ *Systran* (C-103/11)

³⁰ C. BRÖMMELMEYER, *Internetwettbewerbtsrecht: das recht der Ubiquität, das Recht der Domain, Geistiges Eigentum und Wettbewerbsrecht*, vol. 8, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007, pp.108-116.

enforcement, different legal traditions, fines, characterization, etc., aspects that depend on the *lex fori* and sometimes on the *lex causae*.³¹

In this context, special attention to the CJEU case-law such as to the other case-law of national courts of the Member States and third countries is required. In regard to this problem of the overlaps at the PIL level, at the very least, one is able to note that the relation with IP Right and unfair competition is really important and virtually, sometimes very difficult to demarcate as two separate disciplines³².

In addition to these aspects, it is also an examination of the application of other fora such as the choice of court agreements and submission by appearance and preliminary injunctions, taking into account the possibility of being applied and be available, in unfair competition cross border litigation as well (as a consequence of its evolution as more than Private Law).

23. Moreover, according with BASEDOW, the analysis of the bilateral conflict of law rules (*double side rule*) set up by the European lawmakers deserves a special attention. For certain disciplines, which imply legislative policies, -such as Unfair competition law and European fairness commercial law are-, the territorial and material limits to the implementation of any single unfair competition law of the world by means of the *Marked affected rule* criterion (and other mechanisms such as the public policy³³).

Basically, material and territorial limits are coming because of this “double level of implementation”, that is not always suitable with the goals of a real European bilateral conflict of law rule, and with other related aspects, such as the vacuum concerning the implementation of the rule in multistate torts in the lack of *de minimis* connecting factor, unlike the Article 6.3 RR II. In the PhD research will be discussed the shortcomings of these structure in the European double side rule of

³¹ See, A. DYER, “Unfair Competition in Private International Law”, vol. 211, *Rec. des C.*, 1988, pp. 381-406.

³² For instance, A. KUR, “What to Protect, and How? Unfair Competition, Intellectual Property, or Protection *Sui Generis*?”, *Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law Research Paper*, No. 13-12; T.W.DORNIS, *Trademarks and Unfair Competition Conflicts-Historical-Comparative-Doctrinal, and Economic Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, p. 64: “(...) it comes as no surprise that the shift toward territoriality occurred later and more doubtly for international unfair competition doctrine. Unfair competition choice of law has a troubled history of meandering and upon a closer look, stands in stark contrast to trademarks conflicts of law”; C. JOERGES, “Die klassische Konzeption des internationalen Privatrechts und das Recht des unlauteren Wettbewerbs”, *RabelsZ*, n° 421, 1972 pp. 421- 491

³³ C. BRÖMMELMEYER, *Internetwettbewerbsrecht: das recht der Ubiquität, das Recht der Domain, Geistiges Eigentum und, op.cit.*

the Unfair competition in legal practice, among many other aspects and perhaps deficiencies of this conflict of law rule.

PARTE INTRODUCTORIA

I. Exposición del objeto de la investigación y su problemática

1. Características del Derecho de la competencia desleal como institución “híbrida” del Derecho de mercado

A. Consideraciones generales

1. Se comienza el estudio del objeto de análisis reproduciendo una máxima que siempre reproducen los tratadistas: “Donde hay competencia, existe competencia desleal”³⁴.

Este viejo axioma es uno de aquellos que consigue resumir de forma directa, de donde emana el fenómeno de la deslealtad en la competencia económica. El fenómeno de la competencia es tan antiguo como lo es el hombre, puesto que competir le es inherente en todos los ámbitos de su existencia³⁵. La misma palabra “competencia” (a diferencia del término “concurrencia”-*cum currere*) implica o sugiere “lucha entre los empresarios”³⁶.

2. La competencia que se analiza en estas líneas, es un fenómeno que se produce en los mercados donde lidera la libre competencia, aquella que se manifiesta en comportamientos de mercado “prohibidos, desleales o ilícitos” que

³⁴ Vid. OMPI, “Estudio sobre el comercio electrónico y la propiedad intelectual”, OMPI/OLOA/EC/PRIMER, mayo 2000, pto. 176 del informe: “Comercio significa competencia y donde hay competencia se pueden producir actos de competencia desleal”; F HENNING-BODEWIG, “Nationale Eigenständigkeit und europäische Vorgaben im Lauterkeitsrecht”, *GRUR Int*, 2010, pp. 549-563, p. 549; *id.*, *International Handbook on Unfair Competition*, Múnich, Beck/Nomos/Hart Publishing, 2013, p.1: « *This insight dates back to the end of the 19th Century, when the introduction of the principle of free Trade in Europe met growing, industrialisation. New techniques of market behavior emerged: “competition” became the leading star. (...) If there is no competition, there can be no unfair competition*”; R. CALLMANN, “Unfair Competition without competition: The importance of the Property Concept in the Law of Trade-Marks”, *U. Pa. L. Rev.*, vol. 95, nº4, 1947, pp. 443-467; R. GARCÍA PÉREZ, *Libre circulación de mercancías y competencia desleal*, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 2005; E. COUREAULT, *La concurrence déloyale en droit international privé communautaire*, Paris, Publicaciones de la “Université Nancy-2”, tesis doctoral, 2009; A. GIULIA CHIARUGI, *Illecito concorrenziale: Profili comparatici tra disciplina italiana e tedesca*, tesis doctoral, Pisa, Università diPisa, 2013, p. 7.

³⁵ A. MÉNENDEZ MENÉNDEZ, *La competencia desleal*, Madrid, Civitas, 1988; A. DE ELZABURU, “Unfair Competition as Regards the Commercialization of Goods and Services with particular Reference to Spain”, *Asian Regional Symposium on Protection against Unfair Competition*, OMPI / UNDP, nº 679 (EC), Pekín/Génova, 1990, pp. 29-39.

³⁶ F. SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho mercantil*, vol. I, Madrid, McGraw-Hill, 2001-2002, p. 116.

atentan contra el derecho a competir de forma leal y libre de otros profesionales. Su desarrollo es rápido y cambiante como lo es mismo espacio donde se producen: el mercado. Este aspecto se relaciona porque presentan formas de manifestarse que, a veces, van más rápido que las normas que los tutelan. Por ello, es un fenómeno “vivo” que requiere de una vigilancia que sepa adaptarse en cuanto a la rapidez con la que se manifiestan en un medio tan flexible como lo es el Mercado.

3. La *vexata quaestio* de casi todos los estudios que analizan esta disciplina giran en torno normalmente a estas preguntas: ¿qué es la competencia desleal?; atendiendo a sus cambios de paradigma y tratamiento jurídico ¿cómo hay que considerarla como, Derecho privado institucional o como Derecho privado?; con ello, ¿qué forma debe adoptar en el ámbito transfronterizo si es que adopta una forma en particular?; ¿cuál es el objetivo principal de las normas que tutelan la lealtad competitiva de forma actual?

4. Autores como HENNING BODEWIG han llegado a denominarla como una “colcha de retales” (*patchwork*)³⁷. No sin razón, si se atiende a todas las características que se ponen de relieve, como la gran dispersión de sus normas, conceptos que intentan definirla³⁸, su consideración como Derecho privado y como Derecho privado institucional, las bases oscuras de su sentido como disciplina³⁹, los

³⁷ F. HENNING-BODEWIG, *International Handbook on Unfair...*, op.cit., p. 4.

³⁸ Conceptos que varían de un Estado a otro e incluso en el mismo Estado, de un momento histórico a otro; así lo manifestaban los estudios de Derecho comparado del UNIDROIT, “Observations préliminaires pour une étude comparative en matière de concurrence déloyale”, Unidroit, U.D.P., 1950; Études: XLI- “Concurrence Déloyale”, Doc. I, Roma, Marzo 1957; y el estudio realizado por el IDI, “The conflicts-of-laws- Rules on Unfair competition”, IDI, 1983; C. GROOVE HAINES, “Efforts to define Unfair competition”, *T' Y' L' Journal*, vol. 29, n°1, 1919, pp. 1-28; R. FRANCESCHELLI, “Studi sulla concorrenza sleale”, *Riv. Dir. Ind.*, vol. 1, 1962, pp. 11-32; en el ámbito de la UE a la hora de realizar la DPCD, J. GLÖCKNER, “The Scope of Application of the UCP Directive- “I know What You Did Last Summer”, *IIC*, vol. 41, n°5, 2010, pp. 570-592, pp. 570-571; J. OTAMENDI, “La competencia desleal”, *RJUP*, vol.32, 1988, pp.1-44; H. BAYLÓS CORROZA, *Tratado de Derecho industrial (propiedad industrial, propiedad intelectual, derecho de la competencia económica y disciplina de la competencia desleal)*, Madrid, Aranzadi, 2009, p. 408; M. DIEZ VELASCO, “Notas para el estudio de la competencia ilícita”, *RDM*, 1946, pp. 453-480; L. ZEVOUNOU, *Le concept de concurrence en droit*, Paris, Université Paris Ouest Nanterre La Défense, tesis doctoral, 2011, p. 11; F. HENNING BODEWIG/A. SPENGLER, “Conference Report: “Framing- The “Hard Core” of Unfair Competition Law”, Workshop of the Max Planck Institute for Innovation and Competition (Munich), *GRUR Int.*, vol. 9, n°11, 2016, pp. 911-914.

³⁹ T. McCARTHY, *Unfair competition and Trade Marks*, vol. 1, Rochester/San Francisco, *Lawyers Co-operative Pub.co, Branroft-Whitney Co.*, p. 21; asunto *Christian Dior, Societe a Responsabilite Limited, et al., Plaintiffs, v. Frederick L. Milton et al., Defendants*. 9 Misc., 2d 425 (1956) *Supreme Court, Special Term*, New York County, July 27, 1956: “*The theoretic basis (of the law of unfair competition) is obscure, but the birth and growth of this branch of the law is clear. It is a persuasive example of the law’s capacity for growth in response to the ethical, as well as the economics needs of society*” (...). En su última conclusión: “*The conclusion here reached is not an onslaught on the currents of competition; it does not impose shackles on the arteries of enterprise. It*

esfuerzos por determinar qué es desleal de lo que es leal (sobre todo, en su tratamiento entre los países del *common law* donde el concepto lealtad es bastante discutido y ha llegado a ser hasta “perturbador”⁴⁰), los numerosos solapamientos que conlleva su aplicación con otros conjuntos normativos y la gran variedad de modelos de regulación que varían de un Estado a otro⁴¹.

No existe un consenso generalizado. Las opiniones tanto doctrinales como jurisprudenciales difieren de forma amplia, sobre todo en el plano internacional acerca de cómo debe entenderse y tratarse la disciplina.

5. Derecho comparado: modelos de competencia desleal. Por un lado, países dualistas en los existen leyes especiales de competencia desleal (Alemania, España, Austria y Suiza) diferenciadas de las normas *antitrust* a su vez; por otro lado, países que protegen y tutelan los diversos intereses de los participantes del mercado en normas diferentes (Francia, Italia y Estados Unidos)

6. Modelos de países que todavía vinculan las normas contra la competencia desleal sino de forma total, de una forma parcial con los derechos de propiedad intelectual e industrial (en lo sucesivo, DPI) y desarrollan su función mediante jurisprudencia pero no en normas especiales (Reino Unido, Malta, Irlanda y Chipre) donde además no existe la concepción de “competencia desleal” *per se*; en Estados Unidos, a caballo entre lo que se considera el Derecho angloamericano y el Derecho continental, el modelo se sitúa entre Derecho privado y Derecho privado institucional y sí tienen un concepto de *unfair competition* y *unfair trade practices* claro.

simply quarantines business conduct which is abhorrent to good conscience and the most elementary principles of law and equity”

⁴⁰ En el ámbito de los países del *common law*, como *benchmark* o caso clave de la jurisprudencia inglesa que empieza a mostrar las diferencias de tratamiento y función de la disciplina, con los países del *continental law*, el asunto *Mogul Steamship Co., vs. McGregor Gow & Co.*, 23 QBD, 598, 1889; “*to draw a line between fair and unfair competition, between what is reasonable and unreasonabe, passes the power of the Courts*”; A. KAMPERMAN SANDERS, *Unfair Competition Law: The Protection of Intellectual...*, *op.cit.*, p. 99: “*Advocates of a concept of unfair competition in the common law world have however faced a hostile environment*”; otro asunto relevante, Asunto *Reed Solutions Ltd., c. Reed Elsevier*, nº A 3/2003/0141, *Royal Court of Justice of London*, párrafos 80, 119, 129 y 131; P. TORREMANS/J. FAWCETT, *Intellectual Property in Private international law...*, *op.cit.*, p. 449; S. BALGANESH/ G. PARCHONOTOVSKY, “The Role of Unfair Competition in the Common law”, en S. BALGANESH *et al.*, *Intellectual Property and the Common Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, pp. 484-503; T. MCCARTHY, *Trademarks and Unfair...* *op.cit.*, vol. I, pp. 12-20, p. 12; D. CORGILL, “Chapter 26.- United States of America”, en F. HENNING BODEWIG, *International Handbook on Unfair...*, *op.cit.*, pp. 621-652, p. 622.

⁴¹ R. HILTY, “The Law against Unfair Competition and Its Interfaces”, en R. HILTY/F. HENNING-BODEWIG (eds.), *Law Against Unfair Competition: Towards an European Unfair Competition Law*, MPI Studies in Intellectual Property Law, vol. I, Munich, Springer, 2007, pp. 1-50, esp. pp. 8-9; sobre la dificultad del consenso en cuanto al concepto de “competencia”; K. PAAS-MOHANDO, “Fairness principle in the competition laws of some Asian countries”, *ECLR*, nº11, 2010, pp. 466-469.

Por último, existen los modelos “monistas”, que reconocen la “unidad funcional” de forma explícita, puesto que no existe separación estricta, entre las normas de libre competencia o Derecho *antitrust* (China y Tailandia, entre otros) y las normas de competencia desleal⁴².

7. El único consenso legislativo que hasta ahora se ha logrado para aunar esfuerzos en el plano internacional fue logrado gracias al artículo 10 *bis* del Convenio de la Unión de París (en lo sucesivo, CUP)⁴³. Siendo el referente de todos los estudios que se precien de analizar su tratamiento en el marco del Derecho internacional. Aunque, de forma actual, no es suficiente para satisfacer las necesidades del tráfico jurídico actual en el comercio internacional dado su limitado desarrollado desde que se consolida en este instrumento internacional precitado, el CUP⁴⁴.

B. Explicación y significado de su estudio como Derecho privado institucional y como Derecho privado

8. En la presente tesis se analizará el fenómeno de la competencia desleal en el ámbito internacional o transfronterizo desde dos dimensiones jurídicas: la dimensión de la aplicación pública y la dimensión de la aplicación privada del Derecho. Entendiendo que en algunos momentos, la disciplina se considera sólo parte del Derecho privado y en otros parte del Derecho privado institucional, en el que se encontrarán los intereses públicos que también tutela. De momento, gran

⁴² L. S. LIU, “In Fairness We Trust? Why Fostering Competition Law and Policy Ain’t Easy in Asia”, 2004, disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=610822; y también, K. PAAS-MOHANDO, “Fairness principle in the competition laws of some Asian Countries”, *ECLR*, n°11, 2010, pp. 456-469; T. YU, “An Anti-Unfair Competition Law without a Core: An Introductory Comparison between U.S. Antitrust Law and the New Law of People’s Republic of China”, *Ind. Int’l & Comp. L. R.*, n° 4, 1993-1994, pp. 315-338; G. (eds.), “International aspects of the Law of Unfair Competition”, en C. J. CHEN/L.S.LIU/C.K.WANG, *International Harmonization of Competition Laws*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, pp. 129-139; J.M. FINGER, “Antidumping is Where the Action Is”, en J.M. FINGER (ed.), *Antidumping: How it Works and Who Gets Hurt (Studies in International Trade Policy)*, Michigan, 1993, pp. 3-13, *id.* “The origins and Evolution of Antidumping Regulation”, pp. 13-14. FINGER destaca que el origen de las políticas *antidumping* está relacionado con los problemas de aplicar políticas antimonopolio en el Comercio internacional por lo que su simetría conceptual es algo que las une en el ámbito del comercio internacional más que separarlas.

⁴³ “Convenio de la Unión de París para la protección de la Propiedad industrial” del 20 de marzo de 1883; y el “Instrumento de Ratificación del Convenio que establece la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual”, hecho en Estocolmo el día 14 de julio, *BOE* n° 26, de 30 de enero de 1974, pp. 1719-1723.

⁴⁴ Por ejemplo, en el as. *MARRIAGES FRÈRES*, dilucidado ante la *Cour de Cassation* de Francia, establece que este artículo, invocado por el demandante para tutelar su derecho de exclusiva, no ofrece una protección uniforme contra la competencia desleal (Sent. *Cour de Cassation français*, n°16-10850, de 8 de noviembre de 2017), FJ 4º: “ (...) mais attendu que l’Article 10 bis de la Convention d’Union de Paris de 20 de mars 1883 n’instituant pas une règle uniforme exigeant une protection inconditionnée contre la concurrence déloyale”.

parte de las obras que la analizan, la reconocen solo como una disciplina de Derecho privado.

9. En el ámbito del Comercio internacional y los movimientos transfronterizos que suceden en los mercados, este análisis conjunto considera que, - en cada vez mayor medida-, la distinción entre lo público y lo privado, está perdiendo sentido, especialmente por el uso masivo del comercio electrónico y las nuevas tecnologías que cada vez en mayor medida, hacen de los mercados espacios “sin fronteras”, que también tienen una regulación híbrida.

10. En este espacio del Comercio internacional, es donde se encuentra la aplicación pública del Derecho de la competencia desleal, aunque no está bien diferenciada de la aplicación privada. Su consideración es todavía escasa⁴⁵, aunque como tal existe.

11. No obstante, aunque en estas líneas no se hace un examen prolijo de los comportamientos desleales que tienen reproche desde la aplicación pública del Derecho de la competencia desleal en el Comercio internacional y el Derecho de la UE, sí se tienen en cuenta a la hora de valorar los problemas que se han podido causar por el escaso tratamiento desde esta aplicación, para esta institución “híbrida” que la hace ser, de forma actual, una institución que se puede considerar más que Derecho privado únicamente.

12. Esta consideración se desprende cuando se atiende al objetivo de estas normas en el último modelo conocido que tiene: el “Modelo Social”⁴⁶. Así como también a la evolución legislativa que con el mismo ha padecido desde que se la considera como una disciplina independiente del resto del ordenamiento jurídico. No obstante, se la debe poner en relación con el Derecho de la libre competencia

⁴⁵P. GEILLE, *Vers une motion Internationale de la Concurrence déloyale?*, Canadá, Bibliothèque nationale du Canada, 1995, pp. 7-9: “Le droit public de la concurrence déloyale est donc en formation; il pourrati Tailleurs s’inspirer d’une harmonisation du droit interne de la concurrence déloyale. Néanmoins, il ne pourra y avoir de véritable droit international public de la concurrence déloyale en l’absence d’un marché unique mondial.”;

⁴⁶Vid. por todos, sobre la evolución de los diferentes modelos de regulación o etapas por del Derecho contra la competencia desleal, A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, *La competencia...*, op.cit.; H. BAYLÓS CORROZA, *Tratado de Derecho industrial (propiedad industrial, propiedad intelectual, derecho de la competencia económica y disciplina de la competencia desleal)*, Madrid, Aranzadi, 2009, pp. 407-413; J. M. OTERO LASTRES, “Actos relevantes de competencia desleal: Actos de confusión, imitación y venta con pérdida”, en A. J. MARTÍN MUÑOZ (coord.), *Propiedad industrial competencia desleal; perspectiva comunitaria, mercados virtuales y regulación procesal*, 2001, pp. 63-98; P. RODRÍGUEZ MATEOS, *Sistema de mercado y tráfico internacional de mercancías*, Madrid, La Ley, 1992; A. DYER, “Unfair competition law in Private international law”, *Rec. des C.*, t. IV, vol. 211, 1988, pp. 373-446, en especial, su análisis de las diferentes concepciones de competencia desleal, pp. 389-402.

(*antitrust*) y el Derecho de consumo considerando a estos cuerpos normativos como algunos autores lo han hecho (aunque no todos), el “Derecho de mercado” o *Market Law* o Derecho económico. En este cuerpo normativo se incluyen cuestiones de regulación pública y privada, extrayendo de esta consideración, el carácter híbrido de estas disciplinas⁴⁷.

13. *Objetivo fundamental de la investigación.* Centrar el análisis en el núcleo esencial actual (*hard core*) de esta disciplina, apreciándola en el marco actual del Derecho de mercado y/ o como Derecho económico. Es decir, entenderla no sólo como Derecho privado puro sino como Derecho privado institucional atendiendo a los objetivos de su función de tutela de los intereses públicos en los mercados⁴⁸. De otra parte, establecer un orden en el actual “desorden” que tiene la disciplina en cuanto a fuentes, conceptos y tratamiento diverso que la hacen una materia compleja y difícil de delimitar⁴⁹.

2. *Derecho de la competencia desleal y la Constitución económica de la economía de mercado*

A. Fenómeno de la deslealtad competitiva en el modelo de “economía de mercado” : Posición en las actuales Constituciones económicas.

14. Su consideración como Derecho de mercado y Derecho Privado Institucional encuentra explicación en que el fenómeno de la deslealtad en la Competencia es un fenómeno vinculado a los comportamientos comerciales de las

⁴⁷ U. BERNITZ, “Market law as a legal discipline”, en U. BERNITZ (ed.) *Introduction to Swedish Law*, The Netherlands, Springer, 1981, p. 69: “*Market law contains elements of both public law and private law. (...) This is consistent with the general trend toward the relativization of private rights and the greater emphasis on public interest and social considerations with respect to the limitation of the meaning and scope of freedom and contract.*”

⁴⁸ *Vid.* por todos, J. BASEDOW, “The Law of Open Societies: Private Ordering and Public Regulation of International Relations”, *Rec. des C.*, Nijhoff, 2013; L. F. SABOGAL BERNAL, “Nociones generales de la libertad de empresa en Colombia”, *e-Mercatoria*, vol. 4, nº 1, 2005, pp. 1-18; C. KESSEJIAN, “Chapter 10.-Competition”, en C. MCLACHLAN/P. NYGH (eds.), *Transnational Tort: Jurisdictional Principles*, Oxford, Clarendon Press, 1996, pp. 171-178, p. 172; S. BARONA VILAR, *Competencia desleal: Tutela jurisdiccional (especialmente proceso civil y extra-jurisdiccional) Doctrina, legislación y jurisprudencia*, t.I, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2008, pp. 140-209; M. Díez Velasco, “Notas para el estudio de la competencia ilícita”, *RDM*, 1946, pp. 453-480; H. MICKLITZ, “The Transformation of Enforcement in European Private Law: Preliminary Considerations”, *European Review of Private Law*, vol. 4, 2015, pp. 491-524, 504-505.

⁴⁹ *Vid. infra* apartado II; A. SOTILLO MARTÍ, “Consumidores y sistema financiero. Un Balance decepcionante”, *Real Academia Valenciana de Jurisprudencia y legislación*, 2013, pp. 3-57, p. 56: “Octava.-El sistema de economía de Mercado ya no puede basarse solo en el dogma del contrato, sino más bien en diferentes instituciones públicas y privadas que la construyen y los procedimientos que la hacen realidad. Del mismo modo que ya nadie sostiene que las personas jurídicas o las sociedades mercantiles son solo un contrato privado, sino verdaderas instituciones del Mercado, así los contratos financieros ya no son solo regulaciones privadas, sino instituciones del orden público económico y por tanto, necesitadas de regulación”.

economías de mercado o a economías mixtas que tienen cierto grado de intervención estatal que establecen normas de control y ordenación de conductas en el mercado⁵⁰.

15. Tendencia a la autorregulación-Necesaria intervención. Relaciones e incidencia que son intrínsecas en el ámbito del Derecho de la competencia, puesto que el mercado necesita de la intervención y control del legislador, por ejemplo en el ámbito de la contratación o la tutela contra el abuso competitivo⁵¹; aunque su tendencia sea el escape de la intervención administrativa y a autorregularse⁵².

Por ello, el mercado necesita de intervención pública combinado con el equilibrio entre la autonomía de la voluntad de sus participantes en el juego de la libre competencia⁵³.

Esto es, aquellas Constituciones en las que se fomenta el desarrollo de la propiedad privada, el derecho a la libre empresa y la libre competencia como Derechos Fundamentales (artículo 16.-Carta Europea de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y artículo 38 de la Constitución Española)⁵⁴, con independencia

⁵⁰Vid. J. E. STIGLITZ, *La economía del sector público*, 3ª ed., Barcelona, Novoprint, 2000, pp. 65 y ss; T. C. GARCÍA MOLYNEUX, “The Trade Barrier Regulation: The European Union as a Player in the Globalization Game”, *ELR*, vol. 5, nº4, 1999, pp. 375-418pp. 376-377, el grado de intervención o no, depende del tipo de economía política de los Estados y como quieren regular sus mercados; J. GARCÍA LÓPEZ, “Los efectos de Derecho privado en las normas de intervención en el comercio internacional: una aproximación...”, *loc.cit.*, pp. 69-70.

⁵¹A. L. CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, 16ªed., vol. II, Granada, Comares, 2016, p. 839; J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Capítulo 1. Derecho de los negocios internacionales”, en J. C. FERNÁNDEZ ROZAS/R. ARENAS GARCÍA/ P. A. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho de los negocios internacionales*, 4ªed., Madrid, Iustel, 2013, pp. 25-77; J. GARCÍA LÓPEZ, “Los efectos de Derecho privado de las normas de intervención en el comercio internacional: una aproximación”, *Revista de Derecho de la Universidad Complutense*, 1991-1992, pp. 69-89, pp. 70-73, esp. p. 73; P. A. DE MIGUEL ASENSIO, *Contratos internacionales sobre propiedad industrial*, Madrid, Civitas, 1995, pp. 307-310, el término normas de intervención coincidirá con las normas materiales imperativas del ordenamiento jurídico en cuestión.

⁵²Vid. K. J. ALBIEZ DOHRMANN, “Mercado interior, contrato y Derecho de la competencia”, *ReDCE*, enero-junio 2006, nº 5, pp. 101-120, p 106: “Puede ser que al mercado no le interesa el Derecho, incluso querrá saber lo menos posible de él. Pero el mercado necesita del Derecho si quiere organizarse mínimamente.”; F. HENNING-BODEWIG, *International Handbook on Unfair...*, *op.cit.*, p. V: “As experience has shown, it is an illusion to hope that market forces alone can keep this problem in check”; M. VIRGÓS SORIANO, *El comercio internacional y el nuevo Derecho contra...*, *op. cit.* p. 68: “El Derecho provoca la fragmentación de mercados (*cursiva del autor*) que económicamente pueden ser más amplios, y en este sentido se convierte en un freno o fuente de fricciones para su desarrollo”

⁵³Vid. A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Apuntes de Derecho mercantil, Derecho de la competencia y Propiedad industrial*, Cizur Menor, Civitas, 2012; *id.*, *Comentarios a la ley de competencia desleal*, Madrid, Aranzadi, 2011; G. SCHRICKER, “Twenty-Five Years of Protection Against Unfair Competition”, *IIC*, vol. 26, nº6, 1995, pp. 782-801, p. 784, nos recuerda la incidencia tan fundamental del factor económico en el ámbito de la competencia desleal.

⁵⁴De esta forma, se puede entender la libre empresa como un derecho constitucional económico que está en relación a la libertad económica; el artículo 38 CE, que lo incluye en el Título I: “De los derechos y deberes fundamentales”, capítulo II, “Derechos y libertades”; ver también el Preámbulo de la anterior Ley de competencia desleal española, la Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal.

de si estas conductas comerciales las están llevando a cabo operadores jurídico privados u operadores jurídico públicos⁵⁵.

16. Por ello, es necesario explicar su papel en el ámbito de las Constituciones económicas de los Estados sociales de Derecho, su posición actual. Y, en la UE y el mercado interior europeo, su posición en el marco de la Constitución económica del mercado interior europeo⁵⁶.

B. Consideración de Derecho económico y valoración de su posición en las Constituciones económicas

17. Se ha considerado, por lo explicado de forma anterior, que este cuerpo jurídico se encuentra contenido en lo que se conoce como el “Derecho de mercado”, puesto que las normas de competencia desleal son normas de Derecho económico⁵⁷, que controlan y regulan comportamientos comerciales y económicos. Ello emana de la teoría de los fallos del mercado de sistemas de competencia no perfecta siendo la competencia desleal uno de estos fallos del mercado que deben ser corregidos.

⁵⁵ Así, pueden citarse también las obras de los constitucionalistas que se han dedicado al análisis de esta disciplina como parte del contenido del derecho fundamental de la libertad de empresa, dotándola de gran importancia para el sostenimiento del mercado y su buen funcionamiento, M. ARAGÓN REYES, *Libertades económicas y Estado social*, MacGraw Hill, 1995; M. ARAGÓN REYES/H. LOSADA GONZÁLEZ, “La libertad de empresa”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº108, 2014, pp. 17-40; J. A. ROJO FERNÁNDEZ RÍO, “Actividad económica pública y actividad económica privada en la Constitución”, *RDM*, nº169, 1983, pp. 309-344; C. VIERA ÁLVAREZ, “La libertad de empresa y algunos límites desde la perspectiva del Estado social”, *RJUAM*, nº21, 2010-I, pp. 197-224; M. VIRGÓS SORIANO, *El comercio internacional en el nuevo Derecho español de la competencia desleal*, Madrid, Civitas, 1992

⁵⁶ Sobre el concepto de “constitución económica” en la UE como concepto controvertido, J.I. GORDILLO PÉREZ /J. R. CANEDO ARRILLAGA, “La Constitución económica de la Unión Europea. Bases de un modelo en constante evolución”, *CDT*, Marzo 2013, vol. 5, nº1, pp. 163-183, esp. pp. 164-165, teniendo en cuenta también su relación con las teorías ordopolíticas en el mercado interior (Capítulo II) y el sentido e incidencia que tienen en relación con la libre competencia y su regulación. Como reconocen los autores, los tratados de la UE siguen teniendo indudable vocación económica ya que una gran parte de sus disposiciones se centran en la regulación de dicha actividad.

⁵⁷ J. GARRIGUES DÍAZ-CAÑABETE, *La defensa de la Competencia mercantil; cuatro conferencias sobre la Ley española de 20 de julio de 1963 contra prácticas restrictivas de la competencia*, Madrid, Sociedad de Estudios y Publicaciones, Marcial Pons, 1964, p. 104, “la competencia es un fenómeno jurídico, pero con connotaciones económicas. La competencia excede del campo de la economía porque abarca muchos otros sectores que no pertenecen a la economía”; “(...) Más con esta ley ocurre que no basta con entenderla para poder aplicarla con fruto, porque es una ley destinada a regular el funcionamiento del Mercado, materia ésta de suyo cambiante y mudable que reclama una preparación especial y una gran sensibilidad en los llamados a poner en movimiento la ley, si quieren armonizar los postulados de la justicia con las exigencias de la política económica en cada momento”; A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Mercado único y libre competencia en la Unión Europea*, Cóllex, 2003, pp. 384-385; “Así, pues, el Derecho europeo de la competencia es *Derecho económico* (...)” (el resaltado es de los autores).

18. Manifestado, por ejemplo, en las desigualdades económicas causadas por la información asimétrica en contratos de consumo e incluso en contratos *B2B* en donde los contratantes no tienen el mismo *bargaining power*. De otro lado, porque, de forma general, la medición y valoración del daño competitivo se manifiesta de forma económica entendiendo que es necesario la existencia de un mercado (oferta-demanda) para saber que hubo pérdidas para cualquier operador y para el mismo mercado, por la realización de dicho económico.

19. Protegen el mercado como el espacio donde se desarrollan las relaciones en un *level playing field* (“la igualdad de condiciones” en el mercado⁵⁸) entendida también como la *par condicio concurrentium* y la competencia sobre los méritos de los que se esfuerzan en desarrollar el derecho a la libre competencia de forma leal y permitida⁵⁹

20. Límite al uso abusivo del ejercicio del derecho de libre competencia.

Se protege de esta forma la economía de mercado y su buen funcionamiento por lo que cualquier comportamiento contrario es incompatible con este modelo económico. Teniendo en cuenta que el modelo económico es una manifestación de la materialización que puede hacerse del sistema constitucional económico en cada momento histórico. Modelo de economía de mercado es el marco donde la competencia económica opera entre la oferta y la demanda de sujetos que participan en ambas. Tiene tres dimensiones: la libertad de competir, la libertad de acceder al mercado, y la libertad de cesación en el mercado.

21. Las normas de la competencia desleal son, de esta forma, el mayor límite para los comportamientos que en el mercado intentar falsear o alterar el juego competitivo de forma fraudulenta aunque a un nivel más privado que el límite impuesto desde el ámbito de las normas *antitrust*.

Su posición en las Constituciones económicas es muy importante para la protección de forma posterior de estos derechos fundamentales de tipo económico e incluso en niveles legislativos supranacionales para alcanzar un alto grado de liberalización de intercambios comerciales protegiendo y tutelando valores como las libertades de circulación.

⁵⁸ Vid. R. CALLMANN, *The law of unfair competition and Monopolies*, vol. 1, Illinois, Callaghan & Co., 1990, p. 33: “El propósito de la ley de competencia desleal es proteger la posición competitiva de la empresa”, *id.*, “Unfair competition, Trademarks, and Monopolies”, *The Antitrust Bulletin*, 1970, vol. 15, n° 4, pp. 859-ss: “Unfair competition law seeks to regulate the contest by formulating “rules of the game” for fair rivalry”.

⁵⁹ F. HENNING-BODEWIG, *International Handbook of Unfair Competition...*, *op.cit.* p. 3: “Unfair competition law, no matter in what form it presents itself, belongs to the field of economic law”; R. HILTY, “The Law Against the Unfair Competition...”, *loc.cit.*, R. HILTY/ F. HENNING-BODEWIG (EDS.), *Law Against Unfair Competition: Towards an European...*, *op.cit.*, p. 4: “the law of the Market behaviour”; J. DREXL, *Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1998; desde el ámbito del Derecho privado europeo y su armonización en algunos sectores, se ponen de relieve estas consideraciones por, S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho privado europeo*, Granada, Comares, 2002, p. 6.

C. ¿Derecho de lealtad comercial o Derecho de la competencia desleal?

22. En este estudio, se ha atendido a la consideración que se otorgó por el Derecho alemán como Derecho de la “lealtad comercial” (*Lauterkeitsrecht-Unlauterkeitsrecht*⁶⁰), más que el Derecho de la deslealtad competitiva (*Unlauterer Wettbewerb*) como consecuencia del desarrollo legislativo de la disciplina en el ámbito del Derecho derivado de la UE. Con todo lo que ello ha comportado para esta disciplina, habiendo sido un cambio de paradigma⁶¹.

23. Esta afirmación, para adelantar algún aspecto, implica que los mercados necesitan que se fomente en los mismos, la “lealtad” entendida como “equidad”, “justicia igualitaria”, pero no basado en juicios de valor desde estándares éticos o extrajurídicos (aunque también los contiene⁶²). Así como no basada sólo en la

⁶⁰Vid. W. FIKENTSCHER *et al.*, *FairEconomy: Crises, Culture, Competition and the Role of Law*, MPI Studies on Intellectual Property and Competition Law, Munich, Springer, 2013, p. 72 y pp. 75-76: “Fairness is the key to a functioning market”; también porque el mismo término desleal es impreciso, R. W. DE VREY, *Towards a European Unfair competition law: a clash between legal families*, London, Brill, 2011, el autor realiza ciertas apreciaciones interesantes sobre la falta de precisión del término *desleal (unfair)* en inglés, p. 156: “The term “unfair” is deliberately not described more precisely, because any expatiations would not lead to clarity, but to more vagueness instead”; sobre el término como impreciso en el comercio internacional, J. M. FINGER, “The Meaning of “Unfair” in U.S. Policy”, *Working Paper WPS 74*, Economics Department, *World Bank*, 1991, pp. 3-27, pp. 3-4: “I do not deny that a sense of moral obligation might restrain many people from certain actions (...) But only amateurs think that the unfair trade laws deal with matters of morality”; en la jurisprudencia española, por ejemplo, STC de 7 de julio de 1981 (perjuicio económico, perjuicio moral).

⁶¹R. GARCÍA PÉREZ, “La reforma del Derecho contra la competencia desleal: ¿hacia el derecho de la lealtad?”, en J.A. GÓMEZ SEGADÉ/ A. GARCÍA VIDAL (eds.), *El Derecho mercantil en el umbral del s. XXI: libro homenaje al prof. Dr. Carlos Fernández Novoa con motivo de su octogésimo cumpleaños*, Madrid/ Barcelona/Buenos Aires, Marcial Pons, 2010, pp. 323-329, p. 328, según el autor, el Derecho de la competencia (*Wettbewerbsrecht*) debería sustituirse por la denominación Derecho de la lealtad (*Lauterkeitsrecht*) basado en la opinión de la doctrina alemana: “la *UWG* ya no constituye un puro Derecho de la competencia, sino un Derecho de los actos comerciales desleales. Esto justifica...que designemos en el futuro a la *UWG* como Derecho de la lealtad (*Lauterkeitsrecht*).”; *id.* “Consideraciones preliminares sobre la incidencia en la Ley de Competencia Desleal del Anteproyecto (1) de Ley que incorpora la Directiva sobre las prácticas comerciales desleales (2)”, *Diario La Ley*, n° 7051, Sección Doctrina, 2008, pp. 1-15, pp. 6-7.

⁶²En relación a su connotación de valores éticos, se desarrollan en mayor medida en el ámbito de la autorregulación del Derecho mercantil internacional, especialmente en la RSC. STUYCK, “Corporate Social Responsibility-Standards and the Belgian and French Perspective”, en R. HILTY/F. HENNING BODEWIG, *Corporate Social Responsibility...*, *op.cit.*, pp. 225-232, p.225: “Business ethics is a controversial phenomenon. Indeed the basic question is how business and ethics can go together”; M. HÖPPERGER/M. SENFTLEBEN, “Protection against Unfair Competition...”, *loc.cit.* p. 64; REEF, “Water from Kerry Spring and Honest Practices”, *EIPR*, vol. 26, n° 430, 2004, pp. 429-431;”; también, F. HENNING-BODEWIG, *International Handbook on Unfair...*, *op.cit.*, p. 3: “ (...) Even its earlier systematic foundation- the rules to protect the “honest competition”- was not without reference to competition: the goal was never to protect “good morals” for good morals sake but to establish a level playing field for all entrepreneurs so that no competitor could gain an unjustified advantage in competition. Fairness in competition was already

protección y tutela de intereses privados, sino con un objetivo que supera el establecido en principio, en aquellas legislaciones que la observan como mera disciplina de Derecho privado.

A pesar que contiene estos valores, que deben siempre tenerse en cuenta para considerar si la conducta realizada era incompatible con el sistema de mercado protegido por la norma⁶³.

3. Valores y contenido del Derecho de la competencia desleal

24. El Derecho de la competencia desleal actúa como mecanismo corrector de las distorsiones en el mercado, de las conductas comerciales que al mercado le son incompatibles. No sólo como mecanismo represor de conductas que no se corresponden con el orden predeterminado porque falsean la competencia de forma poco ética⁶⁴.

25. Los valores de estas normas están basados en la “autointegración”, esto es, despegan de los parámetros de la buena fe objetiva y el criterio de la diligencia profesional. En la dimensión de la aplicación pública, la deslealtad se mide en base al principio de no discriminación, en cuanto se valora que los Estados no establezcan

restricted to business ethics and its enforcement was always not only in the interest of the individual entrepreneur but also in the public interest”;

⁶³J. MASSAGUER FUENTES, *El nuevo Derecho contra la competencia desleal: La Directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales*, Madrid, Civitas (Estudios de Derecho mercantil), vol. 71, 2006, pp. 59-77, p. 61: “el juicio de deslealtad se encuentra en la contravención de un estándar de conducta entendido como la práctica normal del mercado que se encuentran en las pautas de comportamiento aceptadas en el sector empresarial”; M. VIRGÓS SORIANO, *El comercio internacional en el nuevo Derecho español de la competencia desleal*, Madrid, Civitas, 1992, pp. 19-20; N. PIRES DE CARVALHO, “Current Trends in the Multilateral Evolution of Unfair Competition Law”, en J. DE WERRA (ed.) *et al.*, *Défis du droit de la concurrence. Challenges of Unfair Competition Law*, Génova/Zurich, Schulthess, 2014, pp. 1-31, p. 23; P. TORREMANS/ J. J. FAWCETT, *Intellectual Property and Private International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 454, objetividad del *tort* del *passing off* (competencia desleal en el sentido anglosajón); A. JACQUEMIN, “Objetivos e instrumentos de la política europea de la competencia después de 1992”, en C. MARTÍN (coord.), *Política industrial, teoría y práctica*, Madrid, Economistas libros, 1992 (versión traducida por E. HUERTO OREJAS), pp. 109-137, p. 110; en la jurisprudencia española, por ejemplo, STC de 7 de julio de 1981; W. WENGLER, “Laws Concerning Unfair Competition and the Conflicts of Laws”, *AJCL*, t. IV, 1955, pp. 167-188, p. 167, no está de acuerdo con esta afirmación. “*It must also be understood that competitive activities, even if they are qualified by law as “unfair competition” and legally prohibited, do not necessarily coincide with such activities as are considered “unfair” by custom and morality*”.

⁶⁴A modo de ejemplo, en la jurisprudencia española, STS nº 5939/2008, Sala 3ª de lo Contencioso administrativo, de 8 de julio de 2011.

medidas discriminatorias, las transacciones comerciales entre los mismos y sus operadores jurídico privados (siendo este particular relevante para diferenciarlos)⁶⁵.

26. *Dos confianzas a respetar.* En el modelo social las normas de la lealtad competitiva representan dos confianzas. La confianza *ad intra* (entre competidores, que denomina el “elemento humano de la empresa”); y, la confianza *ad extra* que representa la trilogía de intereses tutelados por las normas de competencia leal⁶⁶. Lo que conoce por la doctrina alemana como el *Schutzzwecktrias*⁶⁷.

27. Esta trilogía de intereses protegidos o tutelados responde además en que las normas de competencia desleal se dividen en ilícitos concurrenciales dirigidos a la esfera de los intereses colectivos de los consumidores (que se ha conocido como los ilícitos *Business to Consumer*, en lo sucesivo *B2C*); ilícitos concurrenciales dirigidos a la esfera de los intereses de los competidores (que se conoce como *Business to Business*, en adelante *B2B*); y, los ilícitos concurrenciales dirigidos contra el interés general del mercado (de la economía de mercado).

28. *Competition on the merits.* Este aspecto se relaciona con lo que se ha llamado la “competencia sobre los méritos” (*competition on the merits*) y su objetivo en relación al Derecho de la competencia desleal, aunque no todos los autores reconocen pueda relacionarse la competencia desleal con el concepto de “competencia sobre los méritos”, de forma actual, sí se está reconociendo, precisamente por la unidad funcional entre el Derecho *antitrust* y el Derecho de la competencia desleal.

29. En la “competencia sobre los méritos”, ligado a su vez, al concepto de eficiencia económica, no existe daño a la competencia cuando el supuesto acto de competencia desleal era previsible como uno de los riesgos a asumir en el proceso competitivo⁶⁸.

⁶⁵Vid. F. GÓMEZ POMAR, “EC Consumer Protection Law and EC Competition Law: How related are they? A Law and Economic Perspective?”, *InDret*, vol. 1, Working Paper nº113, 2003, pp. 1-19, disponible en: http://www.indret.com/pdf/113_en.pdf

⁶⁶Vid. A. SUÑOL, “Adquisición de empresas en el mercado de valores, obstaculización y competencia desleal (Comentario a los Autos del Juzgado de lo mercantil nº2 de Bilbao de 26 de marzo de 2008 y de 20 de mayo...)”, *loc.cit.*, p. 388.

⁶⁷B. KEIRSBILCK, *The New European Law of Unfair Commercial Practices and Competition Law*, Oxford/Portland/Oregon, Hart Publishing, 2011, p. 7 y p. 18; F. HENNING BODEWIG, “Der Schutzzwecktrias des UWG und die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken”, *GRUR Int.*, vol. 115, nº3, 2013, pp. 238-244; A. TATO PLAZA, “La reforma del Derecho español contra la competencia desleal”, *ADI*, t. XXX, 2009-2010, pp. 455-472, pp. 463-464, entre otros autores.

⁶⁸H. ULLRICH, “Anti-unfair Competition Law and Anti-Trust Law: A Continental Conundrum”, *EUI WP LAW*, 2005/01. p. 38 y p. 40; Informe OCDE, “What is competition on

30. Las inversiones que los competidores hacen en el mercado para mantener el ritmo que exige, son un elemento por el que se puede valorar si hubo o no un acto o práctica de competencia desleal (sobre todo si relacionamos este aspecto en la inversión económica que se desarrolla en los DPI para innovar y crear más mercado y competencia), en el sentido que existen determinado tipo de actos de competencia que, aunque *a priori* pueden parecer desleales, no lo son⁶⁹. No siendo entonces la LCD, un recurso que puede usarse siempre.

31. Este aspecto también se puede resumir de la siguiente forma. Si un competidor no se esfuerza por seguir el ritmo de crecimiento en el mercado y no se adapta al mismo, porque no invierte suficiente en mejorar su posición estratégica, el competidor o competidores que hayan adquirido una posición de ventaja competitiva y se hayan adaptado a las exigentes necesidades del mercado, no está atentando contra ningún parámetro establecido por la ley de competencia desleal.

32. Como consecuencia, este competidor no tiene derecho a invocar la protección conferida por las normas de la ley de competencia desleal o de la lealtad competitiva, sino que deberá adaptarse a las exigencias del mercado donde opera y pretende mantenerse⁷⁰.

merits?”, *Policy Brief*, junio 2006; SAP de Sevilla, Secc. 3ª, nº 1565/2014, de 13 de marzo de 2014, en su FD 5º: “Después de identificar la conducta objeto de enjuiciamiento, debemos valorar su compatibilidad con el modelo de competencia económica que tutelado por la Ley, que es un modelo de competencia basada en el “mérito” o bondad de las propias prestaciones (...)”; J. MASSAGUER FUENTES / F. PALAU, “Informe sobre el régimen jurídico de las prácticas comerciales en España, con especial atención a los aspectos considerados en la Comunicación de la Comisión de seguimiento del Libro Verde sobre la protección de los consumidores en la Unión Europea”, *Instituto Nacional de Consumo*, Barcelona, 2002, pp. 1-65, pp. 13-14; J. I. RUIZ PERIS, “El laberinto de la cláusula general de la Ley de Competencia Desleal”, *ADI*, vol. 30, 2009-2010, pp. 435-454, p. 448.

⁶⁹ Un ejemplo ilustrativo de este tipo de actos de competencia relacionados con el ámbito del secreto comercial, es el *reverse engineering*, A. OHLY, “Reverse engineering: Unfair Competition or Catalyst for Innovation”, en W. PRINZ/M. J. ADELMAN/R. BRAUNEIS/ J. DREXL/R. NACK (EDS.), *Patents and Technological Progress in a globalized World: Liber Amicorum Joseph Strauss*, Berlin, Springer, 2009, pp. 535-552.

⁷⁰ R. HILTY, “The Law against Unfair Competition...”, *loc.cit.*, en R. HILTY/F. HENNING-BODEWIG (eds.), *Law Against Unfair competition:Towards...op.cit.*; en relación al problema de solapamiento con los derechos de propiedad intelectual e industrial,; A. KUR, “What to Protect, and How? Unfair Competition, Intellectual Property, or Protection *Sui generis*”, en N. LEE *et al.*, *Intellectual property, unfair competition and publicity: convergences and development*, Cheltenham, Elgard, 2014, pp.11-32, citando la jurisprudencia alemana que ha sido reticente a proteger los DPI mediante las normas de competencia desleal, sólo por la realización de “meras” imitaciones recordando la idea sostenida por SCHRICKER; “La ley contra la competencia desleal no puede ocuparse de todos los desequilibrios del mercado”; A. SUÑOL LUCEA, “Adquisición de empresas en el mercado de valores, obstaculización y competencia desleal (Comentario a los Autos del Juzgado de lo mercantil nº2 de Bilbao de 26 de marzo de 2008 y de 20 de mayo de 2008)”, *RMV*, nº3, 2008, pp. 385-402: “No toda estrategia competitiva que entorpezca (o sea apta para entorpecer) la actividad de un competidor constituye un acto de obstaculización desleal por ser objetivamente

Habrá entonces que diferenciar que no existe una práctica comercial desleal sino una práctica comercial ejercida dentro de los parámetros y valores permitidos por el Derecho de la competencia⁷¹.

33. Este particular nos sirve para poder diferenciar qué es competencia desleal de lo que no es lo es. Aunque no está tampoco exento de diferentes interpretaciones, atendiendo al mismo y diferentes ordenamientos jurídicos⁷².

4. La proyección transfronteriza de la competencia desleal: relevancia actual de su estudio en el mercado internacional

34. La institución está dotada de gran actualidad en cuanto los mercados no son espacios estáticos. Son espacios dinámicos, complejos y cambiantes afectados por la globalización económica, como se explica en el Capítulo I. El comercio internacional está afectado por la apertura de los mercados como consecuencia de la globalización económica⁷³, siendo un proceso irreversible, a la luz de su estado actual.

No existe un ordenamiento supranacional que controle los diversos comportamientos comerciales de tipo desleal, sino más bien, se tutelan de forma

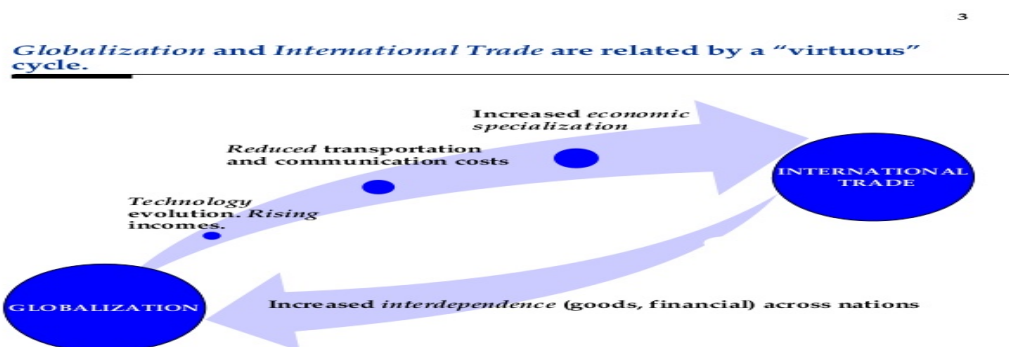
contraria a las exigencias de la buena fe. La razón que justifica esta afirmación se encuentra en que el perjuicio o estorbo que la mejora de la posición en el mercado de un operador económico puede ocasionar a terceros competidores, en tanto sea fruto de una mejor configuración de su actividad o de oferta, no es sino una consecuencia del sistema de libre competencia y, por ello, un efecto asumido por el Derecho de represión contra la competencia desleal"; A. SÁNCHEZ GRAELLS, "Competencia desleal y mercado de control societario: riesgo de injerencia judicial (Comentario a los autos del Juzgado de lo Mercantil nº2 de Bilbao de 25 de marzo, 24 de abril y 16 de mayo de 2008 en el asunto Iberdrola contra *Electricité de France*", *Diario La Ley*, nº 6993, Sección Doctrina, Año XXIX, Ref. D- 228, 2008, pp. 1-28, p. 3; M. LOBATO GARCÍA-MIJÁN, "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 competencia desleal", *RGD*, nº 562-563, 1991, pp. 6151-6175, p. 6158; también, P. PORTELLANO DÍAZ, *La imitación en el Derecho de a competencia desleal*, Madrid, Civitas, 1993

⁷¹Vid. M. VIRGÓS SORIANO, *El comercio internacional ante el nuevo Derecho contra la competencia ...*, op.cit., pp. 125-126; A. KAMPERMAN SANDERS, *Unfair Competition law: The Protection of Intellectual and Industrial Creativity*, Oxford, Clarendon Press, 1997, p. 8, considera que la explotación de la reputación a otro no es de por sí desleal sino todo lo contrario. KAMPERMAN considera que la competencia sobre los méritos es la doctrina de: "*the sweat of the brow*" (doctrina anglosajona que siempre ha estado relacionada con los derechos de autor); p. 23; p. 87; R. CALLMANN, "He Who Reaps Where He has no Sown: Unjust Enrichment...", loc.cit., infra.

⁷²Sin olvidar que, a pesar de esta objetivación del comportamiento comercial desleal, para que exista un ilícito de competencia desleal, existe un elemento o componente subjetivo e intencional de "deslealtad", sea o no provocado de forma consciente por el profesional; L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, Paris, Dalloz, 1927, « *l'intention frauduleuse constitue un élément essentiel de la concurrence déloyale; pas de concurrence déloyale sans déloyauté* ».

⁷³A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Volumen 2º, 16ªed., Granada, Comares, 2016, p. 1258.

fragmentada, dispersa y sin orden en cuanto a su tratamiento como disciplina de Derecho privado o Derecho privado institucional⁷⁴.



Fuente: C.DANIELS, "Free" Trade without "Fair" Trade? how should the U.S. react to address our negative trade imbalance in the face of unfair trade practices by most nations around the world?

El estudio actual de la disciplina se puede justificar por la rapidez de los comportamientos comerciales que gracias al desarrollo de la tecnología y mercados tecnológicos, especialmente, mercados de plataformas *on line* o *e-commerce* se incrementa la posibilidad de nuevas tendencias de hacer competencia desleal.

La expansión de negocios y transacciones comerciales por Internet que atraviesen las fronteras de mercados nacionales se expande cada día con mayor premura y su regulación todavía no está plenamente adaptada⁷⁵.

⁷⁴ Sobre su vital importancia para el mercado, ya lo ponía de relieve el legislador español en la "Exposición de Motivos" de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, *BOE* nº10, de 11 de enero de 1991; "la competencia desleal es una pieza legislativa de importancia capital dentro del sistema del Derecho mercantil"; "II. (...) Obedece la Ley, finalmente, a la necesidad de adecuar al ordenamiento concurrencial los valores que han cuajado en nuestra constitución económica. (...) Esta exigencia constitucional se complementa y refuerza por la derivada del principio de protección al consumidor, en su calidad de parte débil de las relaciones típicas de mercado, acogido por el artículo 51 del texto constitucional"; C. FERNÁNDEZ NÓVOA, "Reflexiones preliminares sobre la Ley de Competencia Desleal", *Diario La Ley*, nº 2761, 1991, pp. 1179-1184; J. COSTAS COMESAÑA, "El concepto de acto de competencia desleal", *ADI*, t. XIX, 1998, pp. 349-366; M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, "Competencia desleal: el cambio normativo y la posición de la jurisprudencia", *Revista de Política Social*, nº 142, 1984, pp. 243-255.

⁷⁵ *Vid.v.gr.* SAP Granada, Secc. 3ª, nº 286/2014, de 14 de marzo de 2014; en Alemania, por ejemplo, el asunto *Wetteronline.de* (Tribunal Federal Supremo alemán, *Bundesgerichtshof*, de 14 de enero de 2014, caso nº I ZR 164/12, *IIC*, vol. 45, 2014 pp. 995-998).; A. LÓPEZ TARRUELLA, "Chapter 12. The International Dimension of Google Activities: Private International Law and the Need of Legal Certainty", en A. LÓPEZ TARRUELLA (ed.), *Google and the Law: Empirical Approaches to Legal Aspects of Knowledge-Economy Business Models*, La Haya, Asser Press, 2013, pp.330-353; P. A. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho privado de Internet*, 4ªed., Madrid, Civitas

35. Algunos de los ejemplos que pueden darse con la que se accede a medios telemáticos de forma actual para realizar estas operaciones de comercio electrónico (*e-commerce*) o métodos de venta como el llamado telemarketing (*cold calling*), u operaciones de comercio compensado (*countertrade*); la rapidez de las comunicaciones comerciales y publicitarias por televisión digital y por internet son de forma actual, la forma más habitual de realizar actos de competencia desleal⁷⁶.

De otro lado, mediante el uso de buscadores e intermediarios (*v.gr.*; *google*); el uso del *streaming*, redes *P2P* (*peer to peer*), u otras técnicas como aplicaciones móviles de los *Smartphones* o teléfonos de nueva generación que son, de cada vez mayor y más fácil uso, por el consumidor para contactar con los proveedores de servicios y productos, gracias al desarrollo de plataformas de conexión de economía colaborativa (*sharing economy/economie du partage*), como ejemplos paradigmáticos, *Airbnb* o *Uber*.

36. Esta forma “nueva” de hacer negocios o *doing business* que han irrumpido en los mercados de tipo tradicional o como se han denominado, ha sido cuestionada como actos de competencia desleal, siendo un tema de actualidad que interesa también a la disciplina en numerosos aspectos, como es la consideración de nuevos tipos de relaciones en el mercado, las relaciones *Consumer to Consumer* (en lo sucesivo, *C2C*⁷⁷). Su consideración de mercados poliédricos está cambiando la

(Thomson Reuters), 2011; S. FICOLA/B. SANTACROCE, *Il commercio elettronico: aspetti giuridiche e regime fiscale*, Santancargelo di Romagna, Maggioli, 2014; Asunto *GoogleFrance SARL c. Louis Voiton Malletier SA* (C-236/08); *Google France SARL c. Viaticum* (C-237/08) y *Google France SARL c. Tiger SARL* y otros (C-238/08) ejemplo de la responsabilidad de intermediarios como *google* por el uso de marcas y signos registrados en sus *Adwords* como posible acto de competencia desleal; la SAP Madrid, Sección 14ª, de 8 de noviembre de 2002, nº1033/2002, asunto ABRENTE ASESORES DE GESTIÓN S.L., FJ 7º.

⁷⁶ En España, AUTOCONTROL, el organismo autorregulador para la publicidad ha declarado en su último informe de actividad del año 2017 que 1 de cada 3 reclamaciones que recibe son relativas a infracciones cometidas por publicidad digital; *AUTOCONTROL*, Boletín informativo, nº 329- Abril 2018. El “Jurado de Publicidad” del mismo órgano resolvió 217 casos como resultado de 1785 reclamaciones, de ellos 112 se referían a publicidad difundida en medios digitales y 96 a publicidad en TV, siendo Internet el medio más reclamado.

⁷⁷ Un ejemplo de su actualidad lo están ofreciendo los problemas que está causando lo que se ha venido a denominar, *disruptive business* (denominado así por los economistas, “innovación disruptiva” o “cuarta revolución industrial”), relacionado con los movimientos que se han llamado la economía colaborativa (*sharing economy*), COMISIÓN NACIONAL DE MERCADOS Y COMPETENCIA, “Conclusiones preliminares sobre los nuevos modelos de prestación de servicios y la economía colaborativa”, marzo 2016, disponible en: <https://docs.google.com/document/d/1n65MjUaTmRLuZCqTIlqyWvobVqreR-iApsz1mhxy2y0/edit?pref=2&pli=1>; L. MIRANDA SERRANO, “Economía colaborativa y competencia desleal. ¿Deslealtad por violación de normas a través de la prestación de servicios facilitados por plataformas digitales”, *Revista de Estudios Europeos*, nº70, julio-diciembre 2017, pp. 197-250; M.A. MÉNDEZ, “El absurdo juicio contra *Blablacar*, o cómo no (querer) entender internet”, *El Confidencial*, 2/10/2015, disponible en:

concepción del tratamiento de la disciplina también, teniendo en cuenta todos los factores anteriores.

37. Por otro lado, si los litigios por competencia desleal en el ámbito doméstico suelen ser litigios con un cierto grado de complejidad, su dificultad aumenta en el ámbito de la litigación transfronteriza, *v.gr.*, si se manifiesta en varios mercados que pueden considerarse afectados al mismo tiempo por el mismo acto o práctica comercial desleal⁷⁸.

38. La complejidad aumenta debido a las grandes divergencias legislativas que dan lugar también a una variedad de conceptos entre lo que puede ser reputado como leal o desleal en un mercado; de nuevo, el solapamiento con numerosas disciplinas del derecho (PI, consumo, publicidad, etc.) que también encuentran como dificultad las divergencias materiales de tipo sustantivo y procesal su tratamiento se incrementan en la litigación internacional, especialmente si se han desarrollado por Internet como medio aterritorial.

39. En el ámbito del Derecho del comercio internacional, la actualidad de la disciplina está presente teniendo en cuenta algunos factores importantes que han ocurrido de forma reciente. Estos factores se han presentado como una de las consecuencias que la gran crisis financiera mundial que viene mostrando su incidencia desde hace más de una década⁷⁹, que han provocado cambios en la

http://blogs.elconfidencial.com/tecnologia/homepage/2015-10-02/el-absurdo-juicio-contra-blablacar-como-no-entender-de-internet_1044574/; G. DOMENECH PASCUAL, “La regulación de la economía colaborativa (El caso de “Uber contra el taxi””, *Revista CEFLEGAL*, nº 175-176, 2015, pp. 61-104; desde una perspectiva del Derecho administrativo y la consideración de la libre circulación de servicios, J. BARNES, “Un falso dilema: Taxis vs. Uber”, *Diario La Ley*, nº8942, 2017, pp.1-14; S. WALLSTEN, “The Competitive Effects of the Sharing Economy. How is Uber Changing Taxis?”, *Technology Policy Institute* (Studying the Global Information Economy), 2015, pp. 1-22; C. GÓRRIZ LÓPEZ, “Uber. Transporte de pasajeros y competencia desleal”, *Revista de Derecho del Transporte*, nº15, 2016, pp. 77-98; E. LEIÑENA, “Los nuevos sistemas de utilización compartida de vehículos de transporte (*carpooling* y *car sharing*) entre la economía colaborativa y la competencia desleal”, *RDM*, n 296, 2015, pp. 283-334; la Comisión Europea, “Una Agenda Europea para la economía colaborativa”, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2001_es.htm

⁷⁸Vid. M.VIRGÓS SORIANO/ F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional,...*, *op.cit.*p. 190; M. E. ANCEL, «Le contentieux international de la concurrence déloyale dans la jurisprudence récente», *Communication commerce électronique*, nº10, 2006, pp. 1-11, p. 5; C. MCLACHLAN, «Transnational Tort Litigation: An Overview», en C. MCLACHLAN/ P. NYGH (eds.), *Transnational Tort Litigation: Jurisdictional Principles*, Oxford, Clarendon Press, 1996, pp. 1-21, p. 3.

⁷⁹Sobre la incidencia de la crisis financiera internacional en el ámbito y objetivos del Derecho de la Competencia en general, I. KOKKORIS/ R. OLIVARES-CAMINAL, *Antitrust Law Amidst Financial Crises*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010; y también, D. GERARD, “The Financial Crisis: three lessons for Antitrust”, disponible en: <http://kluwercompetitionlawblog.com/2010/11/22/the-financial-crisis-%E2%80%93-three-lessons-for-antitrust/>; e Informe de la OCDE (2009) en relación al Derecho y políticas de competencia en los

economía mundial y como consecuencia en el marco de las economías de mercado y el tratamiento de los comportamientos y transacciones comerciales.

40. Por último, y aunque relacionado con los aspectos relativos de la aplicación pública de la disciplina, la gran crisis del multilateralismo no sólo comercial (sino también del Derecho internacional de forma amplia)⁸⁰, ha provocado el resurgimiento de conductas comerciales peligrosas para el equilibrio del libre comercio como son las legislaciones neoproteccionistas con tintes de comercio desleal⁸¹. Póngase como ejemplo, la actual y encarnizada batalla comercial entre

mercados financieros: <http://www.oecd.org/daf/competition/43067294.pdf>; en el comercio internacional, por ejemplo, también está siendo de gran importancia, con el resurgimiento de movimientos neoproteccionistas actuando en contra del régimen del comercio internacional establecido por la OMC; H. ULLRICH, “Anti-unfair Competition Law and Anti-Trust Law: A Continental Conundrum?”, *EUI WP LAW*, 2005/01, pp. 1-48; P. NICOLAIDES, “How Fair is Fair Trade?”, *JWT*, vol. 21, 1987, pp. 147-162; J. BHAGWATI, “Threats to the world trading regime; protectionism, unfair trade, et al”, en A. KOEKKOEK (ed.), *International trade and global development: Essays in honour of Jaddish Bhagwati*, London, 1991; sobre el resurgimiento del proteccionismo comercial sobre todo relacionadas con el nuevo mandato presidencial del Gobierno de los Estados Unidos, “Protectionism and trade disputes threaten world growth, says OECD”, Section Economy, 28/10/2016, en: <https://www.theguardian.com/business/2016/nov/28/protectionism-trade-wars-world-growth-oecd-donald-trump>; K. WATTSON/S. JAMES, “Protectionism: a Threat to Free Trade”, *Policy Analysis*, nº723, 2013, pp. 1-27; y en la Unión Europea, J. GARCÍA LÓPEZ, “La nueva política antidumping de la Unión Europea sobre reconsideración de derechos”, *La Ley Unión Europea*, nº29, 2015, pp. 1-12, esp. p. 9.

⁸⁰ Vid. v.gr., M.E.SANGIOVANNI, “The Global Crisis of Multilateralism”, 3/12/2016, disponible en: <http://www.e-ir.info/2016/12/03/the-global-crisis-of-multilateralism/>; K.W.ABBOTT, J. F. GREEN/ R. O. KEOHANE (eds.), “Organizational Ecology and Institutional Change in Global Governance”, *International Organization*, vol. 70, nº 2, 2016, pp. 247-277; O. Costa Fernández, “Introducción: El multilateralismo en crisis. *Introduction: multilateralism in crisis*”, *Revista CIDOB d’Afers Internacionals*, nº101, 2013, pp.7-25: “El multilateralismo tal y como lo conocemos está en crisis. Este es el diagnóstico, por una vez compartido, de observadores, participantes y estudiosos de las relaciones internacionales”; *WTO Forum*, “Is multilateralism in crisis?”, disponible en: https://www.wto.org/english/forums_e/debates_e/debate45_e.htm; D. ALESSANDRINI, “Multilateralism Trade in a Time of Crisis”, *The International Law Annual*, 2013, pp. 38-42; sobre las tendencias neoproteccionistas que están emergiendo, K.BASU, “El peligroso proteccionismo de los Estados Unidos”, *Project Syndicate*, 13/02/2017, disponible en: <https://www.project-syndicate.org/commentary/trump-protectionism-no-help-for-workers-by-kaushik-basu-2017-02/spanish>; J. GARCÍA LÓPEZ, “El acuerdo de asociación transatlántico sobre comercio e inversiones: aproximación desde el Derecho del comercio internacional”, *La Ley Unión Europea*, nº17, julio 2014, año II, pp. 1-11: “Las normas de la OMC no obligan a ningún país a adoptar dichas medidas, simplemente imponen una serie de condiciones para poder recurrir a las mismas”; A. FERNÁNDEZ PÉREZ, “La cooperación de la Unión Europea con terceros países en materia de defensa de prácticas anticompetitivas: hacia un modelo de “nueva generación”, *La Ley Unión Europea*, nº21, 2013, pp. 1-20; el GATT se constituye como un límite mínimo en la expansión de normas comerciales que impliquen cierto grado de deslealtad, J. M FINGER, “The Meaning of “Unfair” in US Import...”, *loc.cit.*, pp. 6-7. Acerca de este particular, resulta de interés lo que establece sobre su funcionamiento: “*While the intent of the GATT is to control the imposition of trade restrictions, its letter has proven to be quite permissive*”.

⁸¹ La última Ronda de la OMC, celebrada en Bali (2013) ha puesto de relieve estas deficiencias que están haciendo que el sistema multilateral del comercio creado por la OMC se esté

Estados Unidos y China, al margen de los mecanismos establecidos contra el proteccionismo comercial en la OMC⁸².

II. Consideraciones en torno a la metodología empleada

1. Metodología de la primera parte de la tesis doctoral: Comercio internacional y Mercado interior europeo

41. El Derecho dispone de su propia metodología de análisis, como todo saber humanístico⁸³. Su utilidad social está fuera de dudas, en cuanto ordena a las sociedades que hoy día son cada vez más complejas y abiertas, así como los mercados, en torno a los que gira la vida económica de estas sociedades⁸⁴.

42. El análisis que se ha efectuado y dado la amplitud del objeto en cuanto se divide en tres bloques principales. Todos estos bloques se han analizado de forma sectorializada y a la vez interrelacionado puesto que esta Institución en el ámbito transfronterizo como numerosas Instituciones deben ser analizadas por el todo, y no solo por la parte.

43. Cada capítulo (menos el Capítulo III) se divide en dos secciones para abordar las cuestiones generales y las específicas de forma ordenada. En la primera parte, ambas secciones cobran sentido también en cuanto analizan de un lado, los aspectos de Derecho público y los aspectos de Derecho privado y clásicos de la disciplina.

44. Con lo que las consideraciones del mismo no pueden venir sino del examen y análisis de la incidencia de la globalización económica y de instituciones de la talla de la Organización Mundial del Comercio (en lo sucesivo, OMC) así

resintiendo. Puede consultarse lo dispuesto en una de las últimas Rondas de la OMC en: http://www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/mc9_s/balipackage_s.htm.

⁸² Alguna noticia relativa (de las muchas que proliferan desde el año 2014) de estos problemas que van más allá de la consideración de la disciplina como Derecho privado en el ámbito del Comercio internacional, es la siguiente relativa a las guerras comerciales entre China y Estados Unidos, como ejemplo: https://www.elconfidencial.com/tecnologia/2016-11-19/las-tecnologicas-son-las-que-mas-tienen-que-perder-en-la-guerra-de-trump-contra-china_129199 <https://uschinatradewar.com4/>

⁸³ Vid. v.gr. M. AGUDELO RAMÍREZ, “El derecho desde una actitud humanista”, *Opinión Jurídica*, vol. 1, nº2, pp. 9-28, disponible en: <http://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/1293/1268>, el autor valora que hoy por hoy, los juristas deben analizar las instituciones jurídicas no desde la idolatría de la ley sino desde la “hermenéutica” encontrando en el Derecho la posibilidad de hallar una sociedad justa. Por ello, no se deben olvidar los valores que cada sociedad contiene; desde el Derecho como ciencia, K. LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Barcelona, Ariel, 2001.

⁸⁴ Cf. A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado...*, op.cit., vol. I., p. 23.

como otras instituciones de relevancia y su función a la hora de prevenir conductas comerciales desleales a escala global⁸⁵.

45. Se necesita entonces profundizar en este estudio porque los legisladores nacionales como bien se sabe, no viven en situación de autarquía legislativa, mucho menos los mercados “nacionales”, como consecuencia de esta institucionalización del comercio internacional y la globalización económica.

Las relaciones de competencia se expanden más allá de las fronteras y la función de esta institución debe ser el cuidado del buen funcionamiento de un mercado abierto y con tendencia a la pluralidad de intercambios.

46. El análisis sectorializado ha sobrevenido de forma natural en numerosas ocasiones, más en el ámbito del DIPr⁸⁶, sector complejo *per se*⁸⁷, puesto que cada dimensión jurídica objeto del análisis ha necesitado el uso y conocimiento de diferentes fuentes atendiendo a los diferentes cambios jurídicos y sociales, jurisprudenciales, de organizaciones e instituciones especializadas, del sector de la autorregulación, y fuentes doctrinales también muy especializadas en ambos sectores del Derecho de la competencia en todos los niveles legislativos analizados.

47. En materia de competencia desleal transfronteriza, las fuentes doctrinales han sido en muchas ocasiones, las únicas fuentes con las que se ha contado para el examen de algunos problemas que la disciplina de la competencia desleal adolece en la práctica, debido a la falta de jurisprudencia con la que se ha podido lidiar especialmente en el análisis de los problemas del DIPr.

48. Para el análisis teórico de la disciplina en el ámbito de la configuración jurídico pública se ha llevado a cabo mediante las técnicas aportadas por dos tipos de análisis; el análisis económico del Derecho, del análisis “normativo” y

⁸⁵ En este sentido, F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “La racionalidad económica del Derecho internacional privado”, *Cursos de Derecho internacional privado Vitoria Gasteiz*, 2001, disponible en: http://www.ehu.eus/cursosderechointernacionalvitoria/ponencias/pdf/2001/2001_2.pdf, pp. 91-94

⁸⁶ *Ibid.* p. 95, teniendo en cuenta la “doble lógica” del DIPr y la sociedad “jurídicamente fraccionada” en la que se desarrollan las sociedades actuales; A.L. CALVO CARAVACA/J.CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. 1, Granada, Comares, 2016, pp. 20-22. Interesa resaltar que los autores consideran que se debe evitar la “normología” y con razón. En cuanto un exceso de técnicas abstractas y métodos no es lo que necesita la regulación del DIPr de forma actual, sino soluciones prácticas a problemas jurídicos.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 93, citando también y de recomendable lectura a, LUHMAN, *Das Recht der Gesellschaft*, Taschenbuch, 1995, aunque en referencia al Derecho de sociedades, su análisis puede ser extrapolable a cualquier institución que se analice en el marco del DIPr de forma actual.

racionalidad como dicen los autores⁸⁸, teniendo en cuenta lo explicado en el apartado 1º como derecho de mercado y parte del derecho económico de las Constituciones económicas de los Estados sociales de Derecho, en relación a la institución de la disciplina de la competencia desleal.

49. Aunque no puede considerarse que el análisis normativo del Derecho de la competencia, se encuentra siempre subordinado al análisis económico del Derecho.

Al afirmar que es parte del Derecho económico, este análisis se hace necesario porque los conceptos analizados son, en puridad, económicos. Por ejemplo, el mercado, diferentes tipos de criterios para analizar los mercados (como el criterio del mercado relevante, del producto, afectado, ect...); la eficiencia económica, el bienestar del consumidor, los fallos del mercado, en cuestiones relativas al abuso de posición dominante cuando también afecte a materia de precios con el establecimiento de precios discriminatorios (entendiendo discriminación como distorsión a la competencia efectiva y económica), etc.

50. De otro lado, porque algunos autores estudiosos de la disciplina de la competencia desleal y dados los cambios operados en el ámbito del Derecho de la lealtad comercial en la Unión Europea, consideran que, de forma actual, el Derecho de la competencia desleal está mucho mejor preparado para actuar en contra de los

⁸⁸ Sobre la importancia del análisis económico del Derecho en disciplinas como la que se analiza, E. BALATE, “Les marches du droit: pourquoi en parler et pourquoi en débattre”, *RIDE*, vol. XXXI, nº4, 2017, pp. 5-7; G. DOMENECH PASCUAL, “Por qué y cómo hacer análisis económico del Derecho”, *Revista de Administración Pública*, nº195, 2014, pp. 99-133, p. 101: “el análisis económico del Derecho consiste en estudiar bien con finalidad práctica, bien con una finalidad puramente cognoscitiva, las normas jurídicas aplicando los conocimientos y métodos proporcionados por la economía”; p. 105; “el análisis normativo se ocupa de estudiar qué es lo que los agentes como el legislador, la Administración, los tribunales, las partes contratantes, etc., a la vista de las consecuencias esperadas de sus diversas alternativas de actuación, deberían hacer, qué decisiones deberían adoptar, qué normas deberían hacer, qué decisiones deberían adoptar, qué normas deberían establecer, a fin de maximizar la satisfacción de ciertas preferencias”; en relación al DIPr y el análisis económico de sus normas y su racionalidad, H. MUIR WATT, « La fonction économique du droit international privé », *RIDE*, vol. 1, 2010, pp.103-121; en el DIPr, F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “La racionalidad económica del Derecho internacional privado”, *Cursos de Derecho internacional privado..*”, *op.cit. supra*: J. BASEDOW, “The effects of globalization on Private International Law”, en J. BASEDOW (ed.), *Legal aspects of Globalization: Conflict of Laws, Internet, Capital Markets and Insolvency in a global economy*, The Hague/London, Kluwer Law International, 2000; *id.* “The law of Open Societies; private ordering and public regulation of International Relations”, *Rec. des C.*, vol. 360, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2013, pp. 9-516; como expresa CARRASCOSA GONZÁLEZ en su blog *Accursio DIP*, en su comentario a las manifestaciones de BASEDOW, el razonamiento económico toma el pulso del discurso y todo adquiere sentido en nombre de la “eficiencia” como criterio de solución de los conflictos de leyes que afectan a los particulares.

fallos del mercado como mecanismo corrector de estos fallos que el Derecho *antitrust*, derivado de su consideración como Derecho de mercado⁸⁹.

2. Metodología de la segunda parte de la tesis doctoral: Derecho internacional privado europeo y relación con la primera parte de la tesis doctoral

51. En segundo lugar, se ha empleado el análisis holístico, especialmente para el análisis del DIPr europeo y el Derecho material de las normas contra la competencia desleal en el mercado interior por su transversalidad. El análisis holístico del Derecho se considera que aporta un mejor entendimiento de la interacción entre la función de instituciones que son híbridas de forma actual, del contenido de sus normas, y los criterios y principios que las rigen, incluyendo en el mismo el análisis teleológico⁹⁰.

52. Este análisis no se limita al análisis normativo de forma separada, sino que tiene en cuenta todos los factores que llevan a los legisladores domésticos a promulgar normas, en especial, por la incidencia que tiene la globalización y el legislador internacional en las mismas. Intentando buscar el objetivo verdadero, no quedándose en la superficie.

53. De otro lado, tiene en cuenta que, aunque el DIPr sea un derecho de conexiones entre ordenamientos jurídicos basando en la “justicia formal” que no material, y que el DIPr europeo deba tener conexiones neutras para facilitar el proceso de integración europea, no se puede olvidar que muchas materias, como la competencia desleal, dependen de los valores materiales de los ordenamientos

⁸⁹ *Supra* I.2.B; por todos, F. HENNING BODEWIG/A. SPLENGER, “Conference Report: Framing the “Hard Core” of Unfair Competition Law”, Workshop of the Max Planck Institute for Innovation and Competition, *GRUR Int.*, 9-11 abril 2016, pp. 911-914, en particular, la opinión de LEITSNER que considera su papel de Derecho económico corrector de los fallos de mercado en especial atendiendo a su función consumerista y el deber de información y otros deberes contractuales en los que el Derecho *antitrust* no llega por no poder ser excesivamente “intervencionista”, como es el deber de lealtad y la buena fe en los contratos; L. MIRANDA SERRANO/ J. PAGADOR LÓPEZ, “Últimos desarrollos jurisprudenciales del principio de integración publicitaria del contrato: relevancia negocial de la publicidad más allá de las estrictas relaciones de consumo (STS de 23 de julio de 2013), *Ccopyme (Consejo Consultivo para la Pequeña y la Mediana Empresa)*, disponible en: <http://www.ccopyme.org/articulo.php?a=69>; *id.* “La necesidad de establecer conexiones entre el Derecho de la competencia desleal y el Derecho de los contratos”, *Diario La Ley*, nº 8464, Sección Tribuna, 2015, pp. 1-9; “Misleading and Agressive Commercial Practices and the Defects of Transnational Content”, en R. SCHULZE/ P. PERALES VISCASILLAS, (eds.), *The formation of Contract: New Features and Develements in Contracting*, *Nomos*, vol. 46 2016, pp. 89-96.

⁹⁰ *Vid.* Sobre el análisis holístico del DIPr en general, C. P. PAMBOUKIS, “Droit international privé holistique: Droit uniforme et droit international privé”, *Rec. Des C.*, t. 330, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, pp. 27-447; A. D. CHIRITA, “A legal-historical Review of the EU Competition Rules...”, *loc.cit.*, p. 281, que aplica este tipo de análisis a las normas de Competencia en el ámbito del Derecho de la Unión Europea.

jurídicos en los que se tutelan conteniendo aspectos de orden público relevantes que impiden una neutralidad directa y pura⁹¹.

54. Por otra parte, el análisis holístico también facilita la comprensión en cuestiones de relación y coherencia entre el *fórum ius*, atendiendo a que entre las normas de CJI y LA existen diferencias por su función que también a la vez se relacionan, especialmente en el ámbito del DIPr europeo patrimonial, en el que la competencia desleal está comprendida⁹².

55. En relación al contenido de las normas materiales que tutelan valores fundamentales del ordenamiento jurídico, de forma clásica o tradicional, esta clasificación ha despegado siempre de la división entre normas de Derecho público (por ejemplo, normas de intervención, normas de policía y de aplicación inmediata y necesarias) y normas de Derecho privado (normas dispositivas)⁹³.

56. Normas de ambos tipos se encuentran en instituciones como la competencia desleal como Derecho privado institucional. El derecho a competir de forma libre es un derecho fundamental pero los operadores no pueden disponer del mismo, abusando del mismo o controlando el acceso al mercado de forma privada⁹⁴.

57. Es cierto que por una cierta influencia *in crescendo* del Derecho anglosajón y angloamericano en el ámbito del Comercio internacional, se ha venido cuestionando si la clasificación clásica estricta entre público y privado tenga la misma eficacia, aproximando a disciplinas de Derecho privado que tienen contenido de Derecho privado institucional a la aplicación tanto pública como privada de sus

⁹¹ Vid. J. BASEDOW, “The Law of Open Societies...”, *loc.cit.*

⁹² De forma parecida se pronunciaba LAGARDE al entender que la “justicia material” primaba por encima de la “justicia formal” en las normas de DIPr para justificar el “principio de proximidad”, P. LAGARDE, “Le principe de proximité dans le Droit international privé contemporain”, *Rec. des C.*, t. 196, Leiden, Brill, 1986, pp. 9-238, pp. 116-118; sobre la incidencia de estos valores materiales en las normas de competencia desleal en el DIPr y su relación con las exigencias del proceso de integración negativa en la UE, J. I. PAREDES PÉREZ, “Sobre la conveniencia de una norma de conflicto bilateral sobre competencia desleal”, *AEDIPr*, t. VI, 2006, pp. 427-440, p. 438: “Las normas del DIPr tampoco son neutras frente a las exigencias que dimanarían del proceso de integración económica”; R. ARENAS GARCÍA, “El Derecho internacional privado (DIPr) en la era de la globalización: La vuelta a los orígenes”, *Cursos de Derecho internacional y Relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2008, pp. 19-94, p. 39.

⁹³ J. BASEDOW, “The Law of Open Societies...”, *loc.cit.*, p. 352 y p. 362.

⁹⁴ M. C. VAQUERO LÓPEZ, “Las cláusulas económicas extraterritoriales en el tráfico privado internacional”, *Anales de estudios económico y empresariales*, nº 9, 1994, pp. 483-508, p. 489, como sostiene la autora, la aplicación inmediata del derecho material extranjero puede ser tanto de derecho público como de derecho privado (siendo más notoria su presencia en los sectores de la ley aplicable y el reconocimiento y la ejecución de resoluciones y actos extranjeros).

normas⁹⁵. Así, sucede en el ámbito de la competencia desleal. Por ello, de nuevo, el análisis holístico e interdisciplinar de sus fuentes en cada uno de los niveles legislativos acerca a una mejor comprensión de su *status quo* actual.

58. No obstante, en este análisis no se persigue clasificar entre las normas de competencia desleal como públicas y privadas, sino en cuanto a la aplicación pública o privada de las mismas en los diferentes niveles legislativos, en cuanto a si sean normas de aplicación inmediata y directa o normas dispositivas y el equilibrio de intereses que se tutelan que pueda entenderse este *status quo* actual de su función en el DIPr de la competencia desleal y del Derecho derivado hechas por el legislador europeo⁹⁶.

III. Plan de exposición y fuentes

1. Exposición y fuentes de la Primera parte.- Comercio internacional y Mercado interior europeo

59. Atendiendo al análisis sectorializado, la primera parte (Capítulos I y II) se centra, de forma fundamental, en la dimensión o configuración jurídico pública y su incidencia en la institución en la dimensión privada, siendo limitado el tratamiento de cuestiones relativas a los aspectos emanados de la aplicación pública por no atender al verdadero objeto de la tesis.

60. Configuración difusa en el comercio internacional. El protagonismo del análisis en esta parte, está focalizado especialmente en entender el mandato de la

⁹⁵ Vid. A. MILLS, *The Confluence of Public and Private international law: Justice, Pluralism and Subsidiarity in the International Constitutional Ordering of Private Law*, Cambridge University Press, 2009; *id.* "Private International Law and EU External relations: Think Local Act Global, or Think Global Act Local?", *ICLQ*, vol. 65, July 2006, pp. 541-579; M. POIARES MADURO, "Interpreting European Union Law: Judicial Adjudication in a Context of Constitutional Pluralism", *EJLS*, vol. 1, nº2, 2007, pp. 1-20; sobre todo en los países con tradición jurídica *common law*, C. HARLOW, "Public and Private Law: Definition without distinction", *Modern Law Review*, vol. 43, nº3, mayo 1980, pp. 241-265; J.J. KUIPERS, *EU Law and Private International Law: The Interrelationship in Contractual Obligations*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2012, p. 3: "(...) the distinction between public international law and private international law, where the former dealt with the right of a state to regulate conduct not exclusively of domestic concern and the latter determined the applicable law in a specific case, has been increasingly fading"

⁹⁶ J. A. CARRILLO SALCEDO, "Aspectos doctrinales del problema de la universalidad del Derecho de gentes", *REDI*, vol. 17, 1964, pp. 3-15; J. C. FERNÁNDEZ ROZAS/ S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, 7ªed., Cizur Menor, Civitas (Thomson-Reuters), 2013; A. MILLS, *The Confluence of Public and Private...op cit. supra*; S. SÁNCHEZ LORENZO, "La función de las técnicas conflictuales en los procesos de unificación del Derecho privado material", en *Pacis Artes (Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos)*, Madrid, Iprolex, 2005, pp. 1765-1786, p. 1786; T.C. KOHLER, «Comparative law in a Time of Globalization: Some reflections», Boston College Law School Papers, *Duquesne Law Journal*, vol.52, nº1, 2014, pp. 101-114; G. DROZ, "Régards sur le droit international privé comparé", *Rec. Des C.*, The Netherlands, Martinus Nijhoff, vol. IV, t. 229, 1992, pp. 13-424.

“lealtad en las transacciones comerciales” en el mercado globalizado considerando su tratamiento diferenciado en todas las fuentes que tratan la Competencia desleal o el comercio desleal en estos niveles legislativos.

61. El Capítulo I está dividido en varias secciones que analizan de forma sectorial las fuentes emanadas de organizaciones supranacionales como la OMC-GATT (ADPIC) y las de tipo privado como fue el CUP. Como se relacionan entre ellas y cuál es la verdadera función y tratamiento en relación a la disciplina como Derecho privado y Derecho privado institucional.

Las fuentes que han sido analizadas pertenecen al ámbito del Derecho económico internacional (Comercio internacional) el Derecho mercantil internacional y el derecho emanado de la *lex mercatoria* o *Soft law*, que han generado fuentes de autorregulación, generadas por organismos profesionales y por organismos interestatales que también afectan a la represión de la competencia desleal en el comercio internacional.

62. El Capítulo II se centra también en el tratamiento híbrido desde el Derecho originario y derivado del mercado interior europeo y su desarrollo en los procesos de integración negativa (siendo un contenido más enfocado a la tutela de valores fundamentales como las libertades de circulación de bienes y servicios y la lealtad en el ámbito del comercio entre EM); y su desarrollo en los procesos de integración positiva o de armonización material.

Aquí, se debe diferenciar entre el tratamiento de la lealtad o deslealtad en las relaciones comerciales *ad extra* y *ad intra* y estos diferentes parámetros que también se acercan a una aplicación más pública del Derecho de la competencia desleal, puesto que al ser la UE un miembro OMC, este último organismo a influenciado en cuestiones relativas al fomento de la competencia libre y leal en el mercado interior.

63. El tratamiento del Derecho de la competencia desleal en el ámbito del Derecho originario es necesario, atendiendo a los objetivos de política legislativa en materia de política comercial y de competencia del legislador europeo. De este análisis emanan muchas respuestas a su estado de fragmentación actual en el Derecho derivado y de los EM, siendo uno de los mayores obstáculos, la falta de coherencia legislativa en este acervo de normas en conjunto (tratamiento diferenciado como Derecho privado y como Derecho privado institucional). Así como su posterior incidencia en las normas del DIPr europeo, que se encuentra

afectado por aspectos relativos a las diferentes técnicas de regulación de disciplinas como la abordada⁹⁷.

En la Sección segunda, se dedica un análisis a las normas materiales del Derecho derivado creadas por el legislador europeo contra la lucha contra las prácticas comerciales desleales para entender su cambio de paradigma como el Derecho de la lealtad en las transacciones comerciales: la Directiva clave en el análisis, es la Directiva 2005/29/CE del Parlamento y del Consejo de 11 de mayo de 2005 relativa a las prácticas comerciales de las empresas en sus relaciones con los consumidores que modifica la Directiva 84/459/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) n°2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo (en lo sucesivo, DPCD)⁹⁸.

No obstante, no son las únicas. Otras Directivas como la Directiva 2000/31/CE de comercio electrónico, la nueva Directiva (UE) 2016/ 943 sobre secreto comercial⁹⁹, entre otros instrumentos¹⁰⁰, se han hecho necesarias en el análisis¹⁰¹, por su relación con aspectos relativos a la competencia desleal.

Escisión del Schuzzwecktrias. Sobresale del análisis que el mayor problema que enfrenta este cuerpo normativo en el Derecho derivado de lealtad comercial, fue la escisión de la protección de la trilogía de intereses tutelados en el “Modelo Social” (*Schuzzwecktrias*) y que, gracias a esta escisión, la disciplina tiene doble consideración en el DIPr europeo que la trata.

63. Se ha hecho necesario también para entender este estado actual de fragmentación del Derecho derivado el análisis y función del “principio del país de origen” (*country of origin*) o el “mutuo reconocimiento” (*mutual recognition*) desde su posición en el Derecho originario y en el Derecho derivado, entendiendo su valor y función en el Derecho de la lealtad de las transacciones comerciales y su valor en los procesos de integración del mercado interior europeo. Este aspecto se desprende

⁹⁷Vid. G. SCHRICKER /F. HENNING-BODEWIG, “New initiatives for the Harmonization of Unfair Competition in Europe”, *EIPR*, vol. 41, n°5, 2002, pp. 271-276, p. 273: “The basic approach underlying the Directive of 1984/1997 on Misleading and Comparative advertising was the assumption that commercial activities are adjudicated in every Member State according to the respective national law. This is in harmony with the rules on conflict of laws applicable in most Member States: the act of unfair competition underlie the law of the state where the acts have been committed which leads in general to the application of the law of the respective market”

⁹⁸ DOUE, L 149/22, de 11 de junio de 2005.

⁹⁹ DOUE, L 157/1, de 15 de junio de 2016.

¹⁰⁰Por ejemplo, la Directiva 93/13/CEE, de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, DO, L 95, de 21 de abril de 1994.

¹⁰¹ DOCE, L 178/1, de 8 de junio de 2000.

de las normas que han codificado el principio y de la jurisprudencia del TJUE en materia de libertades de circulación de mercancías y servicios en la materia¹⁰².

2. Exposición y fuentes de la Parte Segunda.- Derecho internacional privado europeo y relación con la primera parte

64. La segunda parte de esta tesis doctoral (Capítulos III, IV y V) está dedicada al análisis de las cuestiones y problemas que la competencia desleal presenta en la disciplina del DIPr, como ilícito de responsabilidad no contractual fundamentalmente, aunque con la consideración también de ilícito de mercado o “económico”, *economic-business tort* (desde el ámbito de la tradición jurídica del *common law*)¹⁰³.

65. El ilícito concurrencial de tipo desleal se torna transfronterizo porque existe un elemento extranjero que hace necesaria la activación de las normas de DIPr.

Esto es, cuando los efectos de la conducta comercial, práctica o acto comercial desleal traspasa fronteras, bien sea un acto que haya empezado en el mercado nacional pero haya producido efectos en el extranjero, o del lado contrario, un acto que haya empezado en otro u otros mercados y sus efectos se manifiesten en el mercado nacional¹⁰⁴.

66. El análisis se ha llevado a cabo de conformidad con el esquema clásico tripartito de la disciplina. Aunque sólo se analizan el sector de la competencia judicial internacional (en lo sucesivo, CJI) y el ámbito de la ley aplicable (en adelante, LA), no analizándose las cuestiones de reconocimiento y ejecución por no presentarse el sector más problemático en la competencia desleal¹⁰⁵.

¹⁰²Vid.v.gr. M. LEHMANN, “Los Tratados de libre comercio e inversiones transfronterizas y el conflicto de leyes”, *AEDIPr*, t. XIII, 2013, pp. 127-145.

¹⁰³R. CALLMANN, “What is Unfair Competition?”, *Geo. L. J.*, vol. 28, nº 5, 1940, pp. 585-607.

¹⁰⁴R. HILTY, “The Law Against Unfair Competition...”, *loc.cit.*, en R. HILTY/ F. HENNING- BODEWIG (eds.), *Law Against Unfair Competition: Towards a New Paradigm in ...*, *op.cit.*, pp. 39-42; W. FIKENTSCHER, “Anthropological and Economic Foundations of FairEconomy as a Free Market System”, en W. FIKENTSCHER/ P. HACKER /R. PODSZUN (eds.), *FairEconomy: Crises, Culture, Competition and the Role...*, *op.cit.*, p.32; M. PAZDAN/ M. SZPUNAR, “Cross-border Litigation of Unfair Competition over the Internet”, en A. NUYS (ed.), *International Litigation in Intellectual Property and Information Technology*, The Netherlands, Kluwer Law International, 2008, pp. 131-149, p. 132.

¹⁰⁵Sobre los aspectos de reconocimiento y ejecución sólo se han puesto de relieve algunos aspectos relativos a los problemas que causan las llamadas acciones de daños punitivos (*punitive damages*) y triple indemnización de daños y perjuicios (*treble damages*).

67. Las fuentes que se han consultado en esta segunda parte de la investigación, son fuentes del DIPr de la UE, del sistema español de DIPr, de las instituciones de la UE y de la jurisprudencia del TJUE, nacional y de terceros Estados. La jurisprudencia de los terceros Estados ha sido necesaria para poder profundizar en cómo los tribunales y autoridades de estos Estados han tratado las mismas cuestiones relativas a los problemas de la competencia desleal transfronteriza que están haciendo frente los tribunales y autoridades de los EM¹⁰⁶.

68. La jurisprudencia del TJUE que ha sido la más analizada, puede considerarse que es escasa en cuestiones de competencia desleal transfronteriza pero, del lado contrario, no en las cuestiones generales que tienen relación con aspectos de índole general, y que se presentan en estos litigios por competencia desleal transfronteriza. Especialmente, por el uso del foro especial por razón de la materia para las obligaciones de tipo extracontractual, donde el ilícito tiene encaje de forma clásica (no siendo el único foro que de forma actual puede ser utilizado en ilícitos de competencia desleal transfronteriza y que se ha analizado).

Por ejemplo, esta jurisprudencia del TJUE es necesaria en lo relativo a figuras como como el *forum shopping*, el *forum actoris* y la formación del *favor laesi* con su aplicación, el *forum legis*, que se pueden presentar en litigios transfronterizos que tengan por causa acciones contra la competencia desleal, por el uso del foro especial por razón de la materia en obligaciones extracontractuales y su uso alternativo al foro general del domicilio del demandado (persona física o jurídica)¹⁰⁷.

69. En especial, también se ha atendido a la adecuación de las teorías del mismo TJUE para la interpretación de este foro atendiendo a si el ilícito de competencia desleal se presenta ubicuo o multilateral. Ambas teorías conocidas por la doctrina, son la “teoría de la ubicuidad” y la “teoría del mosaico” (*Mosaikbetrachtung*).

Se cuestiona si la aplicación tanto del principio de ubicuidad como la teoría del mosaico (*Mosaikbetrachtung*) son realmente compatibles con la aplicación del

¹⁰⁶ En algunas cuestiones, la jurisprudencia norteamericana ha servido de gran ayuda para poder realizar un análisis que diese lugar a poder entender determinado tipo de figuras conflictivas en cuestiones de CJI como el *contort* o el *tortious interference*, que tienen lugar en la práctica entre profesionales que realizan transacciones con empresas norteamericanas. En otros problemas, como la determinación del alcance de las cláusulas de sumisión expresa, para conocer de daños de tipo extracontractual, derivados de un acto de competencia desleal ha servido de referente.

¹⁰⁷ M. VIRGÓS SORIANO/ F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2ªed., Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2007

“criterio del mercado afectado” en determinados supuestos de competencia desleal transfronteriza.

Importancia de la localización de un mercado afectado. Localizar un mercado afectado, entendiendo “mercado afectado” a efectos de CJI y LA, como el lugar donde se ha realizado el hecho dañoso y en donde se mantenían las relaciones de competencia directas, dentro de la litigación transfronteriza y en supuestos multilaterales es una operación de extrema complejidad. Este criterio de corte territorial, limita los lugares ante los que se puede establecer la demanda, por lo que se pone en duda, de qué forma estas teorías pueden tener cabida con su aplicación.

70. El corazón de la tesis o su corazón se encuentran, en los Capítulo IV y V, especialmente en los problemas de CJI o los problemas de Derecho procesal civil internacional¹⁰⁸. Esto es, el análisis de las cuestiones jurisdiccionales. Apostando por la inclusión de este punto de conexión específico de la disciplina: el criterio del mercado afectado (*marked based test/marché affecté*).

71. El problema de localización de este mercado afectado se incrementa cuándo los actos y prácticas comerciales desleales se han desarrollado por medios que son en principio a-territoriales, como *Internet* que no siguen la ubicuidad¹⁰⁹. En estos medios, la falta de geo-localización de un lugar es usual y pueden presentarse pluralidad de lugares que podrían ser considerados como “mercado afectado”¹¹⁰,

¹⁰⁸ No se han analizado los supuestos en los que existe arbitraje comercial internacional puesto que se ha centrado el objeto de análisis en los problemas del ámbito de la jurisdicción ordinaria.

¹⁰⁹ C. BRÖMMELMEYER, *Internetwettbewerbsrecht: das recht der Ubiquität, das Recht der Domain, Geistiges Eigentum und Wettbewerbsrecht*, vol. 8, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007, pp.108-111

¹¹⁰ Vid. P. MANKOWSKI, “Particular Kinds of Unfair Competition on the Internet and Conflict of Laws”, *IIC*, vol. 32, nº4, 2001, pp. 390-412; J. GLÖCKNER/ A. KUR, “Geschäftliche Handlungen im Internet, Herausforderungen für das Marken- und Lauterkeitsrecht”, *GRUR*, 2014, pp. 29-51; M. BURNSTEIN, “A Global Network in a Compartmentalized Legal Environment” en K. BOELE-WOELKI/ C. KESSEDJIAN (eds.), *Internet, Which Court Decides? Quel tribunal décide? Quel droit s’applique?*, vol. 5, La Haya/Londres/Boston, Kluwer Law International (Law and Electronic Commerce), 1999, pp. 23-34; C. RAMBERG, *Internet Marketplaces: The Law of Auctions and Exchanges on line*, Oxford, Oxford University Press, 2002; P. TORREMANS/J. FAWCETT, *Intellectual Property and Private International Law...*, *op.cit.*, p. 533: “Internet is essentially a network of computers and servers, but a network that by its very nature crosses borders. That in itself already guarantees that issues of private international arise.”; en el asunto C-618/15, *Concurrence SARL c. Samsung Electronics France y Amazon Services*, párrafo 2 de las Conclusiones del AG sr. WHATELET; “La problemática de estos delitos cometidos por Internet (“ciberdelitos”) no resulta fácil en la medida en que, al tratarse de una red universal por definición, es especialmente complicado localizar estos delitos, ya se trate del hecho generador o del perjuicio sufrido (...)”; P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “La accesibilidad de los sitios de Internet como fundamento de la competencia internacional: una oportunidad perdida”, 23/12/2016, disponible en: <http://pedroemiguelasensio.blogspot.com.es/2016/12/la-accesibilidad-de-los-sitios-de.html>; *id.* “Directiva sobre comercio electrónico: Determinación de la normativa aplicable a las actividades transfronterizas”, *Revista de la contratación electrónica*, nº 20, octubre 2001, pp. 3-40, disponible en:

siendo habitual que no se emplee en muchos de ellos, únicamente el criterio a efectos de determinar un tribunal competente y la ley aplicable.

72. Para estos supuestos, la ley no ha previsto todavía soluciones concretas. A diferencia de la jurisprudencia, en concreto la del TJUE, que se vuelve a poner de relieve para valorar las soluciones alternativas al “criterio del mercado afectado”.

73. De otro lado, se plantea también si este criterio puede ser utilizado para todo tipo de ilícitos concurrenciales o en cualquier medida que deba adoptarse de forma transfronteriza para estos actos comerciales desleales¹¹¹.

74. Esto es, si también puede ser válido en aquellos supuestos en los que el acto de competencia desleal pudo nacer de contrato o cuando existía una cláusula de sumisión expresa con alcance suficiente para conocer de los daños anticompetitivos (pactos de no competencia), y los problemas que emanan de estos supuestos, teniendo en cuenta que, este aspecto se constituye como uno de los más interesantes para la disciplina, no sólo en el ámbito del DIPr sino también en el Derecho material, que cambia la elección de tribunal y de ley aplicable en algunos supuestos (y, en los que en apariencia no opera el criterio clásico de la disciplina).

75. La necesidad de adoptar mecanismos procesales efectivos que garanticen a los competidores en el mercado global y/o doméstico su derecho fundamental de competir en igualdad de condiciones y en un entorno en el que no exista una competencia distorsionada o falseada, así como, a su vez si son propietarios de derechos de exclusiva con el cuál comercializan, está necesitando de una adaptación a los nuevos modelos de negocios y del tráfico comercial internacional, para otorgar mayor seguridad jurídica, cumpliendo con el efecto útil de los instrumentos de CJI.

76. A pesar de haberse llevado a cabo acciones en el ámbito internacional, en el Derecho derivado material de la UE, y en otros instrumentos contra la competencia desleal todavía queda mucho por hacer para asegurar la

<http://eprints.ucm.es/6881/1/DIRCOMELECpdmiguel2001.pdf>, pp. 3-4; A. THÜNKEN, “Multi-State Advertising Over the Internet and the Private International Law of Unfair Competition”, *ICLQ*, vol. 51, nº 4, 2002, pp. 909-942, p. 910; M. VERMEER, “Unfair Competition Online and the European Electronic Commerce Directive”, *Annual Survey of International and Comparative Law*, vol. 7, nº 1, artículo 7, 2001, pp. 87-99

¹¹¹ Por ejemplo, en materia de medidas cautelares, atendiendo a que en supuestos de competencia desleal se sigue la doctrina *ex re ipsa*, o en cuestiones de carga de la prueba, que también en publicidad desleal y competencia desleal cuenta con sus particularidades, entre ellas, la “inversión de la carga de la prueba” (*probatio diabolica*).

efectividad de esta protección, sobre todo en los problemas relativos derivados de actos comerciales que se han producido en medios como Internet¹¹².

77. El Capítulo V se destina al sector de la ley aplicable, esto es, al estudio de la norma de conflicto bilateral realizada por el legislador europeo, para solventar los problemas de la ley adecuada que resuelva el fondo del asunto. Ya que, a diferencia del panorama presentado en el sector de la CJI, el legislador europeo creó una norma de conflicto específica que ha reconocido la trilogía de intereses que tutela el Derecho de la lealtad comercial en la UE, el artículo 6 del Reglamento (CE) nº 846/2007, del Parlamento europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a las obligaciones extracontractuales (en lo sucesivo, RRII)¹¹³. Introduciendo en la misma, su criterio especial, “el criterio del mercado afectado”.

78. Se diferencia así entre el acto de competencia desleal dirigida contra la demanda del mercado o relaciones *B2C*, *i.e.*: los intereses colectivos de los consumidores y / o el mercado/intereses generales; o si el acto comercial fue dirigido contra la oferta del mercado, *i.e.*: sólo a la órbita personal del profesional/competidor (relaciones entre empresarios/profesionales o relaciones *B2B*). Reconociendo así, que las normas contra la competencia desleal tienen este

¹¹² Se ha dicho que internet es el *no there* (un mundo sin lugar). Los criterios que se usan para resolver los conflictos de leyes y de CJI de tipo territorial, a veces, se hacen ineficientes así como el dominio internacional por excelencia “.com”; R. XALABARDER PLANTADA, “Cuestiones de Derecho internacional privado: jurisdicción competente y ley aplicable”, M. PEQUERA POCH, (ed.), *Derecho y nuevas tecnologías*, Barcelona, 2005, pp. 471-526; del lado contrario, P. MANKOWSKI, “Particular Kinds of Unfair Competition on the Internet...”, *loc.cit.*, p.390: “*Despite its international nature, the Internet by no means operates in a lawless space*”; Uno de los problemas de Internet también es la gran cantidad de normas de la autorregulación que conlleva por sí mismo el medio, como el llamado *Netiquette*, donde las normas de conducta afloran a gran velocidad. Sobre esta teoría puede verse; S. HAYAKAWA, “Private law in the era of Internet”, en J. BASEDOW (ed.), *Legal Aspects of Globalization: Conflict of Laws, Internet, Capital Markets, and Insolvency in a global economy*, The Hague/London, Kluwer Law International, 2000, p. 43; de cómo funciona el principio de lealtad en las relaciones y prácticas comerciales desleales *B2C* en Internet, C. COTEANU, *Ciber consumer law and unfair trading practices*, Lancaster, Routledge, 2005; en la jurisprudencia española, por ejemplo, SAP Madrid, Sección 14ª, de 8 de noviembre de 2002, nº 1033/2002, asunto ABRETE ASESORES DE GESTIÓN S.L, FJ 7ª: “La estructura descentralizada y transfronteriza de “Internet” como sistema internacional de intercambio de información digitalizada sin fronteras, ha condicionado su eventual ordenación jurídica, concluyéndose en doctrina en la imposibilidad de una ordenación jurídica acabada y efectiva circunscrita a las fronteras nacionales, no obstante, lo cual serán las diversas ramas del Derecho las que vayan dando solución a los problemas singulares que en cada campo se susciten, constituyendo un elemento adicional y complementario ineludible el Derecho Internacional y Comunitario, y el relevante caudal de prácticas y normas consuetudinarias que se han ido creando, así como las soluciones jurisprudenciales sobre la casuística y circunstancialidad operante en cada supuesto concreto.”

¹¹³ DOUE, L 199/40, de 31 de julio de 2007.

triple objetivo de protección (*Schuzzwertrias*) y que es Derecho privado institucional¹¹⁴.

79. No obstante, es contradictorio con el tratamiento otorgado como Derecho privado por el mismo legislador europeo, estableciendo que es una norma de conflicto bilateral pura y neutra. Un análisis minucioso con relación a la estructura de la norma de conflicto especial y el mismo RRII hacen resaltar los defectos que existen en la misma y la contradicción entre el tratamiento recibido en el ámbito del Derecho derivado, de DIPr de la competencia desleal y el tratamiento en las legislaciones actuales.¹¹⁵

Bilateralidad de las normas de conflicto. Por ello, se analizará el grado de bilateralidad de la norma de conflicto destinada a resolver en estos supuestos de competencia desleal transfronteriza, los problemas de aplicación de la ley aplicable y su necesidad en un espacio como el mercado interior europeo, siguiendo la “teoría del doble nivel” de aplicación de las normas de conflicto del legislador europeo, de BASEDOW. Teniendo en cuenta lo analizado en capítulos anteriores en relación a los valores materiales de la disciplina que están relacionados con los aspectos de LA y la no armonización completa de la disciplina como Derecho privado institucional.

80. También en cuestiones de LA se valora si existe una necesidad real de introducir o no introducir un concepto europeo de lealtad en las transacciones comerciales o competencia desleal en el RRII o seguir con las soluciones hasta ahora dadas que se ponen de relieve en el Capítulo V.

81. Otros problemas de aplicación han surgido en supuestos de corte multilateral se presenta el problema de la aplicación de múltiples leyes mediante la “teoría del mosaico” pero en los aspectos de ley aplicable. Algunos autores no lo consideran problemático. Otros autores, en cambio, sí lo consideran un aspecto que debiera ser corregido por el legislador europeo en aras a dar mayor seguridad jurídica a los litigios transfronterizos de competencia desleal en los que la presencia de varios mercados afectados, puede ser muy habitual. Por ejemplo, en campañas publicitarias transfronterizas y en redes de distribución de productos

82. Se analiza también en este Capítulo V, el problema de la inclusión de las “cláusulas de mercado interior” en las Directivas del Derecho derivado y el principio del “país de origen”, en relación a la compatibilidad de todas estas técnicas con la elegida por el legislador europeo para elaborar la norma de conflicto bilateral especial en materia de competencia desleal, en donde se trata la disciplina como

¹¹⁴*Vid. v.gr., C. HANDIG, “Neues im Internationalen Wettbewerbsrecht-Auswirkungen der Rom II-Verordnung”, GRUR Int, vol. 24, 2008, pp. 1-16, p. 4.*

¹¹⁵*Ibid.*

Derecho privado, a diferencia de las anteriores normas, que muestran un tratamiento diferente. Materias que muestran, por tanto, no estar separadas entre ellas, sino totalmente interrelacionadas, mereciendo una respuesta jurídica uniforme, al menos, la que debe establecer el legislador europeo en los conflictos de leyes en los intercambios *ad intra* en el mercado interior.

PRIMERA PARTE

**DERECHO DE LA COMPETENCIA DESLEAL EN
EL MARCO DEL COMERCIO INTERNACIONAL Y
EL DERECHO INSTITUCIONAL**

CAPITULO I

LA COMPETENCIA DESLEAL Y SU TRATAMIENTO EN EL COMERCIO INTERNACIONAL Y EL DERECHO CONVENCIONAL

SECCIÓN I.- COMPETENCIA DESLEAL EN EL COMERCIO Y EL DERECHO ECONÓMICO INTERNACIONAL

I. Actuación contra la competencia desleal en el comercio y el mercado internacional: Aspectos de la aplicación pública

1. *Conceptualización de las conductas comerciales desleales de tipo público y privado en el mercado internacional*

A. Origen del tratamiento de las conductas desleales en el comercio internacional y causas de su escaso desarrollo

1. El tratamiento de la disciplina del Derecho de la competencia desleal en el ámbito del comercio internacional está, de forma intrínseca, relacionado con la expansión del comercio mundial y los movimientos de libre comercio que comenzaron a fomentar la libre y leal competencia, que empezaron a institucionalizarse y tener más fuerza en la década de los noventa del pasado siglo XX.

2. Tras el período de entreguerras, se empieza a dar pábulo e impulso a esta masiva liberación de los intercambios comerciales alentando la caída de barreras arancelarias, fomentando el desarrollo de la competencia y comenzando a crear o desarrollarlo, el mercado global. Con ello, se empezó a generar, aunque de forma tímida, el desarrollo de mecanismos de control de conductas desleales desde la aplicación pública¹¹⁶.

3. No obstante, la deslealtad en el comercio entre naciones no es un producto de este siglo, sino que siempre se ha producido¹¹⁷. Lo que empezó siendo

¹¹⁶ S. AMIN, “El nuevo orden económico internacional”, *Monthly Review*, nº2, 1980, pp.22-48; H. CUADRA, “El Derecho internacional y el nuevo orden económico internacional”, disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/634/3.pdf>.

¹¹⁷ *Vid.* E. GONZÁLEZ, “Trade in the XXI Century”, en C. HERRMANN, B. SIMMA/R. STREINZ (EDS.), *European Yearbook of International Economic Law: Trade Policy between Law, Diplomacy and Scholarship. Liber amicorum in memoriam Horst. G. Krenzler*, Munich, Spinger, 2015, pp. 75-86; C. Kessedjian, “Droit commercial international et droit international privé”, *Rec. des C.*, vol. 300, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, pp. 93-290; un análisis histórico, S. CASTELLUCCIO, *Le prince et le marchand: le commerce de luxe chez les marchands merciers parisiens pendant le règne de Louis XIV*, Paris, Centre André Chastel (Université Paris-Sorbonne), Kronos SPM, 2014, pp. 335- 346; E. LÓPEZ BARRERO, “La Organización Mundial del Comercio y la política comercial global”, en J.V. GONZÁLEZ GARCÍA/E. LÓPEZ BARRERO (dir.), *Derecho*

una novedad fue su consideración y control en lo que se ha conocido como el Comercio institucionalizado, cuando estas conductas se empiezan a ordenar en organismos internacionales que preconizan el libre comercio internacional.

Cuestión específica. Los Estados como operadores jurídicos de transacciones mercantiles, siempre han desarrollado intercambios y relaciones comerciales entre sí usándolo sobre todo, como un medio de poder político y poder económico (*leverage- bargaining power*) con el que realizar transacciones y libre cambio. De otro lado, porque el “mercado” *per se*, también ha representado siempre un poder de gran envergadura, sobre todo poder económico, pudiendo llegar a usarse como un mecanismo de negociación más en las relaciones entre Estados¹¹⁸.

4. En las políticas comerciales siempre se ha incluido la regulación del Derecho de la competencia en general. En algunos momentos, los Estados han llegado a usarlas como medio de distorsión y ataque comercial¹¹⁹ utilizando estas políticas comerciales como excusa para introducir medidas comerciales de tipo unilateral (en defecto de regulación internacional), que pueden ser considerados actos de competencia desleal¹²⁰.

5. Este aspecto se percibe en cuanto no existe un Derecho de la competencia y mucho menos de competencia desleal a nivel internacional, teniendo en cuenta, como bien se conoce por las voces expertas que esta tarea se ha convertido en algo imposible como se convirtió la regulación de las inversiones en estas instancias¹²¹, por las todavía grandes divergencias entre los países de economía desarrollada y países de economías emergentes.

de la regulación económica (Comercio exterior), vol. VIII, 1ªed., Madrid, Iustel, 2009, pp. 511-567, p. 512, la aparición de normas internacionales que disciplinaban estos intercambios comerciales según relata López Barrero datan de la Edad Media; I. De León, “El rol de las ideas en el diseño de políticas de promoción a la competencia internacional”, *Contexto (artículos sobre economía)*, vol. 1/1999, pp. 40-57, esp. p. 41. El autor analiza un texto que data del año 1791, un Informe de los Estados Unidos en el que ya el mismo presidente de los Estados Unidos mostraba su preocupación por la “conspiración de los ingleses” para impedir el florecimiento de competencia en Estados Unidos en el comercio marítimo; en el s. XIX, la creciente interrelación comercial entre naciones era ya considerable incluso para poder afectar al comercio doméstico o nacional.

¹¹⁸ Vid. M. RAINELLI, “Réflexions sur la loyauté dans le commerce international”, en J. LAROCHE (ed.), *La loyauté dans les relations internationales (nouvelle édition)*, Paris, Laroche, 2011, pp. 177-197, p. 179.

¹¹⁹ J. E. SPERO/J.A.HART, *The Politics of International Economic Relations*, 7ªed., Canada, Cengage Learning, 2010, p. 3, en palabras de Hull, “*unhampered trade dovetailed with peace; high tariffs, trade barriers, and unfair economic competition, with war*”.

¹²⁰ C. OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, “El alcance extraterritorial del Derecho de la competencia y su utilización como medida comercial: Las perspectivas estadounidense, comunitaria y española”, *GJUEyC*, nº212, marzo-abril, 2001, pp. 34-56; *id.* “El instrumento de Defensa comercial comunitario...”, *loc.cit.*, p. 456.

¹²¹ E. M. FOX, “National Law, Global Markets, and Hartford: Eyes Wide Shut”, *Antitrust Law Journal*, vol. 68, 2000, pp.73-86, “*Competition law is national, markets are global, and there is*

6. ¿Vocación mundial del Derecho de la competencia en general vs. vocación mundial de los mercados?. Aunque sea contradictorio, en el ámbito del comercio internacional, se ha reconocido por cierto sector doctrinal, que el Derecho de la competencia tiene vocación mundial¹²², que cuenta con un triple objetivo, en el que se puede considerar la protección contra la competencia desleal de forma implícita.

7. Otro sector doctrinal, liderado por FOX¹²³, ha considerado que lo que son globales son los mercados, dado que las políticas de competencia son todavía nacionales. De ahí el problema de la falta de regulación a nivel internacional del Derecho de la competencia en general. Considera que esta laguna es peligrosa en el comercio multilateral puesto que fomenta más desequilibrios, siendo un problema de voluntad política, especialmente en el tratamiento del Derecho *antitrust*.

8. Así, FOX, con otro ejemplo vuelve a considerar este aspecto de las políticas de competencia nacionales. Según la autora, la *Foreign Trade Antitrust Improvements Act*, que establece que los exportadores norteamericanos pueden perjudicar la competencia y dañar a los competidores en mercados extranjeros, por medio de los cárteles de exportación sin restricciones en la ley norteamericana. Siendo estas normas paradójicas y un tanto “irritantes” para los demás Estados, en cuanto se controla el mercado extranjero mediante el control de los competidores nacionales.

Se acepta que estos carteles provoquen desequilibrios en la competencia de un mercado extranjero pero los competidores norteamericanos pueden invocar las normas de la *Clayton Act* y la *Foreign Trade Antitrust Improvements Act* para demandar ante los organismos de Estados Unidos que otros competidores en

the rub”; *id.* “The WTO’s First Antitrust Case- *MEXICAN TELECOM*-A Sleeping Victory for Trade and Competition”, *Journal of International Economic Law*, vol. 9, nº2, 2006, pp. 271-292; *id.* “Toward World Antitrust and Market Access”, *Am., J., Int., L.*, vol. 91, nº1, enero 1997, pp. 1-25, p. 1; J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, “El derecho económico internacional de la globalización”, *Guerra y paz (1945-2009). Obra homenaje al Dr. Torres Bernárdez*, Bilbao, Serv. Edit. Univ. País Vasco, 2010, pp. 197-236, p. 201; “El traslado de una economía multinacional a una economía global es una expresión sin precedentes en la reglamentación del comercio, que entraña un elevado grado de abstracción, *al perder el mercado su instrumento fundamental que era los Estados*” (énfasis añadido).

¹²² J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, *loc.cit., supra*. pp. 197-236: “Son muchos los argumentos que avalan un vínculo cada vez más estrecho entre competencia y comercio internacional: a mayor competencia entre los operadores económicos, más oportunidades de comercio y a mayor apertura comercial, más competencia, todo ello en beneficio del buen funcionamiento del mercado (...); *id.* “Autorregulación y unificación del Derecho de los Negocios internacionales”, en J.V. GONZÁLEZ GARCÍA (dir.), *Derecho de la regulación económica*, vol. VIII (Comercio exterior), Madrid, Iustel, pp. 83-137, pp. 87-92; J. A. MIER HERNÁNDEZ, *El control de las prácticas restrictivas de la competencia en el comercio internacional...*, *op.cit.*, pp. 85-95.

¹²³ E. M. FOX, “National Law, Global Markets, and Hartford: Eyes Wide Shut”, *Antitrust Law Journal*, vol. 68, 2000, pp.73-86, “*Competition law is national, markets are global, and there is the rub*”; *id.* “The WTO’s First Antitrust Case- *MEXICAN TELECOM*-A Sleeping Victory for Trade and Competition”, *Journal of International Economic Law*, vol. 9, no2, 2006, pp. 271-292, *id.* “Toward World Antitrust and Market Access”, *Am., J., Int., L.*, vol. 91, no1, enero 1997, pp. 1-25, p.

territorio extranjero están causándoles desequilibrios y así como cuando actúan como importadores.

B. Concepto de comercio y competencia desleal en el mercado internacional

9. No existe en el ámbito del Derecho del Comercio internacional ni en el Derecho económico internacional una definición exacta de qué es la competencia desleal. Como tampoco puede decirse que existe que el mercado internacional es un mercado en sí mismo, jurídicamente hablando¹²⁴.

En el comercio internacional se ha denominado “comercio desleal”, lo que se conoce en el Derecho interno como Derecho de competencia desleal, al menos por la Doctrina. Esta consideración de “comercio desleal” se ha realizado atendiendo al escaso desarrollo de la disciplina como institución en este nivel legislativo pero que forma parte del Derecho económico internacional, sobre todo, por el tratamiento que recibe en el sistema GATT-OMC. Se considera además que el “comercio desleal” en estos niveles es toda práctica legislativa que no se corresponda con las premisas y principios establecidos por el comercio institucionalizado, sea multilateral o bilateral, atendiendo al tipo de norma y tratado¹²⁵. De hecho, en este nivel, tampoco existen problemas para definir o encapsular qué es leal de lo que no es, como sucede en el ámbito del Derecho privado de la competencia desleal¹²⁶.

¹²⁴ A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado...*, vol. 2, *op.cit.*, p. 1353: “Cuando se alude al “mercado mundial” o “mercado internacional” realmente se quiere decir que existen flujos comerciales transfronterizos”.

¹²⁵ P. NICOLAIDÉS, “Trade Warfare: The Quest for Fair...”, *loc.cit., supra.*, pp. 119-122; No existe consenso ni en el ámbito académico ni en las organizaciones internacionales acerca de qué debe entenderse como “desleal” en el comercio: “So, what is fairness or, rather, unfairness? There is a large literature on the philosophy and morality of fairness? (...) A rule or policy is unfair when increases the chances of one by reducing those of another. An Unfair policy creates this kind of conflicting interest. On the basis that, of some other moral criterion that conflict may be tolerable or even desirable. None the less, an Unfair policy does cause a conflict of interest (...) it follows from the above that some trade policies are unfair, not because they are in any sense immoral but because they handicap or impose cost on other countries”; C. OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, “El instrumento de Defensa Comercial comunitario tras la conclusión de los Acuerdos de la Ronda Uruguay. (La posición de los sujetos de derecho privado ante la regulación del comercio internacional)”, *RIE*, vol. 23, n°2, mayo-agosto 1996, pp. 455-483, p. 456; J. L. GOLDSMITH/ A. O. SYKES, “Lex loci delictus and global economic welfare: Spinozzi v. ITT Sheraton Corp.”, *Harv. L. Rev.*, vol. 120, 2007, pp. 1137-1146, pp. 1144-1145; W. WATSON/S. JAMES, “Protectionism. A Hidden Threat...”, *loc.cit.*, p. 6: “the goal should be to establish general “rules of the game” to prevent ambivalence from becoming subterfuge”.

¹²⁶ M. F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, “Competencia desleal: el cambio normativo y la posición de la jurisprudencia”, *Revista de Política Social*, n° 142, 1984, pp. 243-255; J. A. JACQUEMIN, “Objetivos e instrumentos de la política europea de la competencia después de ...”, *loc.cit.*, en M. MARTÍN, *Política industrial, teoría y práctica...*, *op.cit.*, p. 112: “el criterio de la ética comercial juega un papel importante en el desarrollo de dicho código de prácticas comerciales honestas, pero

10. A falta de un concepto claro, lo que sí existen en relación a esta conceptualización, son una serie de principios que sirven de orientación determinar si las conductas comerciales en esta dimensión pueden ser consideradas como desleales o no. Principios que deben ser respetados por los protagonistas en el ámbito del comercio internacional¹²⁷.

11. Los protagonistas principales, en principio, son los operadores jurídicos públicos, los Estados u organizaciones internacionales de libre comercio. Por ello, también se ha considerado esta concepción de la competencia desleal se enfocaría más bien en la aplicación pública del Derecho. Es un contexto que se rige por el adagio, *parem in parem non habet imperium* a la hora de controlar los comportamientos comerciales desleales (legislaciones discriminatorias y actuaciones unilaterales en contra del libre comercio). Así como la respuesta que se puede encontrar en los ordenamientos de los Estados, generalmente basada en el mecanismos de la reciprocidad, bien sea de tipo positiva o de tipo negativa¹²⁸.

12. Esto también significa que si no existen instrumentos jurídicos de tipo internacional o supranacional en casos de infracciones a la normativa establecida

viene determinado en último término por el sentido común de los tribunales”; M. VIRGÓS SORIANO, *El comercio internacional y el nuevo Derecho contra la...op.cit.*, p. 19; A. BUCHER, “La dimension sociale du droit international privé...”, *loc.cit.*, pp. 27-544; D. EDWARD, “Economic Law as an Economic Good: Reflections of a European Judge”, en K. M. MEESEN/ M. BUNGENBERG/ A. PUTTLER (ed.), *Economic Law as an Economic Good: Its Rule Function and its Tool Function in the Competition of Systems*, Múnich, Sellier (European Law Publishers), 2009, pp. 91-113; D. J. GERBER, “Anthropology, History and the “More Economic Approach” in European Competition Law-A ...”, *loc.cit.*, esp.pp. 443-444; E. PUTMAN, “Droit de la concurrence et ordre concurrentiel” enH. ULLRICH/M. RAINELLI/L. BOY (eds.), *L’ordre concurrentiel. Mélanges en l’honneur d’Antoine Pirovano*, Paris, 2003, pp. 515-522 ; en la misma obra, P. REIS, « Marchés publics et ordre concurrentiel: ordre concurrentiel et logiques sociale et enviromentale dans la passation des marchés publics », pp. 145-166.

¹²⁷ C. GARCÍA MOLYNEUX, *Domestic structures and international trade: The Unfair trade instruments of United States and European Union*, Oxford/Portland (Oregon), 2001, esp. p. 221: “The International trade rules do not provide a clear definition”.

¹²⁸ A. BEVIGLIA ZAMPETTI, *Fairness in the World Economy. US Perspectives on International Trade Relations*, Northampton/Cheltenham, Edward Elgar, 2005, p. 3; “In this sense, fairness reinforces a rule-based approach to the international trading System, stresses the importance of the equality of opportunities and access, and does not seek to predetermine or influence economic outcomes”; pp. 26-40, p.27: “A fair trade (as a “fair fight”) is one conducted under roughly equal conditions. The definition of such conditions then becomes a key factor. The reciprocity shown in compromiso, mutual consent to terms, adherence to common rules, and no recourse to coercion or fraud are crucial to the fairness of many arrangements”. The concept of reciprocity this involves the idea that bilateral relationships between at least formally equal social partners are not unidirectional, but necessarily involve, at a minimum, some element of *quid pro quo*.”; R. ILLESCAS, “Hacia un orden internacional de defensa de la competencia: estado de la cuestión”, en J.M. BENEYTO PÉREZ (Dir.)/J. MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS (coord.), *El nuevo Derecho comunitario y español de la Competencia: Descentralización, análisis económico y cooperación internacional*, Barcelona, Bosch, 2002, pp. 407- 412.

para reprimir las conductas desleales de tipo público o comercio desleal, no se puede considerar la posibilidad de reclamar la responsabilidad del Estado por prácticas comerciales desleales¹²⁹. Ni se podría controlar esta respuesta que un Estado puede ofrecer contra el comercio desleal que recibe o que realiza. Evitando que, el comercio entre operadores jurídico-públicos se convierta en un *tit for tat* o *retailation process* entre sus Estados parte generando malestar para el proceso de la liberalización mundial de los intercambios comerciales.

13. Se consideran aspectos de aplicación pública, porque en el ámbito del comercio internacional se aprecia que el principal objetivo de estas premisas comunes es el mantenimiento del principio de competencia leal y libre en el comercio internacional estableciendo este control de las legislaciones, para evitar las represalias unilaterales y que afecten, finalmente, al libre comercio internacional. De esta forma, también someten a los operadores jurídico privados a sus premisas y a la intervención del legislador a través de normas de aplicación necesaria que controlan sus conductas en el proceso competitivo a estos niveles¹³⁰.

14. Esto es, corresponde a cada Estado u organización de tipo interregional regular estos comportamientos como considera y definirlos en sus legislaciones si también así lo consideran, siempre y cuando se respeten los parámetros mínimos dados por las normas internacionales.

Aspectos de la aplicación pública vs. Aspectos de la aplicación privada. Si se compara con el tratamiento que recibe en el Derecho convencional que se analiza en la Segunda Sección de este capítulo, en el comercio internacional, no se incluyen valores éticos en su connotación “desleal”, sino valores emanados de los principios de las políticas comerciales como el de no discriminación, valores basados en el control de las legislaciones y no en conductas comerciales únicamente¹³¹.

C. Importancia y problemas derivados de la globalización económica en el control de las conductas comerciales desleales

¹²⁹ Vid. C. OTERO GARCÍA CASTRILLÓN, “El instrumento de defensa comercial comunitario...”, *loc.cit.*, p. 458: “A falta de tratado internacional específico, casos en los que se habla de “deslealtad” como de la necesidad de defensa de los derechos comerciales de los Estados, las represalias cruzadas no constituyen en sí mismas violación del Derecho Internacional ya que no existe una obligación general de actuar exclusivamente en contra de un Estado que han infringido un acuerdo internacional o cualquier otra norma internacional que lo vincule”.

¹³⁰ J. GARCÍA LÓPEZ, “Los efectos del Derecho privado de las normas e intervención en el comercio...”, *loc.cit.*, p. 73.

¹³¹ P. LAGARDE, “Le droit des affaires, droit sentimental” en *Mélanges offerts à René Savatier*, Paris, Dalloz, 1965, pp. 491-510, sobre la moral en el ámbito del comercio internacional dijo: “Le droit commercial n’est pas un droit sentimental mais si la moral peut se passer du droit, le droit ne peut pas se permettre d’être immoral ».

15. Para entender bien el desarrollo, importancia y la forma que se ha tenido de legislar, no sólo del Derecho de las “prácticas restrictivas de la competencia” sino de las prácticas que se van a considerar o se consideran como competencia desleal en el comercio internacional (esto es, comercio desleal) se debe partir de forma *quasi* forzosa de la incidencia y efectos provocados por el fenómeno de la globalización económica¹³².

16. Fenómeno que, a todas luces, ha influenciado la expansión de las transacciones comerciales y los mercados propiciando espacios cada vez más competitivos, pero también a falta de un debido control, el fenómeno de la *competencia regulatoria* entre los Estados¹³³. Todavía y, atendiendo a que las políticas de competencia (*competition policies*¹³⁴) y sus políticas comerciales (*trade*

¹³² L. H. SUMMERS, “Reflections on Managing Global Integration”, *J. Econ. Persp.*, vol. 13, nº 2, 1999, pp. 3-18. El lema de la globalización económica desde el punto de vista de SUMMERS, es un “tri-lema” económico: integración/gobierno mundial/soberanía; J. L. SAMPEDRO, *El mercado y la globalización*, Madrid, Ediciones Destino, 2002; Por otro lado, el mismo secretario de las Naciones Unidas en 2002; J. BHAGWATI, *In defense of Globalization*, Oxford, Oxford University Press, 2004, pp. 534-535, el autor se posiciona a favor de la globalización pero siempre y cuando se eliminen las grandes diferencias que existen aún en todos los niveles en el ámbito internacional; M. WOLF, *Why Globalization Works*, Yale, Yale University Press, 2004, esp. pp. 23 y ss; “Globalization is no fanatical ideology, but a name for the process of integration, across frontiers, of liberalizing market economies at a time of rapidly falling costs of transport and communications”; J. NOVELLA, “Mundialización, competitividad, comercio internacional, política industrial y empleo”, *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, nº 29-30, 1995, pp. 89-95; J. A. ALONSO/C. GARCIMARTÍN, *Comercio y desigualdad internacional*, Madrid, 2005.; J. BASEDOW, “The effects of globalization on Private International Law”, en J. BASEDOW (ed.), *Legal aspects of Globalization: Conflict of Laws, Internet, Capital Markets and Insolvency in a global economy*, The Hague/London, 2000, pp. 1-11, esp. p. 10; C. GARCÍA-MOLYNEUX, “The Trade Barrier Regulation: The European Union as a Player in the Globalization Game”, *ELR*, vol. 5, nº4, 1999, pp. 375-418: además la globalización no sólo es un proceso económico, tecnológico o un fenómeno neutro sino que ha dependido y depende de la voluntad política y del Derecho; A. JACQUEMIN, “Capitalism, Competition, Cooperation”, *De Economist*, vol.1, febrero-1995, pp. 1-14; J. GERBER, “Anthropology, History and the “More Economic Approach” in European Competition Law-A Review Essay”, *IIC*, vol.41, nº5, 2010, pp. 441-449, p. 442; W. FIKENTSCHER *et. al.*, *Fair Economy: Crises, Culture, Competition and the Role of Law* (MPI Studies on Intellectual Property and Competition), vol. 19, Berlin, Springer, 2013; A. G. LÓPEZ MARTÍN, “El Derecho internacional en el marco de una sociedad globalizada. Tendencias y perspectivas”, *REDI*, disponible en: <http://eprints.ucm.es/9662/1/lopezmartin1.pdf>.

¹³³ Sobre la competencia legislativa y sus consecuencias en el ámbito internacional; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “La racionalidad económica del Derecho internacional privado”, *Cursos de Derecho internacional de Vitoria Gasteiz*, Vitoria, 2001, pp. 87-154; E. M. FOX, “Antitrust and Regulatory Federalism:...”, *loc.cit.*, p.1799; observando esta competencia no desde la competencia entre ordenamientos (*jurisdiction to prescribe*) sino desde la CJI (*jurisdiction to adjudicate*) ambas vinculadas, C. OTERO GARCÍA CASTRILLÓN, “El alcance extraterritorial del Derecho de la competencia...”, *loc.cit.*, p. 39.

¹³⁴ *Vid.* R. ILLESCAS, “Hacia un orden internacional de defensa de la competencia...”, en J.M. BENEYTO PÉREZ (Dir.)/J. MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS (coord.), *El nuevo Derecho comunitario y español de la Competencia: Descentralización, análisis económico y ...*, *loc.cit.*, p. 410. Diferencia en las políticas de competencia dos objetivos claros; los regímenes de la “libre competencia” que nacen con la aspiración de solucionar las posiciones de dominio en las economías

*policies*¹³⁵) siguen siendo nacionales, los Estados intentan evitar en la medida de lo posible el control del legislador internacional.

17. Con la falta de armonización de estándares y control internacional debido en el comercio multilateral, se genera una carrera a los tribunales (*race to the courts*). Este aspecto hace que aquellos Estados con legislaciones más permisivas atraigan a más inversores extranjeros en sus mercados produciendo mayor fragmentación. También, cuando los Estados establecen estándares excesivamente discriminatorios con el comercio para operadores de terceros Estados realizan en sus mercados, a diferencia de lo que establecen para los suyos propios, se generan situaciones de reciprocidad negativa, aumentando la inseguridad jurídica en el comercio internacional, que pretende ser un espacio libre de obstáculos. Entre ellos, el comercio desleal.

18. Siendo este aspecto una de las consecuencias negativas de los procesos de la globalización económica que inciden de forma directa en la función de tutela del Derecho de la competencia en general, y del Derecho contra la competencia desleal tanto en el ámbito del comercio internacional como en el ámbito del Derecho convencional o Derecho mercantil internacional¹³⁶.

2. Tratamiento de la hibridez del Derecho de la competencia desleal en el comercio internacional y relación con el Derecho antitrust

A. “Unidad funcional” entre el Derecho *antitrust* y el Derecho de la competencia desleal en el comercio internacional: el ejemplo del “Código de Munich”

19. Principio de la “unidad funcional” entre Derecho de la libre competencia y la competencia desleal desde el Comercio internacional. Este

industriales desarrolladas. Y los regímenes que regulan la “competencia leal”, que se asocian con la aparición y desarrollo de la existencia de una intensa economía de intercambios comerciales y otros servicios asociados; y, sobre las políticas de competencia en el comercio internacional, M. MONTAÑA I MORA, “La OMC y el Derecho de la Competencia...”, *loc.cit.*,

¹³⁵J. EPSTEIN, “The Other Side of the Harmonization: Can Trade and Competition Laws Work Together in the International...”, *loc.cit.*, pp. 343-368, esp. pp. 361-362. Mientras que el *Trade Law* tiene como objetivo abrir los mercados a menudo se negocia por representantes estatales en convenios bi- o multilaterales; *Competition Law* tiene la función de promocionar la eficiencia del mercado y tiene un carácter y dinámica omniabarcante (*winner-take-all*); Un análisis detallado de los motivos y función de las políticas de competencia, A. MARAVER, “Las tensiones de la teoría en la transición del socialismo inexistente al capitalismo real”, *Revista CIDOB d’afers internacionals*, no 32, 1996, pp. 7-24; también, P.T. STOLL/F, SCHONKOPF, *WTO: World Economic Order, World Trade Law (MPI for Comparative Public Law and International Law)*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2003.

¹³⁶C. ALBA VEGA/G. LINS RIBEIRO /G. MATHEWS (eds.), *La globalización desde abajo: la otra economía mundial*, Mexico D.F., Fondo de Cultura económica, 2016.

principio reconoce la unidad entre ambos conjuntos normativos (*antitrust* y competencia desleal)¹³⁷. Facilitando en numerosos supuestos la coordinación de sanciones, cuando éstas conductas comerciales pueden considerarse, -a la vez que anticompetitivas-, desleales. El principio del fomento de sistemas de competencia en los Estados que contengan normas de libre competencia y leal competencia fomenta que exista esta unidad en los Estados de la Comunidad internacional con el objetivo de tutelar ambas respuestas jurídicas, reconociendo que pertenecen al Derecho de la competencia como dos caras de la misma moneda.

20. Es necesario observar esta “unidad funcional” en el comercio internacional puesto que, como se desarrolla en el siguiente epígrafe, la línea entre ambas disciplinas y su tratamiento en el Comercio internacional es muy fina, casi imperceptible en algunos aspectos. Los padres del “Código de Munich” o *Draft of Internacional Antitrust Code -DIAC* (1980¹³⁸) ilustraron esta “unidad funcional” defendiendo precisamente esta idea.

Que, en el ámbito y desarrollo del Comercio internacional se necesita una regulación conjunta porque su función es, en el fondo, la misma. Proteger la liberalización de los intercambios comerciales contra cualquier discriminación o

¹³⁷M. TRONCOSO REIGADA, “El marco normativo de los ilícitos desleales de transcendencia antitrust...” *loc.cit.*, pp. 1035-1082; J. I. FONT GALÁN/ L. M. MIRANDA SERRANO, *Competencia desleal y antitrust: sistema de ilícitos...*, *op.cit.*, 39-43 y 44-65; *id.* “Defensa de la competencia y competencia desleal: conexiones funcionales y disfuncionales”, en J.I. FONT GALÁN/M. PINO ABAD (coord.), *Estudios de Derecho de la competencia*, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 2005, pp. 11-48; M. ROBLES MARTÍN LABORDA, *Libre competencia y competencia desleal: examen del artículo 7 de la Ley de defensa de la competencia*, Madrid, La Ley, 2001; F. DÍEZ ESTELLA, “Las complicadas relaciones entre la ley de defensa de la competencia y la ley de competencia desleal”, *GJC*, nº219, 2002, pp. 11-28; C. HERRERO SUÁREZ, *Los contratos vinculados (Tying agreements) en el Derecho de la competencia*, Madrid, La Ley, 2006, pp. 380 y ss., esp. p. 380: “Tal y como señalan CALVO CARAVACA y CARRASCOSA entre ambos sectores existe una relación de complementariedad. “La competencia desleal llega donde la legislación *antitrust* no alcanza, a las pequeñas y medianas empresas incapaces de falsear con sus comportamientos gravemente las estructuras competitivas del mercado””; A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Mercado Único y libre competencia en la Unión Europea*, Madrid, Colex, 2003, p. 270

¹³⁸W. FIKENSTCHER, “The Draft International Antitrust Code (DIAC): in the context of International technological integration”, *Chicago-Kentucky Law Review*, vol. 72, nº533, 1996-1997, pp. 533-545, pp. 534-535. Hay dos posibilidades de entender el actual Derecho *antitrust*: La primera es a través de la configuración pública (*trade approach*) que le acerca a las cuestiones de las restricciones establecidas por los Estados a través de barreras tarifarias y de barreras no tarifarias. La segunda aproximación (*intellectual property and unfair trade practices approach*) que controla otra parte del Derecho de la competencia: el control de las prácticas comerciales desleales entre los profesionales u operadores privados, entendidas como restricciones al comercio privadas; Aunque estas ideas y el DIAC también fueron criticados por autores coetáneos al mismo, cómo por ejemplo, D. J. GIFFORD, “The draft International Antitrust Code Proposed at Munich: Good intentions Gone Awry”, *Minnesota Journal of Global Trade*, vol. 6, nº 2, 1997, pp. 1-66, p. 4; M. MONTAÑA i MORA, “La OMC y el Derecho de la competencia...”, *loc.cit.*, pp. 79-80 dice que el enfoque del DIAC era también prevenir las lagunas que existen creando tres tipos de soluciones.

distorsión competitiva. Aún con todas las diferencias que se guardan entre ambas materias, que deben seguir siendo resaltadas también.

21. Un ejemplo de su unidad funcional en este ámbito nos lo muestra la creación del DIAC. FIKENSTCHER, uno de los redactores principales del “Codigo de Munich”, llegó a proponer que se debía ampliar el ámbito material del artículo 10 *bis* CUP para incorporar en el mismo, prácticas que vienen siendo consideradas de forma tradicional parte del Derecho *antitrust*, como los monopolios (conductas unilaterales) y los cárteles (conductas plurilaterales)¹³⁹, puesto que también tenían cabida en el mismo, atendiendo a que formaban parte del comercio desleal internacional.

22. Para estos autores, esta “laguna” en el CUP, no tenía y no tiene sentido¹⁴⁰. De hecho, también reconocían que en este nivel, las conductas comerciales que son restrictivas y / o desleales en el comercio internacional son “híbridas” porque inciden tanto en el ámbito del Derecho público como del Derecho privado de la competencia, especialmente en un ámbito donde la normativa administrativa es la principal a la hora de regular las transacciones comerciales, esto es, el ámbito de las importaciones y exportaciones. Como ejemplos de ellos son las conductas emanadas del *dumping* o también conocido como el comercio predatorio¹⁴¹.

¹³⁹ W. FIKENSTCHER, *FairEconomy...*, *op.cit.*, p. 141, el cual relaciona ambas materias desde el plano del Derecho internacional. Así también establece una interesante reflexión acerca de incluir en el ámbito del art. 10 *bis* y 10 *ter* del CUP, el concepto de *distortion of competition* (versión inglesa) y falseamiento del juego de la competencia (versión española) establecido en el ámbito del art. 101.1 TFUE.

¹⁴⁰ En contra de esta opinión, M.A. FRISON-ROCHE/M. S. PAYET, *Droit de la concurrence...*, *op.cit.*, p., 333. En las deliberaciones del IDI, concretamente su 12ª reunión (1984), sobre “Conflictos de leyes sobre competencia desleal” (*The conflicts of laws rules on unfair competition*), *Yearbook*, vol. 60, part. II, queda constancia de la separación entre las prácticas restrictivas desleales y los actos de competencia desleal. M. VISCHER dice: “*It was desirable to exclude anti-trust legislation, for which different rules were applicable, and which raised such questions as that of international legislative and adjudicative jurisdiction, which were less in issue in the field of unfair competition*”; M. VIRGÓS SORIANO, *El comercio internacional en el nuevo derecho de la competencia...* *op.cit.*, pp. 125-126: “La ley sobre competencia desleal no debe servir para evitar importaciones “incómodas”. Ello la convertiría en una norma con un contenido “proteccionista” contraria al GATT.

¹⁴¹ P. E. FERNÁNDEZ LALANNE, “Prácticas restrictivas al comercio, competencia desleal y “dumping”...”, *loc.cit.*, pp. 58-59, siendo además considerado un instrumento de una política económica de agresión para imponer un producto en un mercado extranjero (...) el *dumping* reviste todas las condiciones propias de la competencia desleal”.

O aquellas prácticas emanadas de la práctica del comercio compensado (sistemas de *trade off*)¹⁴² que fomenta el bilateralismo, atenta contra la libre competencia y puede ser considerado también comercio desleal (aunque en estas líneas no se analizan de forma prolija). Consideraron que la posibilidad de un Código internacional del Derecho de la competencia en general, que reuniese el control de ambos tipos de prácticas de tipo *antitrust* y desleales, puede facilitar más su represión, salvaguardando las diferencias que también existen entre ambos cuerpos jurídicos¹⁴³.

B. Dimensión jurídico pública y dimensión jurídico privada: su posible aplicación pública en el Comercio internacional

23. Al realizar el análisis de los principios que tutelan los comportamientos desleales en el comercio internacional y ofrecer una posible mejoría de su tutela en relación a su escaso desarrollo¹⁴⁴, algún autor ha considerado el estudio de ambas dimensiones jurídicas¹⁴⁵, prestando especial atención a los diferentes modelos de regulación que existen en los Estados de la Comunidad internacional y la respuesta jurídica que se ofrece. A veces, entre el ámbito de la aplicación pública y otras veces, atendiendo al ámbito de la aplicación privada, dependiendo de cómo se haya formando el Derecho de la competencia en general en los Estados¹⁴⁶.

¹⁴² G. ESTEBAN DE LA ROSA, *Comercio internacional compensado (Normas y estrategias comerciales)*, Barcelona, Atelier Libros jurídicos, 2005, pp. 45-56, p. 53, la autora analiza las repercusiones del comercio compensado fomentado por el *barter* (trueque) o el *countertrade*.

¹⁴³ *Vid. infra*, Capítulo II, sección 1º, epígrafe II, sobre la unidad funcional de ambas materias y el tratamiento de las conductas de doble reproche en el mercado interior y algunos Estados miembros como España.

¹⁴⁴ *Vid.* M. VIRGÓS SORIANO, *El comercio internacional en el nuevo derecho de la....*, *op.cit.*, p. 19; R. ALONSO SOTO, “Lección 10.-Derecho de la competencia (II). La competencia desleal”, en A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ/A. ROJO, *Lecciones de Derecho mercantil (Volumen I)*, 10ªed., Cizur Menor, Civitas (Thomson Reuters), 2012, pp. 305-337, p. 305; O. H. MAICAN, “Evolutions on the fields of Unfair Competition”, *Law Review*, vol. IV, nº2, julio-diciembre 2014, pp. 24-35, p.26; DE LEÓN se posiciona a favor de la “unidad funcional” en esta dimensión, “El rol de las ideas en el diseño de políticas de competencia...”, *loc.cit.*; en la dimensión privada también R. CALLMANN, “Unfair competition and antitrust: coexistence within complementary...”, *loc.cit.*, p. 1345: “*In conclusion, it is clear that arigid separation of the antitrust laws and the law of unfair competition is neither legally realistic nor economically desirable*”.

¹⁴⁵ A. PETITBÓ JUAN, “Desregular para competir y ganar eficiencia”, *GJ*, nº200, 1999, pp. 31-41, p. 31.

¹⁴⁶ *Vid.* A. MILLS, *The Confluence of Public and Private international law: Justice, Pluralism and Subsidiarity in the International Constitutional Ordering...*, *op.cit.*, ; *id.*, “Private International Law and EU External relations: Think Local Act...”, *loc.cit.*, pp. 541-579; C. KESSEDJIAN, “Droit Commercial international et droit international...”, *loc.cit.*, p. 95 ; M. Y. PÉREZ FIGUEROA, *El procedimiento de diferencias de la organización mundial del comercio (OMC) y su incidencia sobre las relaciones privadas internacionales*, tesis doctoral, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2002, pp. 619-623 ; P. I. RUTTLEY/MACVAY/C. GEORGE, *The WTO and International Trade Regulation*, Londres, T. J. International Ltd. (WTO Association),

24. En el ámbito del comercio internacional se puede diferenciar entre una dimensión jurídico *pública*, si se entiende que la misión de la institución es luchar contra el comercio desleal desde la regulación de la frontera en sus aspectos estatales o públicos esto es, la regulación de aranceles, prohibiciones en importaciones y exportaciones, cuotas, normas del control de cambios, lucha contra legislaciones que promueven discriminaciones en el comercio en general, etc. Normas de intervención que no delimitan conductas comerciales desleales de corte privado, sino que ordenan los mercados nacionales y sus fronteras.

Se atiende entonces a los fundamentos del Derecho económico internacional que encuentran sus límites en el DIP y no tanto en el ámbito del Derecho privado, destacando también este aspecto en el tratamiento diferenciado que debe darse a la disciplina en estas instancias.

25. Por otra parte, la disciplina sigue siendo observada como una institución de Derecho *privado* configurándose fundamentalmente para regular los derechos subjetivos de los operadores jurídico-privados (profesionales-competidores y consumidores); en especial, en relación a los DPI y la relación que tienen con el comercio internacional, sin reconocerse en su función la que tiene en el Modelo Social.

26. En este punto, la interrelación entre los aspectos de Derecho público y Derecho privado se observa desde la regulación de la lucha contra la piratería y falsificación en masa de productos en el ámbito de las importaciones y exportaciones. Esto es debido a que, aún teniendo una función que se dice enfocada a la tutela de derechos privados de los propietarios de los derechos de exclusiva, para que estos propietarios puedan comercializar con ellos y puedan ejercer su poder de monopolio sobre los mismos, son los operadores jurídicos públicos quienes siguen controlando esta función así como el ejercicio de las prácticas comerciales y el acceso a los mercados desde sus legislaciones¹⁴⁷. Sin operar normas dispositivas en este ámbito, puesto que la autorregulación no tiene cabida en el mismo.

1998.

¹⁴⁷ A. ROBLES MARTÍN-LABORDA, “El modelo de conducta en la nueva cláusula general de la Ley de Competencia Desleal. Una crítica breve”, *Derecho de los negocios*, nº240, 2010, pp. 5-18; K. BEIER, “The Developments and Present Status of Unfair Competition Law in Germany: An Outline”, *IIC*, vol. 4, nº1, 1973, pp. 77-89; P. PÉREZ FERNÁNDEZ, ¿Aplicación pública o aplicación privada del Derecho de la Competencia?, *SPCS Documento de trabajo* 2011/11, 2011, disponible en: <http://www.uclm.es/CU/csociales/pdf/documentosTrabajo/2011/11-2011.pdf>, pp. 3-22; normas de intervención que tienen incidencia en las normas de tipo privado, P. A. DE MIGUEL ASENSIO, *Contratos internacionales sobre propiedad...*, op.cit., p. 310.

27. Los Estados, en el ámbito del comercio multilateral, deben respetar el principio de no discriminación y evitar cualquier tipo de legislación y sobre todo política de competencia como medio de ataque comercial¹⁴⁸.

28. Cuando las medidas legislativas establecidas por los legisladores nacionales no respetan los límites y principios establecidos en el comercio internacional e institucionalizado deben entenderse como competencia desleal al mismo sistema institucionalizado de comercio internacional. Estas medidas desleales se observan tanto en la defensa comercial contra otras medidas de otros Estados (*defensive unfairness*¹⁴⁹) o de ataque comercial hacia los otros Estados (*offensive unfairness*¹⁵⁰).

II. Promoción de la “lealtad competitiva” y prohibición de la “deslealtad” en el Comercio internacional institucionalizado

1. Aportaciones de la OMC contra el comercio desleal y la promoción de la lealtad en el mercado internacional

¹⁴⁸Vid. P. NICOLAIDES, “How Fair is Fair Trade?”, *JWT*, vol. 21, 1987, pp. 147-162; C. GARCÍA MOLYNEUX, “The Trade Barriers Regulation...”, *loc.cit.*, p. 383; J. BHAGWATI, “Fair Trade, Reciprocity and Harmonization: The New Challenge to the Theory and Policy...”, *loc.cit.*, en J. BHAGWATI/R. HUDEC (eds.), *Fair Trade and Harmonization Prerequisites for Free Trade?*, vol. 1, Economic Analysis, Massachusetts, The MIT Press, 1996, pp. 547-593; De hecho, el proteccionismo es una manifestación de política comercial incompatible con la liberalización del comercio desarrollada en la OMC, y otros organismos interregionales; C. RIFFEL, *The Protection against Unfair Competition in the WTO...*, *op.cit.*, pp. 1-2; M. KOSTEKI, *El mercadeo internacional y el sistema de comercio (La empresa y el sistema multilateral de comercio)*, Ginebra, CCI, 2001, p.13; en China se cuestionó como medida proteccionista el bloqueo realizado a la compañía *Coca Cola* cuando quiso adquirir la compañía china *Huiyuan* en septiembre del año 2008. Se debatió si este hecho fue debido a una nueva normativa *antitrust* contra los principios del libre comercio considerada como medida proteccionista, o si del lado contrario fue un acto que prevenía el monopolio de *Coca Cola* en China sobre el sector de los refrescos teniendo en cuenta que *Huiyuan* es una de las compañías de refrescos más importantes del país asiático, Q. BU, “Coca-Cola v. Huiyuan-Market-Economy Driven or Protectionism?”, *IIC*, vol. 41, n°2, 2010, pp. 202-210.

¹⁴⁹M. TREBILCOCK/R. HOWSE /A. ELIASON, *The regulation of International Trade...*, *op.cit.*, pp. 390-393, con especial referencia a los trabajos de HUDEC, a propósito de lo que Hudec denominó: *offensive unfairness* y *defensive unfairness*. En el primer concepto (*offensive unfairness*) establece que se da en aquellas situaciones en las que los Estados exportadores dotan a través de sus políticas comerciales de ventajas desleales en competencia con los Estados importadores o con terceros mercados de otros Estados. En el segundo concepto (*deffensive unfairness*), incorpora todas aquellas normas hechas por los Estados para favorecer a sus exportadores y sus productos nacionales, penalizando de forma injusta y desleal los productos de los productores extranjeros que quieren venderlos en sus mercados (esto es, que favorecen la producción nacional vs. la producción extranjera); C. OTERO GARCÍA CASTRILLÓN, “El instrumento de defensa comercial comunitario tras...”, *loc.cit.*, p. 457, que también lo explica como el unilateralismo agresivo (*offensive unfairness*), y la técnica de actuación comercial defensiva (*defensive unfairness*), pp. 457-459, que es peligroso tanto para los consumidores, productores y distribuidores (de nuevo, sobre la técnica del palo y la zanahoria).

¹⁵⁰J. BHAGWATI/R.E.HUDEC (eds.), *Fair Trade and Harmonization. Prerequisites for Free Trade?...*, *op.cit.*, pp. 9-40.

A. Sistema OMC-GATT contra el comercio desleal

29. En este epígrafe se analizan aquellos instrumentos supranacionales con los que se cuenta en el ámbito del Comercio internacional institucionalizado contra las prácticas comerciales desleales y el comercio desleal, para de forma posterior, evaluar si son eficaces en relación a las medidas contra la competencia desleal como institución de Derecho privado.

Por ello, el análisis es más sucinto y no se focaliza en cómo funciona la OMC, promotora principal de esta institucionalización del comercio internacional con el establecimiento de los precitados principios comunes¹⁵¹.

30. El papel principal de la OMC en materia del fomento del comercio leal y libre no se reconoce en plenitud hasta que no se consolida como organización internacional teniendo como principal objetivo, la liberalización e institucionalización del comercio mundial en 1994 (“Ronda Uruguay”)¹⁵².

31. De hecho, lo establece como principio de obligatorio cumplimiento para todos los Estados parte o para aquellos Estados que deseen ser parte en la misma organización¹⁵³.

No obstante, su papel de promotor del comercio multilateral libre y leal, se ha minimizado debido a la proliferación de tratados bilaterales de libre comercio que se han ido haciendo con el paso de los años desde su formación hasta nuestros días¹⁵⁴. Tampoco su papel se dirige a controlar la competencia desleal de los

¹⁵¹ En términos generales, sobre su estructura y funcionamiento, puede verse, J. WOUTERS/B. DE MEESTER (eds.), *The World Trade Organization: A legal and Institutional Analysis*, Antwerpen/Oxford, Intersentia, 2007

¹⁵² J. GARRIGUES, *La defensa de la Competencia mercantil...*, op.cit., pp. 26-27. A. PETITBÓ JUAN, “La regulación de la Competencia en la UE: ¿lecciones para la OMC?”, *REDI*, 2001; E. M.FOX, “Competition law and the agenda for the WTO: Forging...”, loc.cit., pp. 3-47; C. RIFFEL, *Protection Against Unfair Competition in the WTO TRIPS Agreement...*, op.cit., p. 1: “The Law of the World Trade Organization (the “WTO”) is widely considered as the translation of economics into international law. Commonly, its *raison de être* is given on the basis of an economic theory, namely of the free trade theory which stems from Ricardo’s model of comparative advantages. There is no doubt that the WTO is about opening markets and keeping them open.”

¹⁵³ C. T. GARCÍA MOLYNEUX, *Domestic structures and international trade: The Unfair trade instruments of United States...* op.cit.; En el mismo sentido, J. BHAGWATI, *In Defense of...*, op.cit.; J. H. JACKSON, *Soberanía, la OMC y los fundamentos cambiantes del Derecho internacional*, Madrid, 2009; H.ULRICH-PETERSMANN, “The need for integrating trade and competition rules in the WTO World Trade and legal system”, *WTO*, Geneve, 1993; F. WEISS, “From World Trade Law to World Competition Law”, *Fordham Int. L. J.*, vol.23, n°6, art. 18, 1999, pp. 250-273.

¹⁵⁴ Vid. J. BHAGWATI, “Threats to the world trading regime; protectionism, unfair trade”, en A. KOEKKOEK (ed.), *International trade and global development: Essays in honour of Jaddish Bhagwati*, London, 1991; J. BHAGWATI, *The World Trading System and Risk*, New Jersey, Princenton University Press, 1990; J. L. SAMPEDRO, *El mercado y la...*, op.cit.; la última Ronda de

operadores jurídicos privados en el tráfico comercial internacional, puesto que ese cometido de control y tutela se relega a los Estados parte de la organización.

32. Antecedentes de la lucha contra el comercio desleal de la OMC.

La OMC no es la primera organización internacional que establece ciertas premisas contra el comercio desleal, como bien se sabe. Con la OMC lo que se cambia es la estructura que se había establecido de forma previa en el “Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio” (en adelante, GATT) de 1947 y se amplian los estándares comunes en la lucha contra el comercio desleal, discriminatorio, o el comercio que atenta contra la liberalización de los intercambios comerciales¹⁵⁵.

33. El GATT es el primer y único instrumento de corte internacional que comienza a desalentar comportamientos comerciales desleales. Introdujo normas relativas a la prohibición de la piratería en sistemas de importación y exportación¹⁵⁶, en donde prohibía estas conductas relativas a la imitación, falsificación y redes de producción de estos productos falsificados y piratas.

34. Los artículos del GATT que siguen en vigor en relación al comercio desleal son: el Artículo III:4.- Principio del trato Nacional; Artículo IX:6-. Sobre las marcas de origen; Artículo XII: 3. C. Iii y XVIII:10 restricciones a los pagos, y el artículo XX, excepciones generales¹⁵⁷. El artículo XXIV GATT establece que cada miembro es responsable de las observancia de todas las disposiciones de este instrumento y tomará las medidas razonables que deban ser adoptadas para

Bali (2013) ha puesto de relieve estas deficiencias en el sistema multilateral de la OMC; M. PEÑA MATEOS, “Normas de competencia en el marco OMC. Necesidad y límites”, en *El nuevo Derecho de competencia...op.cit.*, pp.413-436; M. MONTAÑA I MORA, “Posibles modelos para la regulación de la competencia...”, *loc.cit.* en A. REMIRO BROTONS/C. ESPÓSITO (eds.), *La OMC y el regionalismo...op. cit.*; con buen criterio analiza si la OMC debiera proveerse de un sistema multilateral de normas para la defensa de la competencia. MONTAÑA plantea la cuestión de si esta situación puede llegar a convertirse en contraria al espíritu o cultura preconizado por el espíritu de liberalización del comercio de la OMC

¹⁵⁵ J. A. GÓMEZ SEGADÉ, “El Acuerdo ADPIC como nuevo marco para la protección de la propiedad industrial e intelectual”, *ADI*, t. XVI, 1994-1995; explica que la “Carta de la Habana” fracasó porque los Estados Unidos se negaron a ratificarla en 1950 tras el inicio de la “guerra fría”; M. MILLET SOLLER, *La regulación del comercio internacional; del GATT a la OMC*, Barcelona, 2001, p. 275; J.H. JACKSON, *Soberanía, la OMC y...op.cit.*, p. 89 y también p.108. La globalización hace que sea cada vez más difícil que los Estados controlen sus “fronteras”. Los Estados se están habituando a la práctica de intercambiar libertad de acción por los beneficios de la cooperación multilateral; M. MELLONI, *The principle of National Treatment in the GATT: A survey of the Jurisprudence, Practice and Policy*, Bruselas, Bruylant, 2005, pp. 18-20.

¹⁵⁶ P.T. STOLL/F. SCHORPORF, *WTO: World Economic Order, World Trade Law...*, *op.cit.*; E. M. FOX, “Competition law and the agenda...”, *loc.cit.*

¹⁵⁷ Cf. R. KAMPF, “Does Intellectual Property Belong to the Trade Family?”, en C. HERRMANN/B. SIMMA/R. STREINZ (eds.), *Trade Policy between Law, Diplomacy and Scholarship...*, *op.cit.*, pp. 87-120, p. 90.

garantizar su observancia por los gobiernos y autoridades regionales y locales dentro de su territorio¹⁵⁸.

B. Principios y técnicas del sistema OMC-GATT contra el comercio desleal y fallos del sistema

35. Con la OMC se amplía el espectro de protección mediante el ADPIC, en cuanto el ADPIC protege de forma más amplia las infracciones de los DPI cuando ha existido competencia desleal o no, complementado se ha adelantado, en el anterior epígrafe el sistema de protección a los ámbitos de la importación y la exportación de productos y servicios en el Comercio internacional.

36. La OMC establece, -como lo hizo el GATT de forma previa-, mandatos flexibles para que los Estados parte respetasen unos estándares mínimos de conducta. Sin embargo, el GATT a diferencia de la OMC no establece de forma directa la represión de los comportamientos comerciales desleales como el *dumping* y las salvaguardas temporales a importaciones y exportaciones o las prohibiciones de determinado tipo de comercio¹⁵⁹.

¹⁵⁸Vid. “Interpretación de artículo XXIV, párrafo 3º GATT (1947) anexionado a los Acuerdos de la OMC”, disponible en: http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/10-24.pdf. Lo que quiere decir que la solución de determinados problemas como pueden ser los actos desleales deben dejarse en manos de los gobiernos que tienen la obligación pero no la facultad de regularlos. El “Código antidumping”, por ejemplo, establece como los gobiernos pueden adoptar medidas legislativas de tipo administrativo contra el *dumping* o el comercio predatorio. Sin embargo, el *dumping*, no se persigue siempre. Se persigue cuando el daño que se ha producido es considerable y dentro de una rama de producción del país donde se ha llevado a cabo. Por ejemplo, el art. VI Tratado GATT: “Las partes contratantes reconocen que el *dumping*, que permite la introducción de los productos de un país en el mercado de otro país a un precio inferior a su valor normal, es condenable cuando causa o amenaza causar un daño importante a una rama de producción existente de una parte contratante o si retrasa de manera importante la creación de una rama de producción nacional.” (el resaltado no es del texto original). Si el *dumping* no ha causado o no es probable que cause amenaza entonces, no se considera un acto comercial desleal perseguible”.

¹⁵⁹Vid. P. NICOLAIDES, “How Fair is Fair Trade?”, *JWT*, vol. 21, 1987, pp. 147-162; C. GARCÍA MOLYNEUX, “The Trade Barriers Regulation...”, *loc.cit.*, p. 383; J. BHAGWATI, “Fair Trade, Reciprocity and Harmonization: The New Challenge to the Theory and Policy...”, *loc.cit.*, en J. BHAGWATI/R. HUDEC (eds.), *Fair Trade and Harmonization Prerequisites for Free Trade?*, vol. 1, Economic Analysis, Massachusetts, The MIT Press, 1996, pp. 547-593; De hecho, el proteccionismo es una manifestación de política comercial incompatible con la liberalización del comercio desarrollada en la OMC, y otros organismos interregionales; C. RIFFEL, *The Protection against Unfair Competition in the WTO...*, *op.cit.*, pp. 1-2; M. KOSTEKI, *El mercadeo internacional y el sistema de comercio (La empresa y el sistema multilateral de comercio)*, Ginebra, CCI, 2001, p.13; en China se cuestionó como medida proteccionista el bloqueo realizado a la compañía *Coca Cola* cuando quiso adquirir la comparía china *Huiyuan* en septiembre del año 2008. Se debatió si este hecho fue debido a una nueva normativa *antitrust* contra los principios del libre comercio considerada como medida proteccionista. O, si del lado contrario fue un acto que prevenía el monopolio de *Coca Cola* en China sobre el sector de los refrescos teniendo en cuenta que *Huiyuan* es una de las compañías de refrescos más importantes del país asiático, Q. BU, “Coca-Cola v. Huiyuan-Market-Economy Driven or Protectionism?”, *IIC*, vol. 41, nº2, 2010, pp. 202-210.

37. Lo que tienen en común es que los parámetros OMC-GATT en relación al comercio desleal están para que los Estados parte de este sistema multilateral y al margen de los sistemas bilaterales que mediante tratado establezcan, fomenten mediante el establecimiento de medidas comerciales discriminatorias, la deslealtad comercial entre los operadores jurídicos privados. Pero, no son normas directas que ayuden a cumplir el objetivo de la lucha contra las conductas comerciales desleales de forma privada, sino más bien de control.

Este es el aspecto que más ha sido criticado por la doctrina como el verdadero fallo del sistema del comercio multilateral contra la lucha del comercio desleal y restrictivo y como la explicación de una de las causas de su crisis actual entre otras, como la falta de mecanismos de tutela eficaces para la persecución y sanción a los Estados como medio disuasorio para evitar guerras comerciales que se pueden reputar de desleales porque desestabilizan el libre comercio mundial¹⁶⁰. Así como también su funcionamiento excesivamente contaminado de intereses estatales que perjudica la acción del legislador OMC a la hora de establecer premisas internacionales comunes.

38. Principios OMC relacionados con el control de la deslealtad en el comercio institucional¹⁶¹. Los principios que influyen en las normativas de los Estados OMC para el desarrollo del fomento de la competencia libre y leal en sus dos vertientes es realmente el “Principio de no discriminación” .

El “principio de no discriminación” en el GATT estaba enfocado a los productos importados y domésticos similares en relación al objetivo ya mencionado: la reducción de aranceles y eliminación de barreras en el comercio mundial, garantizando así la libre competencia entre productos¹⁶².

39. De un lado, controla la deslealtad (fomento de la competencia leal) Del otro lado, establece el sistema de libre competencia, siendo el único que puede fomentar el libre cambio comercial y la apertura de fronteras comerciales (debiendo

¹⁶⁰ El TJUE lo pone de relieve en el asunto *APEX c. Hauptzollamt Hamburg-Stadt* (C-371/14), párr. 22: “Pues bien, el establecimiento de derechos antidumping no constituye la sanción de un comportamiento anterior, sino una medida de defensa y protección contra la competencia desleal que resulta de las prácticas de *dumping* que tienen por objeto impedir o hacer económicamente menos ventajosa la importación mediante *dumping*. Sin embargo, ese objetivo no puede lograrse cuando se imponen medidas antidumping para un período anterior a la fecha de adopción del Reglamento que las prevé” y párr.41.

¹⁶¹ M. RAINELLI, « Réflexions sur la loyauté dans le commerce ... », *loc.cit.*, en J. Laroche (ed.), *La loyauté dans les relations internationales...op.cit.*, p. 179; D. W. LEEBRON, “Lying Down with Procrustes: An Analysis of Harmonization Claims”, en J. BHAGWATI/R. E. HUDEN, *Fair Trade and Harmonization. Prerequisites for Free Trade...*, *op.cit.*, pp. 41-117, pp. 60-61.

¹⁶² M. MELLONI, *The Principle of National Treatment in the GATT...*, *op.cit.*, pp. 20-21.

ser establecido en las políticas comerciales de los Estados OMC fomentando el libre comercio, especialmente en los sistemas de importación y exportación)¹⁶³. Este principio contiene en si mismo: el respeto por el trato de la Nación Más Favorecida (NMF) y el principio del Trato Nacional (TN)¹⁶⁴).

40. Lo más relevante para el control de la competencia desleal y el comercio desleal es que actúa de forma directa sobre la libre circulación de mercancías en el mercado internacional.

Se impone para que todos los Estados OMC no establezcan en sus legislaciones, aquellas medidas que se han considerado desleales en el comercio internacional, -como las medidas de ataque y defensa comercial,- y evitar discriminaciones desleales a los operadores jurídicos privados de otras nacionalidades, teniendo en cuenta, el grado de apertura de los mercados tras la institucionalización de los mercados nacionales.

41. Estos principios, a su vez, se apoyan de técnicas que implican la aplicación del principio de No Discriminación comercial y lo que ello implica. Estas técnicas son generalmente la introducción de normas técnicas de tipo administrativo que permitan la apertura de los mercados nacionales al intercambio transnacional de mercancías y favorezcan el flujo de bienes evitando las normativas proteccionistas.

Estas medidas pueden ser por ejemplo, la disminución de las restricciones cuantitativas al comercio en importaciones y exportaciones; eliminación de barreras fiscales y también de tipo aduanero (con el establecimiento de un arancel común), entre las más destacables¹⁶⁵, que no se analizan en estas líneas.

¹⁶³ B. LAL DAS, *La OMC y el sistema multilateral del comercio: pasado, presente y futuro*, Barcelona, 2004, *id.*, *The World Trade Organisation: A guide to New Frameworks for International Trade*, 2ª ed., Penang, 2000.

¹⁶⁴ Vid. “Los principios del sistema de comercio”, OMC, https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/fact2_s.htm; A. BEVIGLIA ZAMPETTI, *Fairness in the World Economy...*, *op.cit.*, pp. 2-3. Algunos autores han llegado a considerar estos principios como una “constitución económica, que puede y debe ser invocada en caso de ser violados. E. U. PETERSMANN, *Constitutional functions and Constitutional problems of International Economic law*, Suiza, Westview, 1991, y también del mismo autor: M. HILF/E.U. PETERSMANN (eds.), *National constitutions and international economic law*, Deventer, Kluwer, 1993; *id.* *The GATT/WTO Dispute Settlement System: International Law, International Organizations And Dispute Settlement*, London, 1997, p. 53. Cuando se elevan a Constitución económica están implicando “el establecimiento de unos principios básicos del orden económico que han de aplicarse con carácter unitario”.

¹⁶⁵ Cf. R. ILLESCAS, “Hacia un orden internacional de defensa...”, *loc.cit.*, en J.M. BENEYTO PÉREZ (Dir.)/J. MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS (coord.), *El nuevo Derecho comunitario y español de la Competencia: Descentralización, análisis económico y ...*, *op.cit.*, p. 408.

42. Positive comity y Derecho de la competencia. Existen otras técnicas de gran importancia a falta de conjuntos normativos que definan en tratados de libre competencia nacidos del ámbito de la cooperación internacional. Son los instrumentos de cortesía positiva (*positive comity*)¹⁶⁶ para evitar discriminaciones y comercio desleal.

2. *Aportaciones de otros organismos internacionales contra la lucha de comportamientos comerciales desleales*

A. Organizaciones internacionales

43. Al margen de las premisas de las anteriores organizaciones interestatales, existen otro tipo de organizaciones que complementan los esfuerzos de las anteriores, en la represión de la lucha contra las conductas comerciales desleales bien sean de tipo público o de tipo privado. Todas ellas han colaborado, de alguna forma u otra, en el desarrollo de la lucha contra el comercio desleal y contra la competencia desleal en el comercio internacional. Se deben mencionar, aunque sea de forma sucinta porque contienen, en algunos casos, fuentes del Derecho de la competencia desleal y, en otros casos, valiosos informes que incluso fueron tomados en cuenta por los legisladores para considerar mejoras legislativas en relación a la materia.

44. OCDE. En el pináculo de las organizaciones internacionales encargadas de fomentar las buenas prácticas comerciales entre naciones y la prevención de las prácticas restrictivas del comercio, se encuentra la OCDE es un “pacto entre caballeros”, un *think tank* que genera *guidelines* o *soft law* para los Estados¹⁶⁷.

45. Entre sus objetivos para con la disciplina y su preocupación por su desarrollo así como también para el Derecho de la competencia en general en el comercio mundial, sus informes muestran la gran importancia de contar con mecanismos de “tutela” para la prevención de la competencia desleal, entre los que se incluye el análisis de conductas predatorias como el *dumping* y de otro tipo de prácticas restrictivas del comercio interestatal, como son las salvaguardas al comercio y los subsidios (que no se analizan en esta tesis)

¹⁶⁶ C. KESSEDJIAN, “Codification du droit commercial international et droit international privé: de la gouvernance ...”, *loc.cit.*, p.215; en relación a los acuerdos de cortesía positiva en el ámbito del Derecho de la competencia, S. CANO, « La cooperación internacinal en el ámbito del Derecho de la competencia : especial referencia a las relaciones euroamericanas », 1998, disponible en : <http://helvia.uco.es/xmlui/bitstream/handle/10396/2878/14.pdf?sequence=1>

¹⁶⁷ A. J. BALLESTEROS ROMÁN, *Comercio exterior: Teoría y práctica*, 2ªed., Murcia, 1998, p. 209; OCDE, “Organisation de coopération et de développement économiques”, *OCDE Journal Competition law and policy*, vol. 7, nº2, 2005.

47. Las prácticas restrictivas del comercio generan, lo que la OCDE ha considerado como un problema de “extensión” internacional, habida cuenta que se expanden en “mercados abiertos”¹⁶⁸.

48. Otra de las misiones importantes de la OCDE en materia de competencia es la creación de informes que reciben los Estados en los que se ponen de manifiesto determinadas soluciones que podrían mejorar tanto las transacciones comerciales multilaterales como las políticas de competencia así como los trabajos realizados para la protección de los consumidores¹⁶⁹.

49. Se destacan una serie de “Códigos de liberación sobre las prácticas restrictivas en Europea y América del Norte” (guías legislativas), en el año 1962¹⁷⁰. Estas guías o códigos de liberación sólo tratan el problema de las prácticas restrictivas del comercio, aunque no del comercio desleal y sus prácticas.

50. Proponen a los Estados que revisen sus sistemas jurídicos y que introduzcan determinados criterios que mejoran los intercambios comerciales, con el fin de evitar que los legisladores nacionales se abstengan de introducir medidas que pueden conllevar prácticas restrictivas de la competencia¹⁷¹.

51. **ONU/UNCTAD.** Esta importante organización internacional también ha mostrado su interés y participación en el ámbito del Derecho de la competencia a través de los trabajos de la UNCTAD¹⁷². De hecho, la UNCTAD las desarrolla entendiéndolas como aquellas conductas o prácticas desleales que sólo los Estados pueden reprimir desde sus legislaciones en el “Código de buena conducta de las prácticas restrictivas comerciales” (1980)¹⁷³.

¹⁶⁸M. SALEM, “Du role de l’OCDE dans la mondialisation de l’économie- Aspects juridiques”, en É. LOQUIN/C. KESSEDJIAN, (eds.) en *La mondialisation du droit*, Dijon, 2000, pp. 329-345 ; D. CARREAU/P. JUILLARD, *Droit international économique*, Paris, 2005 ; I. SEIDL-HOHEUELDERN, “International economic law”, *R. des C.*, t. 187, vol. 3, 1987, pp. 9-264; La OCDE, siendo consciente de los problemas que trae la globalización sobre el Derecho de la competencia desleal, se dedica a analizarlos, y remitir informes a los Estados miembros de su organización y a las empresas multinacionales..

¹⁶⁹OECD, “Trade and Competition Policies”, *Working papers*, nº35, París, 1994.

¹⁷⁰M. VAN C., “Guide de la législation sur les pratiques commerciales restrictives en Europe et en Amérique du Nord”, Paris, 4 volumes, 1962; *Rev.int. dr. c.*, vol. 15, nº3, 1963, pp. 608-609; estas normas están enfocadas a comportamientos públicos incluso si los realizan los competidores.

¹⁷¹C. KESSEDJIAN, « Codification du droit commercial international et droit international privé : de la gouvernance normative pour las relations... », *loc. cit.*

¹⁷²F. MARRELLA/F. GALGANO, *Diritto e prassi del Commercio internazionale*, Padua, CEDAM, 2010, p. 62.

¹⁷³ Este Código surge como consecuencia del quinto período de sesiones realizado en Manila del 7 de mayo al 3 de junio de 1979, por la UNCTAD (ONU). Disponible en: http://unctad.org/es/Docs/td269vol1_sp.pdf; P. ROFFE, “Transfer of Technology: UNCTAD’s Draft

52. De otro lado, se debe tener en consideración, la “Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados” (1974) de la ONU de la Conferencia UNCTAD en 1972. En la misma Conferencia se tuvo como objetivo la búsqueda de estándares o normas internacionales de tipo imperativo que rigiesen de forma universal las relaciones económicas entre Estados. Con ello, se pretendían establecer determinados límites a los abusos que pudieran generarse en el ámbito importaciones y exportaciones¹⁷⁴.

53. La Carta se constituye como un mandato de tipo internacional o *hard law*, y por ende, tiene fuerza vinculante a diferencia del “Código de buena conducta de las prácticas restrictivas comerciales”. Mediante sus disposiciones, los Estados se comprometieron a respetar estos derechos y deberes económicos internacionales en aras de la liberalización del comercio internacional incluyendo aspectos como la lucha contra la corrupción de los mercados en los que, a su vez, se tutela el control del comercio desleal.

B. Organizaciones de tipo científico y profesional

54. Las organizaciones que se destacan en este apartado cabe decir, que a diferencia de las consideradas en el apartado anterior, no hacen informes relativos a las normas del comercio internacional y el Derecho económico internacional en materia de la competencia desleal. Más bien, se enfocan en el funcionamiento de las normas de corte privado del Derecho convencional o mercantil internacional.

55. Esto es, como Derecho privado y enfocada en el control de conductas comerciales desleales entre los profesionales u operadores jurídico privados. Se deben destacar los trabajos realizados por relevantes asociaciones profesionales como:

International Code of Conduct”, *J.Int’l L.*, vol., 19, n° 689, 1985, pp. 689-707; D. P. WOOD, “The impossible dream: An Antitrust Code”, *U. Chi. Legal F.*, 1992, pp. 277-313.

¹⁷⁴ “Resolución 3281 (XXIX)” de la Asamblea General de la ONU, de 12 de diciembre de 1974, su art. 6 manifiesta que es el deber de todos los Estados contribuir al desarrollo del comercio internacional de mercancías: “en especial a través de arreglos y mediante la conclusión de acuerdos multilaterales a largo plazo sobre productos básicos, según corresponda, y teniendo en cuenta los intereses de los consumidores y productores”; art. 18.1 establece el mandato para los Estados de la aplicación, mejora y ampliación del sistema de preferencias arancelarias generalizadas no recíprocas y no discriminatorias (...). En sus relaciones económicas internacionales los países desarrollados tratarán de evitar toda medida que tenga un efecto negativo sobre el desarrollo de las economías nacionales de los países en desarrollo y que haya sido promovido por las preferencias arancelarias generalizadas y por otras medidas diferenciales generalmente convenidas en su favor”. En el art. 28 se establece el deber de cooperar en materia de los precios a las exportaciones y de las importaciones en especial con los países en vías de desarrollo para lograr relaciones justas y equitativas para éstos (productores y consumidores).

56. LIDC. La *International League for Competition Law* (conocida como la LIDC), está centrada en el estudio de las normas de libre competencia (*antitrust law*), propiedad intelectual, Derecho *antitrust* y competencia desleal (*unfair competition*) y promueve los principios de justicia y eficiencia en el comercio internacional.

Sus Informes no son vinculantes ni para los Estados ni para las Instituciones que los solicitan. Aunque no por ello, no dejar de tener relevantes propuestas *de lege ferenda*, que pueden ser tenidas en cuenta, por su alto contenido técnico y adaptado a las necesidades actuales de la disciplina en el comercio multilateral o internacional.

57. En relación a los problemas del Derecho de competencia desleal ha publicado numerosos informes tanto específicos (como el del secreto empresarial en el año 2013) o generales, como el informe de 1967, que estaba centrado en el estudio de los problemas sobre ley aplicable en materia de competencia desleal o problemas de DIPr¹⁷⁵.

58. IDI. De otro lado, el “Instituto de Derecho Internacional”, (en adelante IDI), ha sido de suma importancia en el desarrollo de estándares y configuración del Derecho contra la competencia desleal, en especial para el desarrollo y evolución de la disciplina en el ámbito del DIPr. Su resolución más importante para el Derecho de la competencia desleal se llevó a cabo en 1983, en su Sesión de Cambridge.

59. UNIDROIT. El *Institute for the International Unification of Private International Law* (UNIDROIT) también realizó dos estudios en 1957 de gran relevancia hasta ahora conocidos. Son estudios que se centran en el estudio de los diferentes sistemas de competencia desleal desde el ámbito del Derecho comparado. Ambos sirvieron de referente para los trabajos posteriores de armonización de la disciplina en la Unión Europea, llevados a cabo por ULMER, como se pone de relieve con mayor exhaustividad en el Capítulo II¹⁷⁶.

¹⁷⁵ A. DYER, “Private international law and Unfair...”, *loc.cit.*, p. 418, nota 52. La Resolución adoptada se hace en referencia a los problemas habituales de la materia pero en relación a sus aspectos civiles en el DIPr, especialmente en la localización del lugar donde han colisionado los intereses y su relación con la *lex loci delicti commissi* o la ley del lugar donde se ha cometido el delito (ilícito).

¹⁷⁶ « Observations préliminaires pour une étude comparative en matière de concurrence déloyale », Études XLI: Concurrence déloyale, Doc. n° 2, U.D.P., Roma, 1950. Las cuestiones relativas a este problema se pondrán de manifiesto con mucha más profundidad en el Capítulo segundo; T.W.DORNIS, *Trademarks and Unfair Competition Conflicts-Historical-Comparative-Doctrinal, and ...*, *op.cit.*, pp. 42-46.

60. AIPPI. Con relación a asociaciones dedicadas al estudio de la propiedad intelectual, la publicidad y la propiedad industrial. Su especial relación con la competencia desleal se debe destacar por los trabajos realizados por la *Association Internationale pour la Protection de la Propriété Intellectuelle* (AIPPI).

61. Lo más destacable de su informe es que otorgó a la definición unificada del concepto de competencia desleal del artículo 10 *bis* CUP mayor relevancia. A su vez, propuso una unificación internacional de los actos considerados como desleales añadidos a la cláusula general en las legislaciones nacionales¹⁷⁷.

62. Otro estudio relevante del año 1998 pone de relieve los aspectos más controvertidos entre la competencia desleal y la publicidad ilícita o engañosa, que ha servido de modelo para las legislaciones nacionales a la hora de mejorar los aspectos de su regulación¹⁷⁸.

La aportación que la AIPPI realiza cada año en sus sesiones anuales, lo hace mediante la propuesta de normas modelo materiales uniformes que incluyen cuestiones relativas a los problemas más actuales de los derechos de PI, la publicidad y el Derecho de la competencia en el Derecho convencional y mercantil internacional.

III. Control de las conductas comerciales desleales en el marco OMC/GATT

1. Ámbito del GATT-OMC: configuración y aplicación pública

63. Como se desprende del apartado anterior, el verdadero objetivo de la OMC en relación a la competencia desleal es que los operadores jurídicos públicos o los Estados OMC que pertenecen a este sistema de comercio multilateral, se abstengan de fomentar determinados conductas comerciales e introduzcan medidas legislativas discriminatorias¹⁷⁹. Así como también de establecer estándares mínimos comunes para favorecer el libre comercio en el mercado internacional.

¹⁷⁷Cf. “Résolution on effective protection against unfair competition under article 10 *bis* Paris Convention of 1883”, Q115, *AIPPI*, Yearbook 1994/II, disponible en: https://www.aippi.org/download/yearbooks/Annuaire%201993_III.pdf.

¹⁷⁸« Publicité trompeuse et déloyale (Télévision sans frontières) », Q77, *AIPPI*, Annuaire 1985/III, pp.290-294.

¹⁷⁹*Vid.v.gr.*, A. PUTTEMANS, “Les droits intellectuels et la concurrence déloyale dans le Code de droit international privé”, *RDC*, nº6, 2005, pp. 615-627, p. 622: “L’expression “*pratique commerciale restrictive*” est fort ambiguë”, puesto que en el Código de DIPr belga contiene una norma de conflicto de leyes que diferencia entre ambos conceptos (art. 99.2.2º) como en Luxemburgo. Las prácticas comerciales desleales están relacionadas con el Derecho contra la

64. De otra parte, tampoco existe ninguna definición en este ámbito de qué es la competencia desleal ni qué es comercio desleal, sólo se menciona en los textos OMC como un mal a batir puesto que permitirlo o realizarlo se sitúa en contra de la liberalización de los intercambios comerciales.

Aproximación conceptual: En un intento de aproximación para definir las, la ONU¹⁸⁰ consideró que las prácticas restrictivas y desleales en este nivel legislativo, son todas aquéllas prácticas comerciales que tienen como objetivo “directo”¹⁸¹ restringir o llegar a eliminar la competencia y que a nivel internacional provocan un desequilibrio en el comercio internacional¹⁸².

65. La consideración de “prácticas desleales en el mercado” se refiere, como norma general en esta dimensión del comercio multilateral, a conductas mercantiles que afectan a la competencia leal y libre entre mercados y territorios aduaneros distintos de forma discriminatoria pero no contra el sistema en general, como lo harían las prácticas restrictivas¹⁸³. El concepto de “prácticas restrictivas” responde a los efectos territoriales de los mercados internos y el de las “prácticas desleales” responde a prácticas que se llevan a cabo en mercados globalizados e integrados entre sí. Ahora bien, en este nivel de regulación, se encuentra que la mayor parte de las prácticas restrictivas que se han codificado responden a lo que se conoce como prácticas desleales.

66. Doble objetivo. Interesa destacar que su objetivo es doble: establecen el fomento de la institución de la Competencia (FOMENTO de la competencia

competencia desleal y las prácticas restrictivas de la competencia con aquellas prácticas como las ayudas de Estado, control de concentraciones, abuso de posición dominante, etc; *id.* “Droits intellectuelles et concurrence déloyale-Copie de roasces ou de kayaks: Halte à la dérive”, *Annuaire des Pratiques du commerce & Concurrence*, 2008, pp. 489-501.

¹⁸⁰ “Conjunto de principios y normas sobre Competencia de las Naciones Unidas-Conjunto de principios y normas equitativos convenidos multilateralmente para el control de las prácticas comerciales restrictivas”, (TD/RBP/CONF/10/Rev. 2), UNCTAD, Ginebra, 2000. Disponible en: <http://r0.unctad.org/en/subsites/cpolicy/docs/cpset/rbpc10rev20sp.pdf>.

¹⁸¹ *Ibid.*

¹⁸² Entre estos tipos de prácticas, la formación de cárteles de exportación e importación monopolios, y / o las concentraciones (*mergers*). Comportamientos que siempre han sido excluidos del ámbito objetivo del Derecho de competencia desleal en su configuración y dimensión privada.

¹⁸³ Tienen una configuración privada y pública en su misma existencia por la interrelación de los objetivos; J. WITCKER, “Prácticas desleales y prácticas restrictivas”, A. VARELA/J. WITCKER, (ed.), *El derecho de la competencia económica en México*, 1ªed., México, 2003; , aunque observando esta competencia no desde la competencia entre ordenamientos (*jurisdiction to prescribe*) sino desde la CJI (*jurisdiction to adjudicate*) ambas vinculadas, C. OTERO GARCÍA CASTRILLÓN, “El alcance extraterritorial del Derecho de la competencia...”, *loc.cit.*, p. 39; P. E. FERNÁNDEZ LALANNE, “Prácticas restrictivas de comercio, competencia desleal y “dumping” en la integración económica centroamericana”, INTAL, *Derecho de la integración*, nº20, 197, pp. 47-77

libre) en el libre comercio internacional y, pretenden desalentar la prevención de la deslealtad en las conductas comerciales (FOMENTO de la competencia leal)¹⁸⁴.

67. Comportan una serie de actos que deben ser considerados comercio desleal, que se encuentran tratadas desde la configuración pública, acercándose bastante al tratamiento y aplicación que reciben las prácticas *antitrust*¹⁸⁵.

68. Por ejemplo, el *dumping* es el resultado de una conducta comercial privada¹⁸⁶, realizada por los operadores privados. El componente público es que el *dumping* desde el comercio institucionalizado es un mandato que se dirige a los operadores jurídicos públicos para que lo controlen o prohíban en sus legislaciones, por ser una de las prácticas comerciales que más daña los intereses del comercio internacional. De otra parte, también han sido considerados como comercio desleal, los subsidios y otro tipo de actos comerciales como el establecimiento de aranceles en contra de la normativa GATT.

2. *Ámbito ADPIC - OMC: configuración y aplicación privada*

A. Aspectos generales del ADPIC

a. Origen y relación con el comercio desleal

69. Tras largas negociaciones y bastantes conflictos en el seno de la OMC, nace el ADPIC, constituyéndose como el tercer pilar de la precitada organización.

70. Su importancia reside en que es el principal tratado multilateral para la protección del comercio mediante la protección de los DPI. Todo tratado bilateral que se ha realizado de forma posterior entre los Estados OMC, tiene la obligación

¹⁸⁴ W. FIKENTSCHER, “The Draft International Antitrust Code...”, *loc.cit.*; De la misma, este debate se produjo en la reunión del IDI de 1984, el debate sobre si incluir o no en problemas de ley aplicable también, un criterio de conexión para las prácticas restrictivas de la competencia próximas al Derecho de competencia desleal.

¹⁸⁵ A este tipo de prácticas comerciales desleales en el ámbito del comercio multilateral su tipificación se corresponde con los comportamientos conocidos como *dumping*, subvenciones y medidas de salvaguarda.

¹⁸⁶ R. ILLESCAS, “Hacia un orden internacional en defensa de la competencia...”, *loc.cit.*, p. 411, en en J.M. BENEYTO PÉREZ (Dir.) /J. MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS (coord.), *El nuevo Derecho comunitario y español de la Competencia: Descentralización, análisis económico...*, *op.cit.* A modo de ejemplo, establece la regulación que hace la ley española de esta conducta comercial, que se tipifica como un comportamiento contra el mercado en su conjunto (las ventas a pérdida) y sobre la normativa europea, el Reglamento “Antidumping”, el Reglamento (UE) 2016/1036, relativo a la defensa contra las importaciones que sean objeto de *dumping* por parte de países no miembros de la Unión Europea, *DOUE*, L 176/21; ambas regulaciones se entienden como el desarrollo en las legislaciones nacionales de los Estados parte de la OMC del artículo IV derivado del Tratado GATT, que deben ser cumplidos por los mismos; un análisis de esta normativa de forma prolija, A. SANTANA PÉREZ, *La venta a pérdida como ilícito concurrencial*, tesis doctoral, Universidad de La Laguna, 2003, esp. pp. 110-115

de respetar los parámetros del mismo, especialmente relativos al desarrollo de cómo se tutelan los DPI en sistemas de importación-exportación.

71. Relación con el comercio desleal y comportamientos comerciales desleales de tipo privado. El Preámbulo del ADPIC pone de relieve la relación existente entre los DPI, la competencia y el comercio multilateral. En cuanto al Derecho de la competencia, lo hace de forma general, estableciendo que un sistema que fomenta la libre y *leal* competencia es el motor del desarrollo del progreso tecnológico y la innovación.

Por lo que fomenta el control y la concesión de tutela a los DPI porque generan mayor competitividad y esto ayuda a liberalizar los intercambios comerciales. Aunque reconoce que el mayor problema que se encuentra en el ámbito de los DPI, es que su territorialidad también puede impedir este desarrollo de la liberalización (dado que no existen Registros internacionales), generando monopolios y restricciones de acceso a los mercados por parte incluso de sus titulares contradiciendo el espíritu de los parámetros OMC dados en el ADPIC¹⁸⁷.

72. La obligación de los Estados OMC en el ADPIC en relación a la competencia desleal como Derecho privado se centra en prevenir lo que ya se había establecido en el GATT¹⁸⁸: La lucha contra la piratería y falsificación de productos bajo la tutela de DPI. Ahora bien, existe una falta de tratamiento adecuado de la competencia desleal como Derecho privado (entendida como parte

¹⁸⁷ H. ULLRICH, "TRIPS: Adequate Protection, Inadequate Trade, Adequate Competition Policy", *Pac. Rim L & Pol 'y J.*, vol.4, n°1, pp. 153-210, p. 155: "The TRIPS-Agreemnt is concerned with trade, not with competition. It aims at the reduction of distorsions and impediments to trade, and in so doing, pays almost as littel attention to competition as does the WTO in general", p. 207, merece la pena considerar la reflexión que hace el autor al final de su artículo en cuanto el ADPIC fue el origen del miedo y la agresión (atendiendo a sus orígenes) por lo que falló y está fallando en algunos de sus objetivos, como es por ejemplo la protección de los mercados tecnológicos y la investigación y el desarrollo; A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado...*, vol. 2, *op.cit.*, pp. 1257-1258. El ejemplo que ponen los autores es bastante ilustrativo de este bloqueo: el titular de una marca en España puede impedir la importación en España de productos de dicha marca legalmente etiquetados y fabricados en otro país por el sujeto que es titular de la marca en dicho país.

¹⁸⁸ F. HENNING BODEWIG, *International Handbook on Unfair Competition...*, *op.cit.*, p. 30; G. REGER, *Der Internationale Schutz gegen den unlauteren Wettbewerb und das TRIPS Überinkommen*, Colonia, Heymann, 1999, siendo uno de los primeros estudios en los que se criticó la posición ambigua y poco definida del artículo 10 *bis* CUP en el ADPIC y que analiza en profundidad la protección contra la competencia desleal de determinados aspectos como por ejemplo, la protección a las indicaciones geográficas y al *know how*; Así mismo responden a la preocupación de la OMC de responder a cuestiones como dar la suficiente seguridad jurídica reduciendo las distorsiones al comercio al comercio internacional y los obstáculos al mismo; por ejemplo, el TJUE tuvo ocasión de pronunciarse sobre este objetivo en el asunto *Christian Dior* (C-300/98), esp. cdo. 56

de la tutela de los DPI en caso de infracciones en el comercio), teniendo en cuenta que esta falta de desarrollo es una de las mayores lagunas que hay en el ADPIC¹⁸⁹.

Y, porque tampoco queda claro que el Preámbulo del ADPIC establece que deben prohibirse las “distorsiones al comercio” en relación con el establecimiento de legislaciones relativas a la tutela de los DPI, esté totalmente relacionado con la competencia desleal¹⁹⁰.

b. Críticas sobre su estructura, función y objeto

Existen varios motivos por lo que este Tratado ha sido y es tan controvertido. Motivos que son relevantes para entender su posición en relación a la disciplina y en relación a la liberalización del comercio internacional¹⁹¹.

73. Primera crítica. Uno de ellos viene dado por las críticas hacia la relación existente entre los DPI y el comercio debía tener cabida entre los objetivos de la OMC, como se desprende de las explicaciones del anterior apartado¹⁹².

74. Objetivo de las críticas contra la redacción del ADPIC: se dirigen a cuestionar que el ADPIC, en realidad, contrariaba el objetivo de la OMC puesto que los aspectos que regula, ya aparecían regulados en los tratados administrados

¹⁸⁹*Vid. infra*, apartado siguiente; Art. 2.1º ADPIC; A. GÓMEZ SEGADE, “El Acuerdo ADPIC como nuevo marco para la protección de la propiedad industrial...”, *loc.cit.*; un análisis detallado del artículo 10 bis CUP en el ADPIC; también, C. RIFFEL, *The Protection against Unfair Competition in the WTO TRIPS Agreement. The Scope and Prospects of Article 10 bis of the Paris Convention for the Protection of Industrial Property*, Canterbury, Brill, 2016; A. FONT SEGURA, *La protección internacional del secreto... op.cit.* p. 101; J.A. GÓMEZ SEGADE, “El tratado ADPIC como nuevo marco para la protección...”, *loc. cit.*

¹⁹⁰*Ibid.*

¹⁹¹ El ADPIC sólo establece el término “propiedad intelectual” en el sentido anglosajón que engloba también los DPI, pero explica en su artículo 1.2 esta condición: “A los efectos del presente Acuerdo, la expresión “propiedad intelectual” abarca todas las categorías de propiedad intelectual que son objeto de las secciones 1 a 7 de la Parte II”. Este aspecto también ha sido muy problemático, el hecho que el ADPIC no construyese un concepto claro de propiedad intelectual. Con un concepto claro se podrían incluir acciones contra la competencia desleal, por ejemplo en materia de imitación de diseños industriales, F. HENNING-BODEWIG, *International Handbook on Unfair Competition...*, *op.cit.*, p. 36.

¹⁹² Al haber sido una iniciativa norteamericana con lo que se vio como una amenaza por los países de economías emergentes; R. KAMPF, “Does Intellectual Property Belong to the Trade Family?”, en C. HERRMANN/ B. SIMMA/ R. STREINZ (eds.), *European Yearbook of International Economic Law. Special Issue: Trade Policy between Law, Diplomacy and Scholarship. Liber Amicorum in memoriam H. G. Krenzler*, Munich, Springer, 2015, pp. 87-120, pp. 108-109; Otro problema surge con la controversia debida a la falta de claridad de la relación entre los derechos de PI y el comercio. En el ámbito UE, el asunto *Sanofi-Aventis* (C-414/11) en donde tras años de mantener que el ADPIC no pertenía al ámbito de la PCC (por ser relativo a la protección de los derechos de PI), el TJUE ya lo reconoce como materia contenida en la PCC teniendo en cuenta la letra del art. 207.1 TFUE.

por la OMPI (aunque si bien es cierto, se regulaban de forma sectorial y no global como pretendió el legislador OMC con el ADPIC)¹⁹³.

75. Estas voces consideraron que era delicado incluir la protección de los DPI en el ámbito OMC de forma conjunta contra el comercio desleal. Para los críticos, la concesión de derechos de exclusiva y su protección en tratados bilaterales de libre comercio resultaba ser más, una medida de tipo “proteccionista” (pudiendo ser considerado una medida de ataque o defensa comercial y, por tanto desleal) en la que además se favorecía a los *lobbies* de las grandes industrias a ganar el favor de los legisladores nacionales en los países desarrollados y dejando en situación de desventaja a los países de economías emergentes que tienen menos recursos para la concesión de DPI, especialmente en patentes de tipo farmacéutico¹⁹⁴.

76. De esta forma, se fomentaba también una cierta competencia legislativa y algunas prácticas comerciales desleales, prácticas de tipo discriminatorio que atentan contra la liberalización progresiva de los intercambios comerciales, nacidas precisamente de los desequilibrios causados por la competencia regulatoria¹⁹⁵.

77. Segunda crítica. Otra de las críticas que más sobresalen contra la redacción del ADPIC es que no tiene un alto nivel jurídico, puesto que se realizó por expertos en economía y comercio internacional (a diferencia del resto de tratados sobre propiedades inmateriales administrados por la OMPI). De ahí, que los expertos consideren que tiene una deficiente redacción y poca claridad en sus disposiciones que ha perjudicado a la protección que deben otorgarse a los DPI y al libre comercio.

78. Globalización interna y externa. El ADPIC tiene la característica que no admite reservas debido a su “globalidad interna” (art. 72) a diferencia de los Tratados administrados por la OMPI. Lo que se pretendía con la globalidad interna era asegurar los estándares mínimos universales de protección para la propiedad intelectual en sentido amplio. Y, prevenir el comercio internacional de distorsiones

¹⁹³ Algunas voces llegaron a ser todavía más críticas en cuanto establecieron que el ADPIC estaba reuniendo estándares de otras áreas no relacionadas con el comercio como estándares laborales o del medio ambiente siendo contrarios al objetivo de la liberalización del comercio. Como consecuencia se limitaría el derecho de los Estados a hacer comercio más que conceder derechos de propiedades inmateriales subordinados al comercio, R. KAMPF, “Does Intellectual Property Belong to the ...”, *loc.cit.*, en *European Yearbook of International Economic Law. Special Issue: Trade Policy between Law, ...*, *op.cit.*, p. 97.

¹⁹⁴ Sobre el impacto que tuvo el ADPIC en los países menos desarrollados y un estudio sobre el artículo 66 ADPIC, G. GHIDINI, “On the impact of the TRIPS on “least developed countries”: a tale of double Standards”, *Queen Mary Journal of Intellectual Property*, vol. 1, nº1, 2011, pp. 73-79; C. OTERO GARCÍA CASTRILLÓN, “El instrumento de defensa comercial comunitario tras la conclusión...”, *loc.cit.*, p. 481; también en el comercio paralelo afectando a regulación *antitrust*, de nuevo, I. ANTÓN JUAREZ, “The ten commandments of...”, *loc.cit.*, pp.71-76.

¹⁹⁵ *Ibid.* (KAMPF), p. 97.

a la competencia mediante las infracciones a los DPI. En su “globalidad externa” se vincula de forma absoluta a los Acuerdos OMC sin poder excepcionar su cumplimiento (el ADPIC no tiene sentido al margen de la OMC. De hecho, tampoco se puede ratificar de forma separada sin ser Estado OMC y no cabe querer ser miembro OMC sin aceptar el ADPIC así como cualquiera de los otros Acuerdos. Aspecto que debe ser tenido en cuenta, por cuestiones relativas a la disciplina como Derecho privado y su posición en el ADPIC¹⁹⁶.

79. Algunos autores consideran este aspecto como muy conflictivo e incluso *contra legem*, en cuanto no respeta los principios del Derecho internacional de formación de Tratados internacionales, ya que obliga a los Estados OMC a subsumir de forma indirecta las disposiciones de un Convenio (CUP), para el que nunca manifestaron su consentimiento en obligarse ni ser parte de la misma “Unión de París”¹⁹⁷. Pudiendo ser sancionados por la OMC, aquellos Estados parte, si no cumple estas obligaciones OMC (a pesar que no sea miembro o parte del otro Convenio).

80. Tercera crítica. El ADPIC representa estándares mínimos de protección internacional y se ocupa también de la ejecución de estos derechos, no permitiendo a los Estados parte establecer estándares más bajos de protección (art. 1.1 ADPIC¹⁹⁸) o dejar aquellos que ofrecían mayor protección en los Estados antes del establecimiento del ADPIC (de nuevo, a diferencia de los otros tratados sobre la materia administrados por la OMPI¹⁹⁹).

¹⁹⁶ J.A. GÓMEZ SEGADÉ, “El acuerdo ADPIC como nuevo marco para la protección de la propiedad...”, *loc.cit.*; J. SCHMIDT-SZALEWSKI, “The International Protection of Trademarks after the TRIPs...” *loc. cit.*, p. 191; Informe OMPI, “Implicaciones del Acuerdo sobre los ADPIC en los Tratados administrados por la OMPI”, Publicación nº 464, 1996 (reimpresión 1997, 2003, 2004), p. 5, disponible en: http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/intproperty/464/wipo_pub_464.pdf ; para profundizar más sobre los aspectos generales del ADPIC, P.T. STOLL/J. BUSCHE/K.ARENDT, *WTO: Trade-related Aspects of Intellectual Property Rights*, Brill, 2009, esp. pp. 631-676.

¹⁹⁷ S. RICKETSON, *The Paris Convention for the Protection of Industrial... op.cit.*, p. 698; con relación al art. 10 *bis* CUP en la UE, esto es, su posición, C. RIFFEL, *The Protection against Unfair Competition in the WTO TRIPS... op.cit.*, pp. 250-282; M. PFLÜGER, “Reichweite internationalrechtlicher Vorgaben”, en R. HILTY/F. HENNING-BODEWIG (eds.), *Lauterkeitsrecht und Acquis Communautaire*, MPI Studies on Intellectual Property, Competition and Tax Law, vol. 14, Munich, Springer, 2009, pp. 65-97.

¹⁹⁸ El art. 1.1 ADPIC reza así: “Los Miembros aplicarán las disposiciones del presente Acuerdo. Los Miembros podrán prever en su legislación, aunque no estarán obligados a ello, una protección más amplia que la exigida por el presente Acuerdo, a condición de que tal protección no infrinja las disposiciones del mismo. Los Miembros podrán establecer libremente el método adecuado para aplicar las disposiciones del presente Acuerdo en el marco de su propio sistema y práctica jurídicos”.

¹⁹⁹ Por ejemplo, en la jurisprudencia española, *vid.v.gr.* Auto nº 54/2012 de 21 de febrero, del Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Barcelona sobre el asunto VIAGRA vs. GENÉRICOS (*Pfizer Inc.*, y *Pfizer SLU c. Kern Pharma et al.*) en relación a una patente de medicamentos, que

81. Principios de protección ADPIC. Los estándares mínimos de protección que preconiza el ADPIC nacen de los principios OMC y se encuentran en el artículo 3 (Trato Nacional) y el artículo 4 (Principio de la Nación más Favorecida).

82. El motivo del establecimiento de tan elevados estándares de protección en el ADPIC fueron la *FTC* norteamericana y los otros países de economías desarrolladas²⁰⁰, que lo consideraron muy necesario frente la oposición de los países con economías no emergentes que están en una situación de debilidad frente a los primeros, especialmente en materia de desarrollo de DPI²⁰¹.

Esta fue una de las causas más importantes para que el ADPIC no se desarrollase de igual manera en todos los Estados parte. Sin embargo, no es una de las causas más importantes para el desarrollo de la competencia como parte de su contenido.

B. Cuestiones específicas del ADPIC y el Derecho de la competencia desleal: el “convidado de piedra” (*the bump on a log*)

a. Falta de desarrollo de la protección contra la competencia desleal en el ADPIC y diferencias con el CUP

83. Se ha considerado que se debe ser bastante crítico con el tratamiento que ha recibido la disciplina de la competencia desleal en el ámbito material del ADPIC²⁰².

menciona dos importantes sentencias de nuestro Alto Tribunal, la STS 2011 (11/11/2011) y la STS (10/05/2012) que reiteran el carácter auto-ejecutivo o *self executing* de las disposiciones invocadas por las partes del CUP y el ADPIC (FJ 3º del Auto). Es más, el Juzgado de lo mercantil nº7 establece en el auto que el “principio de jerarquía normativa” obliga a estar a lo dispuesto en el acuerdo ADPIC en los aspectos que España haya ratificado por lo que los tribunales españoles no obvian la importancia de estos por quienes legítimamente los invocan para su debida protección; STS nº 247/2012, de 4/01/2012, el art. 39 ADPIC se menciona como directamente invocable; A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado...*, vol. 2, *op.cit.*, pp. 1258-1259; S. FRANKEL, “Legitimidad y finalidad de los capítulos de propiedad intelectual en los Tratados de Libre Comercio (TLC)”, *Rev. Prop. Inmaterial*, nº15, 2011, pp. 169-187; J. A. GARCÍA LÓPEZ, “La Organización Mundial del Comercio y la protección convencional de los derechos de propiedad industrial”, *AEDIPr*, t. 0, 2000, pp. 1009-1014, p. 1012. GARCÍA LÓPEZ pone de manifiesto las carencias de las que la OMPI adolecía en comparación con los ADPIC - OMC para la protección de la propiedad intelectual. A diferencia de lo que estableció, J. A. GÓMEZ SEGADÉ, “El Acuerdo ADPIC como nuevo marco para la protección de la propiedad industrial...”, *loc.cit.*, pp. 88-95; *Ibid.* p. 88; A. FONT SEGURA, *La protección internacional del secreto...op. cit.*, pp. 98-107, C.M. CORREA, “Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights: a commentary on the TRIPs Agreement”, *Oxford Commentaries on the GATT/ WTO Agreements*, Oxford, 2007.

²⁰⁰*Ibid.* (GÓMEZ SEGADÉ) pp. 88-95

²⁰¹*Vid. infra*, Sección III, epígrafe III, apartado 2 A y 2 B.

²⁰²F. HENNING-BODEWIG, *International Handbook of Unfair...op.cit.* pp. 30-36; C. RIFFEL, *The Protection against Unfair Competition in the WTO TRIPs Agreement... op.cit.*, pp.

84. Así, se desprende esta consideración del artículo 2.1 ADPIC, que sólo establece de forma “ambigua” que deberá respetarse lo establecido de los artículos 1 a 12 del CUP (entre los que se incluyen tanto el art. 10 *bis* CUP²⁰³ como el art. 10 *ter*)²⁰⁴.

Pero, no desarrolla la disciplina de forma autónoma (sino relacionada con dos tipos de DPI únicamente) en las siguientes secciones del ADPIC. De otro lado, la configuración de la competencia desleal en el ADPIC sigue todavía anquilosada en el “Modelo Profesional” de la disciplina en cuanto se relaciona con la protección y tutela a infracciones de DPI.

Lo único que hace el ADPIC es poner en conexión estos artículos (1-10 *bis* CUP) con las Secciones II²⁰⁵, III²⁰⁶, y IV²⁰⁷ del ADPIC (en relación a la redacción del art. 2.2.: “en respecto de las partes...”) pero sin aclarar tampoco ningún aspecto más.

85. Si bien es cierto que, al menos, en el ADPIC se hace esta mención expresa al art. 10 *bis*, a diferencia de otros tratados administrados por la OMPI, en los que ni siquiera se menciona y debe entenderse incluida esta protección por la “vía indirecta”. A diferencia de lo que hizo la OMPI en las “Normas modelo contra

17-106, el Panel sobre Marcas e Indicaciones Geográficas (*EC- Trademarks and Geographical Indications*) pudo dejar esta cuestión abierta y que todavía sigue abierta a interpretación; así el autor lo deja establecido, p. 17; “Therefore, there can be no doubt that the unfair competition falls within the ambit of the TRIPS Agreement”.

²⁰³ C. RIFFEL, *The Protection against Unfair Competition in the WTO... op.cit.*, pp. 250-282, p. 251: “According to the principle of *pacta sunt servanda* in terms of Article 26 of the Vienna Convention, a redistribution of competences within the European Union would be without prejudice to the WTO Obligations entered into by the European Union and the Member States together. As for their fulfilment, the Union and the Member States are committed to one another by the principle of sincere Cooperation within the meaning of Article 4(3) of the Treaty of the European Union, and externally by virtue of Article XXIV32 of the GATT 1994”. Hay que tener en cuenta que la UE es parte del CUP mediante el ADPIC pero que a diferencia de sus EM, no formó parte del CUP nunca; asunto *Develey v. OHIM*(C-238/06 P).

²⁰⁴ El art. 2.2 ADPIC también aclara que ninguna obligación del ADPIC va en detrimento de las disposiciones del CUP, Convenio de Berna, Convención de Roma ni el Tratado para la Propiedad Intelectual respecto de los circuitos integrados; H. ULLRICH, “TRIPS: Adequate Protection, Inadequate Trade, Adequate Competition...”, *loc.cit.*, p.155, donde el autor establece que en realidad se centro en aquellos aspectos de la concesión de los derechos de propiedad intelectual e industrial que producen distorsiones en el comercio pero relegando el papel del Derecho de la competencia; C. HERRMANN/B. SIMMA/R. STREINZ (eds.), *European Yearbook of International Economic Law. Special Issue: Trade Policy between Law, Diplomacy and Scholarship. Liber Amicorum in memoriam H. G. Krenzler*, Munich, Springer, 2015.

²⁰⁵ Normas relativas al alcance, existencia y ejercicio de los derechos de propiedad intelectual.

²⁰⁶ Observancia de los Derechos de propiedad intelectual.

²⁰⁷ Adquisición y mantenimiento de los derechos de propiedad intelectual y procedimientos contradictorios relacionados.

la Competencia desleal”, el ADPIC no desarrolla ninguna lista de comportamientos, habiendo perdido la oportunidad de realizarlo para mejorar su posición y especialmente para determinar que actos desde el comercio multilateral deben ser catalogados como competencia desleal²⁰⁸.

86. Por otra parte, este mismo sector doctrinal considera que en el fondo la protección dada por el ADPIC contra la competencia desleal a estos DPI es más bien, de tipo “incidental” (como ocurre también en otros tratados bilaterales e interregionales²⁰⁹).

Primero, porque estos Convenios son tratados relativos a la protección de la PI y no están centrados en la lucha contra el comercio y competencia desleal. Segundo, porque la protección que se hace en algunos contra la competencia desleal, es más bien de tipo incidental, cuándo así sea necesario y siempre y cuando medie la infracción a estos DPI. Pero, en el Preámbulo del ADPIC y atendiendo a su desarrollo para el fomento de la competencia leal, este aspecto les llama la atención. Y, por la importancia que tiene la disciplina para proteger ambos sectores de abusos competitivos en unidad funcional con el control de las prácticas anticompetitivas.

87. Problemas causados debido a la laguna de interpretación. Se debe realizar por ello, un esfuerzo de interpretación adicional, para entender comprendida dicha obligación de lucha contra la competencia desleal como disciplina autónoma y Derecho privado en el ADPIC (a diferencia de su tratamiento recibido en las otras normas y principios establecidos para el desarrollo y fomento de la competencia libre y leal)²¹⁰.

88. La falta que crea esta laguna de interpretación es que los Estados OMC no han desarrollado todos por no ser todos miembros del CUP, los mismos estándares uniformes contra la competencia desleal, al margen de lo establecido en

²⁰⁸ Vid. A. FONT SEGURA, *op.cit.*

²⁰⁹ *Ibid.* (HENNING BODEWIG) pp 33-34. La mayoría de las voces doctrinales, dice la autora, han sido partidarias de entender que la infracción del art. 10 *bis* CUP sólo constituirá una infracción a lo establecido en el ADPIC en cuanto el presente acto de competencia desleal esté relacionado con la infracción a una denominación de origen o al secreto comercial; N. PIRES DE CARVALHO, “Current Trends in the Multilateral Evolution of Unfair Competition Law...”, *loc.cit.*, en J. DE WERRA (ed.), *Défis du Droit de la concurrence déloyale...*, *op.cit.*, p. 28.

²¹⁰ C. RIFFEL, *The Protection against Unfair Competition in the WTO TRIPS Agreement...*, *op.cit.*, p. 18; F. HENNING BODEWIG, *International Handbook on Unfair Competition...*, *op.cit.*, p. 33; G. REGER, *Der Internationale Schutz gegen unlauteren Wettbewerb un das TRIPS...*, *op.cit.*, pp.291-298, esp. p. 298.

el ADPIC, esto es, para la protección de las IG/DPO (art. 22.2.b²¹¹) y secreto comercial/*know how* (art. 39.1²¹²).

Este último artículo también está relacionado con algunos aspectos del art. 40²¹³, en el que se desarrolla el control de concesión de licencias en contratos con cesión de *know how* para evitar prácticas anticompetitivas, especialmente monopolios abusivos en la misma concesión.

89. Jurisprudencia OMC relativa al tratamiento de la competencia desleal en el ADPIC. El Caso Habana como caso clave. De los pocos supuestos que han podido poner de relieve esta falta de representación en las disposiciones del ADPIC de la competencia desleal como disciplina con suficiente autonomía, el “Caso Habana” entre la empresa norteamericana “Bacardi” y la empresa cubana “Havana Club” es el más ilustrativo. Nos sirve para explicar como debe interpretarse la obligación del artículo 10 *bis* CUP en el ADPIC hacia los Estados OMC²¹⁴. No fue un supuesto directo de competencia desleal sino un asunto complicado de marcas y nombre comerciales de empresas que fueron expropiadas en Cuba y por el embargo que durante años ha sometido el gobierno norteamericano al gobierno cubano.

90. En el “Caso Habana” se cuestiona si la Sección 211 de la “Ley Omnibus” americana incumplía los principios OMC, especialmente el de “no discriminación”. Cuba (con apoyo de la UE) denunció ante la OMC que esta ley se debía considerar discriminatoria, por atentar en contra del “principio de no discriminación” y el “principio de Nación más Favorecida”; siendo la primera vez que se incluían estas cláusulas en una decisión concerniente a la infracción de DPI tratados en el ADPIC.

91. La UE tomó partido puesto que apoyaba los intereses de la empresa francesa *Pernord Ricard* (que tiene relación con la empresa cubana *Havana Club*, siendo ambas un *holding*) solicitando que se obligase a Estados Unidos a cambiar la

²¹¹ *Vid.* por ejemplo, el análisis que dedicó a este particular, desde el ámbito del DIPr, P. JIMÉNEZ BLANCO, *Las denominaciones de origen en el Derecho del comercio internacional*, Madrid, Eurolex (Colección de Estudios internacionales), 1996.

²¹² J. A. GÓMEZ SEGADE, *El secreto industrial (Know-how): Concepto y protección*, Tecnos, Madrid, 1974; A. FONT SEGURA, *La protección internacional del secreto...*, *op.cit.*; É. LOQUIN, “Les règles matérielles internationales”, *R. des C.*, t. 322, 2007, pp. 9-242; É. LOQUIN/C. KESSEDJIAN, *La mondialization du droit*, Dijon, Credimi, 2000.

²¹³F. HENNING-BODEWIG, *International Handbook on Unfair Competition... op.cit.*, p. 31. A pesar de esto, la autora considera que estas regulaciones en el fondo, no pueden “perderse de vista” en cuanto causan un impacto indirecto en las leyes nacionales contra la competencia desleal. También, que a diferencia de la UE en donde tanto la jurisprudencia del TJUE como la normativa de Derecho derivado (consumo y propiedades inmateriales) está cada vez más clara, se debería centrar el estudio en los tratados interregionales y el impacto sobre la competencia desleal.

²¹⁴ Panel WT/DS179/AB/R, 2/01/2002 . La lista de documentos del caso que hasta hoy día sigue abierto están disponibles en:[https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(%40Symbol%3d+wt%2fds176%2fab%2fr*+not+rw*\)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(%40Symbol%3d+wt%2fds176%2fab%2fr*+not+rw*)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true) Los nombres comerciales no están protegidos de forma directa en el ADPIC (no se desprende de su parte II). Pero sí en el art. 8 CUP. El artículo 2.1 lo incluye en su redacción (de los artículos 1 al 12 CUP).

Sección 211 de esta ley ya que mediante la misma, la empresa francesa no podía vender su ron en Estados Unidos y, este aspecto, perjudicaba a una empresa del mercado interior así como a las relaciones comerciales entre la UE y Estados Unidos.

92. El Órgano de Solución de controversias consideró, en primera instancia, que los nombres comerciales no se encontraban incluidos en el ámbito de protección del ADPIC en cuando no se hacía referencia expresa a ellos en su parte II. Del lado contrario, el Órgano de apelación de la OMC estableció lo contrario. Consideró que en cuanto el art. 2.1 establece la obligación de cumplir de los artículos 1 a 12 CUP había que entender que el artículo 10 *bis* CUP es una obligación del ADPIC para todos sus miembros, como una obligación para todos los Estados OMC con independencia si son parte o no del CUP, y los nombres comerciales se someten a la protección contra la competencia desleal en el mismo CUP, que por ende, es una obligación del ADPIC²¹⁵.

En este caso además, se valoraba que se estaba impidiendo la realización de liberalización de intercambios comerciales promovida para todos los Estados OMC y que la actuación del gobierno norteamericano era a todas luces, desleal.

- b. El efecto *Paris Plus Approach/Effect* del art. 10 *bis* CUP en el ADPIC y su significado para la represión de la competencia desleal

93. *Paris Plus effect/Approach.* La única forma en la que cabe entender que el artículo 10 *bis* CUP se contiene como una obligación del ADPIC para todos sus miembros y contra la competencia desleal en general, es mediante lo que la doctrina extranjera ha llamado el *Paris Plus Approach/Effect*²¹⁶.

Esto es, mediante la vía de la interpretación “teleológica” y extensiva del art. 2.1²¹⁷. Entendiendo que el ADPIC es un tratado multilateral que tiene primacía

²¹⁵ F. HENNING BODEWIG, “Internationale Standars gegen unlauteren...”, *loc.cit.*, pp.10-11; sobre la situación actual post embargo en relación al asunto “Habana Club”, M.G.GRIFFIN, “Caught Between a Mark and a Hard Place: Resolving U.S.-Cuban Trademark Disputes in a Post-Embargo World”, *Journal of Intellectual Property Law*, vol. 23, n°2, 2016, pp. 295-318, pp. 301-303: “The majority view among U.S. Courts in that the Paris Convention is a non-self-executing Treaty” (vid. Siguiente sección)

²¹⁶ *Ibid.* (RIFFEL) pp. 30-36; F. HENNING BODEWIG “International Unfair Competition...”, *loc.cit.*, enR. HILTY/F. HENNING-BODEWIG (eds.), *Law Against Unfair competition...*, pp. 56-60, p. 60, que finalmente reconoce que debe entenderse que a falta de tal precisión, existe lo que han denominado, el “*Parisplus effect*” de los ADPIC, incluyendo el artículo 10 *bis* CUP, en tal efecto dispositivo; *id.* “Internationale Standars gegen...”, *loc.cit.*, p. 10; J. GLÖCKNER, “E. Lauterkeitsrechth in internationalen Vereinbarungen”, en F. HENNING-BODEWIG/H. HARTE-BAVENDAMM, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*, Munich, Beck, 2013, pp. 251-253, p. 252: “Die Verpflichtung der Mitglieder auf den Mindeststandard der PVÜ in Art. 2 Abs. 1 TRIPs (“Paris plus”) gilt ausgehend vom Wortlaut der Norm allein für die in den Teilen II, III und IV des TRIPs geregelten Materien”.

²¹⁷ *Ibid.* (HENNING BODEWIG, p. 33 y GLÖCKNER, p. 252); “For Article 10bis PC, this question is of crucial importance because the repression of unfair competition as such is not regulated in Part II of TRIPs, but only referred to in the two incidences of trade secrets and geographic indications.”;

del resto de Convenios que se han llevado a cabo sobre las mismas materias que versa.

94. Existen notables diferencias entre ambos instrumentos que afectan de forma directa en el tratamiento de la lucha contra la competencia desleal como institución de Derecho privado²¹⁸.

Mientras el ADPIC es un acuerdo con disposiciones sustantivas, su contenido va más allá de lo establecido en el CUP, conocido su efecto como el *Paris Plus effect*. El CUP es menos detallado, se realizó en otro contexto que no era el del Comercio institucionalizado. Sólo tutela determinados derechos de propiedad industrial, pero no a todos los DPI de forma amplia (art. 1.2º)²¹⁹.

95. Otro aspecto emanado del contexto diferente en el que nace el CUP es que se muestra como un tratado que deja a los Estados cierta discrecionalidad de actuación, ni siquiera contiene la “cláusula de Nación Más Favorecida”, que el ADPIC introduce por ser parte del acervo OMC. Sin embargo, el mandato de respeto al CUP incluye sólo la obligación del “trato nacional” pero sólo hacia los Estados unionistas, no entendida como mandato OMC. Este aspecto también queda sin clarificar, al incluirse en las disposiciones del ADPIC, el CUP y debiendo ser respetado (¿con todos sus parámetros-principios?).

96. El ADPIC se constituye como una especie de armonización de máximos puesto que ningún Estado OMC puede establecer estándares más bajos de protección (con independencia de las consideraciones que realicen los Estados sobre el mismo ADPIC)²²⁰. El CUP no podía entenderse como tal, puesto que no era su objetivo producir una liberalización de los intercambios comerciales.

97. Por otra parte, el ADPIC contiene una parte para la ejecución de los DPI (en su parte III donde se dispone este aspecto)²²¹ siendo otra diferencia que

²¹⁸ Vid. *infra* Sección II, epígrafe I, apartado 2 y 3.

²¹⁹ *Ibid.* p. 36. Resalta lo que se ha establecido en los párrafos anteriores. No tiene sentido el *Paris plus approach* del ADPIC si el único precepto que trata sobre las distorsiones contra la competencia fuese dejado a un lado, esto es, el art. 10 *bis* CUP; C. RIFFEL, *The Protection against Unfair Competition in the WTO TRIPS...*, *op.cit.*, p. 107: “In other words, the phrase “honest practices” comprises at least “lawful practices”. WTO law cannot tolerate unlawful commercial practices. A different reading would make a mockery of Article 10 *bis* of the Paris Convention (1967)”. Cualquier forma de discriminación y de no cumplir el orden preestablecido es desleal, no es honesto, como ejemplo, el autor poner el art. 15 LCD española y el art. 4 de la LCD alemana-UWG (en la misma línea, “adquisición de ventaja competitiva mediante infracción de normas o leyes”); y, la Sección 170200 del *California’s Business and Professions Code*.

²²⁰ F. HENNING-BODEWIG, *International Handbook on Unfair Competition... op.cit.*

²²¹ En la versión española se ha denominado: “Observancia de los derechos de propiedad intelectual. Disposiciones generales”. No obstante, esta “observancia” es ejecución de lo

guarda con el CUP. En el ADPIC existe un procedimiento para resolver las controversias entre sus miembros, en el CUP se deja en manos de los Estados unionistas qué instrumentos procesales deben establecer para tutelar a nacionales o asimilados.

98. No obstante, el mismo sector doctrinal que se ha mostrado crítico con la falta de tratamiento de la disciplina y estas dificultades en la interpretación entre los principios que rigen uno y otro Tratado, también han considerado, especialmente, HENNING BODEWIG que²²², la lucha contra la deslealtad competitiva, está más en línea en los objetivos del ADPIC que, en los objetivos del CUP (si tenemos en cuenta la globalidad de los objetivos del ámbito GATT - OMC).

99. La OMC, dice la autora, pretende fomentar del desarrollo de una competencia leal a diferencia del CUP, que estaba todavía basado por su contexto histórico en “la doctrina de la buena fe”. Trasladada al ámbito de los Acuerdos OMC es la doctrina de la “protección a los legítimos intereses”²²³.

SECCIÓN II.- COMPETENCIA DESLEAL EN EL DERECHO CONVENCIONAL Y EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL

I. Delimitación de las conductas comerciales desleales en el Derecho convencional: aspectos de la aplicación privada

100. Las escasas normas del Derecho de la competencia desleal con las que contamos en el contexto de los Tratados internacionales que representan la disciplina como Derecho privado, en cuanto a su función y objeto (“Modelo profesional”²²⁴), aparecen contenidas en fuentes que pueden ser consideradas de

establecido en las otras partes del ADPIC y aunque no contenga ninguna referencia expresa a la lucha contra la competencia desleal puede entenderse que, todas las medidas que establece (por ejemplo en materia probatoria y de medidas cautelares) se deben tener en cuenta también para la represión de cualquier forma de competencia desleal.

²²²*Ibid.* (HENNING-BODEWIG) p. 3; art. 64 ADPIC, en relación a las disposiciones del GATT; *Vid. infra*, siguiente sección.

²²³T. COTTIER/G. WERMELINGER, “Implementing and Enforcing Corporate Social Responsibility...”, *loc.cit.*, en R. HILTY/F. HENNING-BODEWIG, *Corporate Social Responsibility... op.cit.*, p. 86.

²²⁴F. HENNING-BODEWIG, *International Handbook on Unfair Competition...*, *op.cit.*, p. 7; J. DREXL, “Internationales Lauterkeitsrecht”, en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 6ªed., Munich, Beck, 2015, p. 1146; artículo 1.2 CUP: “la protección de la propiedad industrial tiene por objeto las patentes de invención, los modelos de utilidad, los dibujos o modelos industriales, las marcas de fábrica o de comercio, las marcas de servicio, el nombre comercial, las indicaciones de procedencia o denominaciones de origen, así como la *represión de la competencia desleal*” (el resaltado no es del texto); “Recomendación conjuntarelativa a la protección de marcas y otros derechos de propiedad industrial sobre signos en Internet de la OMPI y la Asamblea de la Unión de París”, n° 845, 2001.

DIP. Algo parecido a lo que sucede en el ámbito OMC-GATT-ADPIC, que son normas como bien se sabe que siguen las técnicas de elaboración del DIP²²⁵.

1. Problemas de delimitación y conexidad con otros sectores del comercio

101. Entender bien la configuración privada del Derecho de la competencia desleal y el por qué existe tanta diversidad normativa, sobre todo, en el Derecho mercantil internacional, exige precisar de nuevo, los diferentes modelos de regulación que existen de esta disciplina y su tratamiento como Derecho privado (Modelo profesional) o Derecho privado institucional (Modelo Social).

102. A su vez, estos aspectos nos llevan a observar uno de sus mayores problemas: los solapamientos con diferentes cuerpos normativos con los que tiene relación de dependencia e independencia a la vez, pero que ambas no se encuentran todavía clarificadas en algunos de estos instrumentos jurídicos²²⁶.

103. Motivos del solapamiento: protección del *level playing field*. El solapamiento no siempre es constitutivo de problemas. En ocasiones, puede llegar a ser necesario e incluso complementario al objetivo de protección de la lealtad en el mercado, del *level playing field* y a la protección de las inversiones de los competidores como titulares de derechos de exclusiva que fomentan la innovación y la tecnología (competencia sobre los méritos-*competition on the merits*)²²⁷. Con otros cuerpos jurídicos, también para proteger el buen funcionamiento del mercado, dado el carácter general de las normas de competencia desleal como Derecho privado institucional.

²²⁵ S. RICKETSON, *The Paris Convention for the Protection of Industrial...*, *op.cit.*, p. Iii,y pp. 686-714, requiriendo por tanto interpretación de conformidad con los principios del DIP. El autor pone de relieve las bondades del CUP y su coétaneo el Convenio de Berna en relación a otros Convenios internacionales. Por ejemplo, desde su adopción, todas las revisiones y discusiones han sido detalladas de forma considerable, a diferencia de lo que sucede en otros tratados.

²²⁶ A. KUR, "What to protect, and how? Unfair competition, intellectual property, or protection *sui generis*?", en G. WESTKAMP/A. KUR, *et. al*, (ed.), *Intellectual Property, Unfair competition, and Publicity: convergences and development*, Cheltenham/Northampton, *EIPIN*, 2014, pp.11-33; S. RICKETSON, *The Paris Convention for the Protection of Intellectual Property...* *op.cit.*, p. 13.

²²⁷ P. A. DE MIGUEL ASENSIO, "La protección transfronteriza de los bienes inmateriales en el comercio...", *loc.cit.*, p. 404; G. GHIDINI, *Innovation, Competition and Consumer Welfare in Intellectual Property Law*, Northampton, Elgar Publishing Ltd., 2010, pp. 235-242, existe con ello, una aproximación entre los derechos de propiedad intelectual e industrial y su función en el mercado de fomentar la innovación, el Derecho *antitrust*, que fomenta que exista esta innovación y desarrollo así como mayor oferta permitiendo la libre competencia para que exista mayor demanda; M.ARTEAGA BRACHO, "Derechos intelectuales y competencia desleal", *RPI*, año IV, nº 6-7,pp. 7-52, p. 9.

104. Otra causa: *To ride someone's coattails*. Lo que se conoce como el *riding coat tail* o *to ride someone's coattails*²²⁸ es que el hecho de aprovecharse de un DIP de otro competidor sin haber usado el esfuerzo propio se constituye una forma de aprovechamiento desleal, de abuso del Derecho de libre competencia.

105. Las normas de la competencia desleal reconocen el *riding coat tail* en bastantes ilícitos que implican, precisamente, la infracción a un DIP, aunque no sólo tiene que ser mediante la infracción a un DPI.

106. Por ejemplo, el ilícito clásico de la explotación de la reputación ajena por medio de la copia o falsificación de un signo distintivo ajeno o denominación de origen falsa; la confusión al consumidor a través de la imitación de una marca o signo distintivo²²⁹; así como también la piratería y la falsificación de productos; entre un abanico amplio de conductas comerciales que pueden perjudicar las inversiones del competidor leal en el mercado, tal como la publicidad comparativa que causa confusión en los consumidores sobre los productos o servicios de un competidor o profesional renombrado en el mercado²³⁰.

107. Solución actual a los solapamientos problemáticos: *Lex specialis derogat legi generali*. Entendiendo que no todo solapamiento es un problema, sino un aspecto inevitable por la estrecha relación de la función de la PI en el mercado así como de la competencia desleal para numerosos sectores del ordenamiento

²²⁸ Así, por ejemplo, el art. 4 de la Ley de Marcas establece esta función de la marca como objeto identificador “en el mercado” de productos y servicios de una empresa de las otras; el asunto Autoram S.L. c. Autorama S.L párrafo 6º *in fine* del Motivo Segundo de Casación; Asunto *Céline SARL c. Celine SA* (C-17/06); STS 476/2006, de 18 de mayo de 2006.

²²⁹ D. VÁZQUEZ ALBERT, “Protección de marca notoria y *copycat packaging*. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo núm. 450/2015, de 2 de septiembre (caso *Oreo*)”, *Diario La Ley*, nº 8712, Sección Documento *on-line*, 2016.

²³⁰ Del lado contrario, la STS sala 1ª de 19/06/2013 (Rec. 614/2011), *Diario La Ley*, nº 8171, sección jurisprudencia, 16/10/2013, Año XXXIV, ref. 4759/2013, sobre el enfrentamiento entre el Grupo Corporativo Teype (demandante), titular de la marca “Pascual Funciona” contra la sociedad J. García Carrión (demandada) titular y propietaria de los envases de leche y zumo con el signo distintivo “Don Simón Funciona”, y “Don Simón Funciona Max”, demandada por usar el mismo término registrado “funciona” siendo un competidor en igualdad de condiciones en el mismo mercado, requisito establecido para determinar la existencia de un acto de competencia desleal y por infracción de derechos marcarios. El TS consideró una interesante diferencia en cuanto que no existiendo “incumplimiento” de los derechos de marca del demandante sí debía ratificar la sentenciadel JPI, y no la de la AP, por actos de competencia desleal. En este sentido, la no infracción de los derechos de marca, venía determinada porque ambas partes son empresas conocidas.

jurídico y del mercado, puede ser resuelto y es, de hecho, resuelto, de conformidad por el PGD: *lex specialis derogat legi generali*²³¹. Los esfuerzos se centran en delimitar y relacionar bien la función de cada uno de los cuerpos jurídicos con los que se solapa para poder acumular las acciones de forma debida o para no acumularlas y que cada cuerpo jurídico se aplique de forma separada cuando así deba ser realizado²³².

A. Derechos de propiedades inmateriales o de exclusiva: teorías relevantes sobre las causas del solapamiento conflictivo

108. Los solapamientos tradicionales que tiene la disciplina con los DPI que nacen de su tradición histórico legislativa ya analizada, se diferencian, al menos en países de tradición jurídica *continental law*, entre infracciones a los DPIndustrial y DPIntelectual. En el *common law*, se denomina *Intellectual Property* a la propiedad industrial y *copyright* a derechos de autor, siendo esto considerado como propiedad intelectual. Las diferencias se encuentran especialmente en la nomenclatura utilizada, pero en la protección, depende de cómo se registren estos derechos o no, y el tratamiento y desarrollo de la disciplina en cada nivel legislativo y ordenamiento jurídico.

109. En DPIndustrial, es clásico que se solapen ambas tutelas en materia de marcas, fundamentalmente: nombres comerciales²³³/denominaciones sociales²³⁴;

²³¹ R. CALLMANN, “Industrial Property and trade regulation...”, *loc.cit.*, p. 462; A. M. TOBÍO RIVAS, “Diseño industrial y competencia desleal...”, *loc.cit.*, en J. A. GÓMEZ SEGADÉ/A. GARCÍA VIDAL (eds.), *El Derecho mercantil en el umbral del s. XXI...*, *op.cit.*, p. 506: “La opinión doctrinal al respecto es casi unánime (aunque no siempre tenga fiel reflejo en las resoluciones de los órganos judiciales); se considera que la Ley especial (en este caso la normativa específica del diseño industrial), impediría la aplicación de una Ley de carácter más general (en este supuesto la LCD); p. 501, “cuándo no existe titularidad o derecho sobre el diseño industrial porque no se haya podido registrar, entonces tendrá preferencia la LCD para proteger el derecho de exclusiva frente a cualquier acto de competencia desleal contra el mismo. Esto ocurre cuándo este diseño industrial no registrado ha alcanzado cierto grado de diferenciación en el mercado y su tutela se hace necesaria para prevenir cualquier intento de distorsión en el mercado”.

²³² L. MIRANDA SERRANO/J. PAGADOR LÓPEZ, “Recientes pronunciamientos judiciales sobre las relaciones entre la Ley de Competencia Desleal y la Ley de Marcas: ¿es necesario un cambio de criterio?”, *Ccopyme*, 2013, disponible en: <http://www.ccopyme.org/articulo.php?a=78>; M.I. ÁLVAREZ VEGA, “A vueltas con la complementariedad relativa o la coexistencia de la Ley de marcas y la Ley de competencia desleal”, en L. MIRANDA SERRANO/J. COSTAS COMESAÑA (dirs.), *Derecho de la competencia. Desafíos y cuestiones de actualidad*, Madrid, Marcial Pons, 2018, pp. 215-232.

²³³ A. CASADO NAVARRO, “El Derecho de la competencia desleal como instrumento de protección del nombre comercial unionista: experiencias de Derecho comparado”, en L. M.MIRANDA SERRANO/J. COSTAS COMESAÑA, *Derecho de la competencia...*, *op.cit.*, pp. 295-316

²³⁴ *Vid.* T.W.DORNIS, *Trademarks and Unfair Competition Conflicts-Historical-Comparative-Doctrinal...*, *op.cit.*, pp. 53 y ss; P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “La protección transfronteriza de los bienes inmateriales...”, *loc.cit.*; G.D. GANGJEE, “Quibbling Siblings: Conflicts between Trademarks and Geographical Indications”, *Chicago Kent-L-R.,(Symposium*

secreto empresarial/profesional o comercial (*know how*); derechos derivados de la marca como los signos, dibujos y diseños industriales²³⁵, siendo todos ellos los más representativos en el comercio; en algunos supuestos de infracciones a patentes; IG+DOP²³⁶, que son también bienes necesarios para el fomento del crecimiento de la economía y el progreso en los mercados.

110. En DPIntelectual, en algunos supuestos de infracciones de derechos de autor, especialmente en plagios, bases de datos-programas de ordenador (*data bases*)²³⁷ y contratos de transmisión de *software* y tecnología (por su diferente regulación en la CI, algunos Estados como Estados Unidos lo consieran registrable y patentable y en en la UE se protegen desde la PI y la competencia desleal)²³⁸.

111. En mayor parte de las infracciones a otros derechos de exclusiva (DPI) cuando se pruebe y acepte la admisión de acumulación acciones por CD,

Intellectual Property, Trade and Development; Accomodating and Reconciling Different National Levels of Protection), vol. 82, nº3 artículo 6, enero 2007, pp. 1253-1291; H. D. NIMS, *The Law of Unfair Competition and Trademarks*, vol. 1, Nueva York, Baker/Voorhis, 1947; *US District Court-Central District of California, Just Fabulous Inc., vs. Fab. Com Inc. (Case CV13-05330)*; STS 3196/2015 Sala de lo Civil, nº1, de 6 de julio de 2015 (Asunto *Autoram S.L. c. Autorama S.L.*); SAP Madrid, sección 14ª, de 8 de noviembre de 2002, nº1033/2000, sobre el solapamiento entre nombres de dominio, marcas, denominación social y signo distintivo, FJ 6º, en el que la AP Madrid pone de relieve la acumulación indiscriminada que se hizo de acciones de propiedad industrial y competencia desleal y publicidad ilícita.

²³⁵ Sobre las relaciones entre las acciones de competencia desleal y el diseño industrial, A. M. TOBÍO RIVAS, “Diseño industrial y competencia desleal...”, *loc.cit.*: por todos, F. L. DE LA VEGA GARCÍA, *Protección del diseño en el Derecho industrial y de la Competencia*, Edersa, 2006; J. A. GÓMEZ SEGADÉ/A. GARCÍA VIDAL (eds.), *El derecho mercantil en el umbral del siglo XXI, Libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Nóvoa...*, *op.cit.*, pp. 501-513; A. OHLY, “The freedom of imitation and its limits. A European Perspective”, *ADI*, vol, 29, 2008-2009, pp. 353-372, pp. 359-360; M. MONTEAGUDO, “El riesgo de confusión en el derecho de marcas y en el derecho contra la competencia desleal”, *ADI*, t. XV, 1993.

²³⁶ La relación de estos DPI se establece de forma mucho clara en el Comercio internacional con indicencia en las legislaciones de los Estados por mediación del art. 22 ADPIC (art. 10 *bis* 2 CUP); y otros Convenios relativos a la materia, M. LEHMANN, “TRIPs, the Berne Convention, and Legal Hybrids”, *Colum. L., Rev.*, vol. 94, 1994, pp. 2621-2629, pp. 2627-2629; P. JIMÉNEZ BLANCO, *Las denominaciones de origen en el Derecho del comercio...*, *op.cit.*; C. OTERO GARCÍA CASTRILLÓN, “Territorialidad y estado de origen en las denominaciones de origen, indicaciones geográficas y especialidades tradicionales garantizadas” en B. UBERTAZZI/E. MUÑIZ ESPADA, *Le incidazioni di qualità degli alimenti. Diritto internazionale ed europeo*, Giuffré Editore, 2009, pp. 65-79; K. GASTIABURU, “Indicaciones geográficas y denominaciones de origen: Modos de protección internacional de los productos decalidad agroalimentarios, vitinícolas, artesanales y otros”, *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*, nº 7, 2008, pp. 238-287.

²³⁷ C. GARCÍA MIRETE, *La adaptación de las bases de datos electrónicas internacionales al principio de territorialidad: el mercado afectado*, tesis doctoral Universidad de Alicante, 2012, disponible en: http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/24427/1/Tesis_Garcia%20Mirete.pdf, SAP Sevilla, Sección 5ª, 13 de marzo de 2014, nº1710/2013, asunto *KINGFISHER FRANCE*, S.A.S. y EURO DEPOT ESPAÑA

²³⁸ A. DYER, “Unfair competition in Private International...”, *loc.cit.*, p.382.

cabe la aplicación de los siguientes ilícitos (desde la LCD española): artículos 6 (actos de confusión); artículo 11 (actos de imitación); y, el artículo 12 (de la explotación de la reputación ajena). Siendo los ilícitos clásicos de solapamiento de CD que requieren de infracciones a DPI por haberse realizado con intención de comercializar en el mercado y el comercio.

112. En determinados derechos de exclusiva como la protección a bases de datos, secreto comercial, diseños de moda no registrados pero presentados al público)²³⁹, las normas contra la competencia desleal actúan como resorte importante, precisamente por no estar registrados, necesitando de protección especial y adicional.

Entonces, con arreglo al párrafo precedente, si no existen normas especiales que los tutelen, la CD actuará en primer lugar, contra las infracciones de los mismos, en cuanto estos DPI se hayan usado en el mercado de forma prohibida o tengan encaje en los ilícitos de CD como el de confusión o imitación²⁴⁰. Algunos autores consideran que en estos supuestos, no se realiza una protección “complementaria” sino una tutela “amplia” siguiendo el mandato establecido por el legislador internacional²⁴¹.

a. Teoría de los círculos concéntricos (complementariedad “relativa”)

113. Origen de la teoría de los círculos concéntricos. La teoría nace del consagrado mercantilista, BERCOVITZ²⁴². De forma progresiva, fue aplicándose

²³⁹ Protegidos de forma especial por normativa interna por mandato del legislador europeo: “Motivo II de la Exposición de motivos” de la Ley 20/2003, de 7 de julio, de protección jurídica del diseño industrial, en relación además con el Reglamento 6/2002/CE, del Consejo, de 12 de diciembre de 2001 sobre los dibujos y modelos comunitarios (incluyen el diseño registrado pero también el diseño no registrado) que establece que las acciones dadas por esta ley en función de lo establecido en la normativa comunitaria relacionada (en concreto el artículo 96 de este Reglamento) son independientes, pero acumulables y compatibles con las acciones que los EM tengan en su Derecho interno de competencia desleal (si las tuvieren).

²⁴⁰ Cf. R. HILTY, “The Law against Unfair Competition...”, *loc.cit.* en R. HITLY/ F. HENNING-BODEWIG (eds.), *Law against Unfair Competition...*, *op.cit.*, pp. 34-41, p. 41: “*what needs to be assured is that investments of competitors which individuals are capable of making - and which are in the general interest- are not refrained from being made because other competitor can destroy existing profit incentives by means of unhampered takeovers from the outset*”.

²⁴¹ Vid. P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “La protección transfronteriza de los bienes inmateriales...”, *loc.cit.*, según el mismo autor, no es que sea exactamente una relación de complementariedad sino una comprensión “amplia” de la tutela de los DPI mediante la CD, realizada en relación a la aplicación del artículo 1.2 y 10 *bis* CUP y el artículo 39 ADPIC.

²⁴² Vid. por todos, A. BERCOVITZ, *Apuntes de Derecho mercantil*, Cizur Menor, Aranzadi, 13^{ed.}, 2012, esp. p. 376; por el Tribunal de Marca Comunitario también se reconoce, en sentencia de 25/4/2006 y en la STMC de 5 de febrero de 2008, entre otras, que habla del principio de especialidad o prioridad normativa disponible actualmente en; http://oami.europa.eu/pdf/natcourt/loreal_2.pdf; Auto de 21 de noviembre de 2001 de la AP de

con bastante éxito por el Alto Tribunal español siendo un ejemplo paradigmático de la misma por como el TS la desarrolla en ambas, la STS de 1 de abril de 2004 y la STS nº 4046/2006.

114. BERCOVITZ establece que, tanto los DPI como el Derecho contra la competencia desleal forman “dos círculos concéntricos”²⁴³, siendo el círculo interior el que representa los derechos absolutos o de propiedad industrial, y el círculo que lo rodea, el de la competencia desleal que los tutela como un todo, y no sólo como derechos subjetivos²⁴⁴.

115. *Aplicación de la teoría de los círculos concéntricos por la jurisprudencia española.* La teoría ha sido siempre en supuestos de solapamientos complejos bastante aceptada por los tribunales españoles, por ejemplo en la SAP de Barcelona en el asunto VILEDA vs. SPONTEX²⁴⁵, un supuesto de competencia desleal que concurre con violación de patente (infracción de derecho de exclusiva).

116. En concreto, el litigio versaba sobre la infracción de un modelo de utilidad de los “mochos” (fregona) diseñados por *Spontex*. Según Vileda (demandante) estaban reproduciendo su mismo modelo de utilidad patentado con

Barcelona, que se reitera en dos sentencias del año 2002; del 28 de febrero del 2003; y, de la AP de Madrid, sección 28 de 22 de febrero del 2007.

²⁴³ Vid. cuadro con el dibujo representativo de la teoría.

²⁴⁴ P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “The Private International Law of Intellectual Property and of Unfair...”, *loc.cit.* en S. LEIBLE/A. OHLY (eds.), *Intellectual Property and Private... op.cit.*, p. 141 y p. 154; Típico del modelo americano que ha sido siempre fragmentado y sin un sistema claro ligado al derecho de la marca así como el ilícito anglosajón del *passing off*; T. MCCARTHY, *Trademarks and Unfair ... op.cit.*; J.J. RAPPEPORT, “Trade-mark and Unfair Competition in International Conflict of Laws: An Analysis of the Choice of Law Problem”, *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 20, nº1, 1958, pp. 1-32, p. 2; R. Callman, *Unfair Competition and Trade-Marks*, 2ªed., 1950; A. DYER, “Unfair Competition in Private International...”, *loc.cit.*; R. GARCÍA PÉREZ, “Nuevas relaciones entre la ley de marcas y la competencia desleal”, *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, vol. 2, nº1, 2012, pp. 25-40, pp.34-35, siguiendo lo establecido por KOHLER, que tras la DPCD, la tesis de la primacía entre el Derecho de marcas sobre el Derecho de la competencia desleal es incompatible con el Derecho de la UE; la complementariedad relativa también en el ámbito del diseño industrial, A. TOBÍO RIVAS, “Diseño industrial y competencia desleal...”, *loc.cit.*, en J. A. GÓMEZ SEGADE/A. GARCÍA VIDAL (eds.), *El Derecho mercantil en el umbral del siglo XXI... op.cit.*, pp.506-507; también en la práctica jurisprudencial belga y en relación a la figura del “parasitismo”, A. PUTTEMANS, “Droits intellectuelles et concurrence déloyale-Copie”, *loc.cit.*, p. 498; la imitación se protege en Francia a través de la figura de la competencia parasitaria, incluso frente a imitaciones que no han sido desleales porque el autor no buscaba explotar la reputación ajena; la definición de competencia parasitaria en Francia ha sido diseñada de forma jurisprudencial, destacamos por ejemplo una de las sentencias más recientes de la *Cour de Cassation* (nº14/12391) de 31 de marzo de 2015, último párrafo: “6° ALORS ENFIN QUE le parasitisme économique se définit commel’ensemble des comportements par lesquels un agent économie s’immisce dans le sillage d’un autre afin de tirer profit, sans rien dépenser, de ses efforts et de son savoir-faire. L’action en parasitisme économique a pour objet de sanctionner les procédés déloyaux auxquels peuvent avoir recours les opérateurs économiques (...)”.

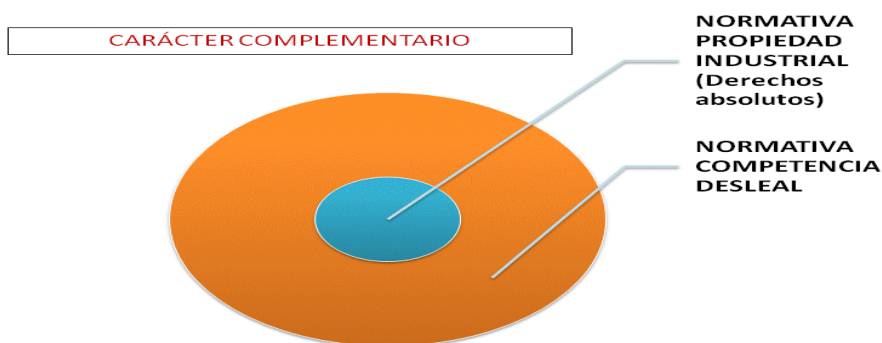
²⁴⁵ Véase también en relación, SJPI nº1 de Alicante, nº39/08, asunto *L’Oreal Société Anonyme y otros vs. Sociedad Uniexva S.L.*, FJ 6º

anterioridad al de *Spontex*, causando además “confusión” a los consumidores y por tanto realizando un acto de competencia desleal en concurrencia con la violación de un derecho de exclusiva.

116. La AP sostuvo la teoría en su FJ 5º: “No cabe desconocer la relación existente entre la competencia, en sus diversas manifestaciones, y los derechos de exclusiva, así como la posibilidad que la Ley 3/1991 proyecte una protección complementaria sobre situaciones de violación de derechos de propiedad industrial, no la obtengan con la legislación especial reguladora de un específico título de propiedad industrial. La acción de competencia desleal contra la imitación, completa la protección jurídica que da la normativa sobre propiedad industrial: pero no puede suplantarla ni, mucho menos, sustituirla”

117. En el asunto *ORONA*, por ejemplo, un asunto que conllevaba infracción de marcas por uso de *Adwords* y a la vez un posible ilícito de competencia desleal (artículo 12 LCD- explotación de reputación ajena)²⁴⁶, el TS sigue reiterando esta teoría, por ejemplo, en su FJ 3º “la normativa sobre marcas y la normativa sobre competencia desleal cumplen funciones diferentes. Mientras que la primera protege un derecho sobre un bien inmaterial, un derecho de exclusiva generador de un *ius prohibendi* en su titular; la segunda protege el correcto funcionamiento del mercado, de modo que la competencia se realice por méritos o por eficiencia de las propias prestaciones y no por conductas desleales”.

COMPETENCIA DESLEAL Y DERECHOS EXCLUSIVOS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL



Fuente: “El color como marca y su defensa a través de las normas de competencia desleal”; <http://spic-ual.blogspot.com.es/2014/04/el-color-como-marca-y-su-defensa-traves.html>

²⁴⁶Asunto *ORONA*, STS 541/2017, de 15 de febrero 2017, FJ 3ª; también, la SAP A 796/2017, de Alicante, Sección 8ª, en relación a una sentencia del Juzgado de Marca de la Unión nº2 de Alicante, que reitera esta teoría, esp. FJ 3º; M. I. ÁLVAREZ VEGA, “A vueltas con la complementariedad relativa o la coexistencia de la Ley de marcas y la Ley de ...”, *loc.cit.*, en L. MIRANDA SERRANO/J. COSTAS COMESAÑA (dirs.), *Derecho de la competencia. Desafíos y cuestiones de ...*, *op.cit.*, pp. 222-225.

b. Teoría de los Derechos de propiedad (*Theory of Property Rights*²⁴⁷)

119. Esta teoría responde al modelo alemán de protección de la propiedad privada, especialmente de los DPI y su concepción sobre la protección que debe darse al esfuerzo de cada propietario de un DPI, relacionado con el abuso del Derecho desde la teoría general del Derecho civil²⁴⁸.

120. Considera esta teoría que la violación de cualquier DPI supone un abuso o innovación al derecho de propiedad contra sus propietarios, de forma parecida a lo que supone el abuso (e incluso la mala fe procesal)²⁴⁹. Está centrada en la tutela de la propiedad privada, más que en la tutela del comercio o mercad.

121. En el ámbito del *common law*, KAMPERMAN analiza el ilícito de competencia desleal de forma parecida a como lo hace la teoría alemana, esto es, como *quasi* propiedad. Todo ello, desde que la CD empieza a relacionarse con el ilícito de *misappropriation* (similar al *passing off* inglés) en 1918 en Estados Unidos mediante la jurisprudencia que fue emanándose desde el asunto: *International News Service vs. Associated Press*.

En este asunto se crea un nuevo derecho que está a caballo entre la explotación de la reputación ajena por la recopilación de información o de noticias

²⁴⁷ Este tipo de modelo era el modelo español cuando todavía la materia estaba regulada en los artículos 131 y 132 LPI, que penaliza la usurpación a la propiedad especial o industrial, cuando la sanción era vía penal y administrativa; P. RODRÍGUEZ MATEOS, *Sistema de mercado y tráfico internacional...*, *op.cit.*, p. 70.

²⁴⁸ T.W.DORNIS, *Trademarks and Unfair Competition Conflicts-Historical-Comparative-Doctrinal, and Economic...* *op.cit.*, pp. 21-31.

²⁴⁹ Cf. A. DYER, “Unfair Competition in Private International...”, *loc.cit.*, pp. 402-403, recordando la teoría de la invasión de la propiedad privada en la que se orientan las normas de propiedad intelectual e industrial más que la teoría del (y el ejercicio antisocial del mismo derecho) de competencia” de las normas contra la competencia desleal. En España, por ejemplo, tal como lo determinó RODRIGUEZ MATEOS, hasta que la competencia desleal no encontró su acogida en la Ley de Marcas de 1988 (fue regulada en la primigenia Ley de Propiedad Industrial de 1902 que estableció por vez primera una prohibición contra la competencia desleal. Antes de la misma, sólo podía establecerse tal prohibición mediante el artículo 7.2 CC que consagra el “abuso del Derecho”, P. RODRIGUEZ MATEOS, *Sistema de mercado y tráfico internacional de...*, *op.cit.*, p. 68, A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, *La competencia desleal...*, *op.cit.*, pp. 134-136; Aunque no todos los autores estaban de acuerdo en someter todos los actos comerciales que hasta el momento venían siendo considerados desleales, sobre este particular, M. LOBATO GARCÍA-MIJÁN, “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”, *loc.cit.*, pp. 6151-6175; L. M. MIRANDA SERRANO, “La protección del consumidor en la etapa precontractual...”, *loc.cit.*, p. 66; STS Sala de lo Civil, de 15/04/1998; P. PORTELLANO DÍAZ, *La imitación en el Derecho de la competencia...*, *op.cit.*

que son un bien intangible para la empresa que las tiene, una especie de información confidencial no divulgada, como el secreto comercial²⁵⁰. En el que la propiedad es el objeto protegido, pero también su uso fraudulento, de forma secundaria.

Para KAMPERMAN, la relación que existe en su tradición jurídica entre la CD y la protección de DPI, está relacionada con la protección que emana de la “teoría de los derechos de propiedad”. Los derechos de propiedades intangibles son *quasi* propiedad o un derecho de propiedad relativo, en cuanto sólo conceden el derecho de excluir a aquellos que quieren enriquecerse mediante la apropiación de los frutos del trabajo de otro.

La propiedad es así considerada un derecho absoluto con el que se atribuye a su titular la posibilidad de excluir a otros de su uso (mediante monopolios de explotación). Con la posibilidad de obtener indemnización si un tercero la usa sin consentimiento del titular y de forma abusiva. La violación de la *quasi* propiedad dependerá de la relación de competencia entre las partes, que será probada en el ámbito donde compiten, el comercio y el mercado.

c. Teoría del abuso competitivo (*Theory of the Abuse of Competitive Rights*²⁵¹)

122. La tercera teoría, -la teoría del abuso competitivo-, se desarrolla en Francia, en donde la institución de la competencia desleal se fue codificando de forma jurisprudencial mediante la aplicación de la “cláusula general del ilícito de responsabilidad extracontractual clásico” o la responsabilidad *aquiliana* (artículos 1382 y 1383 del *Code Civile*) que sigue estando en vigor para la tutela de ilícitos concurrenciales desleales de tipo *B2B*.

Francia se constituye como la cuna o “madre patria” del concepto de competencia desleal (*action en concurrence déloyale*), siendo la jurisprudencia francesa la pionera, en 1853, de establecer la primera aproximación jurídica de la disciplina que todavía se relacionaba con la protección de marcas y nombres comerciales²⁵².

²⁵⁰ Vid. G. WESTKAMP, “Direct Appropriation, Unfair Competition and Quasi-Proprietary Rights...”, *loc.cit.*, p. 76.

²⁵¹ De acuerdo con el estudio que realizó el UNIDROIT en materia de competencia desleal en 1957 (*cit. supra* sección 1º); A. DYER, “Unfair competition in Private International...”, *loc.cit.*, pp. 384-386; A. KAMPERMAN SANDERS, *Unfair Competition law: The Protection of...*, *op.cit.*, pp. 78-86, esp. pp. 82-84

²⁵² H. ALLART, *Traité théorique & pratique de la Concurrence déloyale*, Paris, Arthur Rousseau, 1892; M.A. FRISON-ROCHE/M. S. PAYET, *Droit de la concurrence*, 1ªed., Paris, Dalloz, 2006, pp. 379-436; A. PIROVANO, “La concurrence déloyale en droit français”, *RIDC*, 1974; Y.SAINT-GAL, *Protection et défense des Marque de Fabrique et Concurrence déloyale (Droit français et droits étrangers)*, 5ª ed., Paris, J. Delmas et Cie, 1982; S. NÉRISSON, “Chapter 11. France”, en F. HENNING-BODEWIG, *International Handbook on Unfair competition... op.cit.*, pp. 207-230, p. 210: “It is noteworthy that, being based upon the general provision for tort liability law, the *action en concurrence déloyale* is an all-encompassing protection mechanism which may be used

El uso de las cláusulas de responsabilidad extracontractual era el método que se usaba en casi todas las legislaciones con tradición jurídica *continental law*, hasta que promulgan leyes de CD especiales (como pasó en España), debido a su carácter de obligación de tipo extracontractual, relacionada con el teoría de la culpa objetiva y el abuso del Derecho (buena fe y diligencia debida). En aquellas legislaciones sin ley especial de competencia desleal como Francia e Italia, se sigue usando la cláusula de responsabilidad aquiliana, pero para la represión de la mayor parte de ilícitos concurrenciales desleales *B2B*.

123. En realidad, no está separada de la anterior teoría de la propiedad (naciendo al mismo tiempo). Sin embargo, el énfasis se sitúa, más que en la protección a una propiedad “de exclusiva” en la conducta del competidor²⁵³. Esto es, que lo importante es que el infractor haya obtenido una posición de ventaja competitiva por medio de la infracción de un DPI, entendiendo que el competidor afectado ha visto afectado tanto en el ámbito competitivo como el uso legítimo por ostentar un derecho de propiedad exclusiva.

124. DYER, nos pone un ejemplo de cómo esta teoría entiende esta relación entre los DPI y la CD. El artículo 2 de la “Ley federal suiza” contra la competencia desleal del 19 de diciembre de 1986 que recogía el principio de conducta equivocada o improcedente (*wrongfulness*) en el comercio como “competencia desleal”. Muestra con ello que el énfasis de este modelo no es la invasión de un derecho de propiedad ajeno sino la naturaleza del método usado para invadir o mal usar el derecho de propiedad ajeno.

125. Así, por ejemplo la cláusula general según traducción del autor rezaba en la Ley federal suiza contra la competencia desleal de la siguiente forma: “*Unfair competition for the purposes of this Act means any abuse of economic competition resulting from fraud or any other conduct which is contrary to the rules of good faith*” (el modelo suizo a diferencia del alemán mostraba entonces una diferenciación clara de la protección del modelo basado en la “teoría del abuso del derecho de libre competencia” y no de la invasión a la propiedad de otro.

when specific infringements of private rights do not cover an act deemed to distort fair competition”. Italia, siguió un modelo parecido, hasta que incorporó el artículo 10 *bis* CUP (en el artículo 2598.3 *Codice civile*) sustituyendo así, la aplicación de la cláusula general del artículo 1151 Código Civil italiano, para la generalidad de obligaciones de tipo extracontractual, M. P. GRAUSO, *La concorrenza sleale; profili di tutela giuridionale e presso le Autorità...*, *op.cit.*, pp. 17-23; P. AUTERI, “Chapter 15. Italy”, en F. HENNING-BODEWIG, *International Handbook on Unfair competition...*, *op.cit.*, pp. 313-341; pp. 314-315.

²⁵³*Ibid.* p. 387

126. No obstante, esta teoría tiene un fuerte anclaje en el “Modelo Profesional” de la disciplina, por lo que no podrá ser aplicada en todos los ilícitos de CD sino sólo para aquellos relacionados con los DPI registrados y no registrados²⁵⁴.

d. Otras consideraciones doctrinales en torno al solapamiento de los derechos de exclusiva, la competencia desleal y el Derecho *antitrust*

127. La consideración de OTERO LASTRES²⁵⁵ sobre el análisis del “solapamiento”, explica la interrelación y separación entre la función de las normas de la competencia desleal y la función de las normas de los derechos de exclusiva de forma clara, como lo hacía BERCOVITZ en la “complementariedad relativa”²⁵⁶. Para OTERO LASTRES, la clave está en la titularidad y territorialidad de los DPI.

128. El derecho que ostenta el profesional o competidor contra la competencia desleal realizada por otros en el mercado desde el ámbito subjetivo, excede o amplía la protección territorial de los DPI, porque protege todo el orden concurrencial.

129. No obstante, en violaciones a DPI en las que se haya activado la protección subsidiaria que ofrece la competencia desleal no se podrá ir más allá del territorio (mercado) en el que el derecho de exclusiva fue afectado, a diferencia de lo que sucede en la protección que otorgan las normas de competencia desleal de forma transfronteriza²⁵⁷. En este aspecto, son más limitados y no dan una protección general al mercado que es lo que pretende la normativa de la competencia desleal.

130. Diferencia en la función tuitiva de ambos cuerpos jurídicos. Lo que se protege con las normas contra la competencia desleal es el “esfuerzo”, la “inversión” y lo que ello conlleva para el beneficio del juego competitivo en el mercado, pero no, los aspectos subjetivos del titular del derecho de exclusiva en sí

²⁵⁴ *Ibid.* p. 386.

²⁵⁵ *Vid.* J. M. OTERO LASTRES, “Libre competencia...”, *loc.cit.*

²⁵⁶ DR. GUIDO WESTKAMP, “Direct Appropriation, Unfair Competition and Quasi-Proprietary Rights: the Decline of Freedom of Speech in Web 2.0”, *EIPR*, nº 2, 2009, pp. 73-80, establece el límite se encuentra en el término competencia. Por medio de la relación de competencia, puede entenderse que el infractor estaba en una posición competitiva frente al competidor afectado que tutela esos derechos de propiedad de exclusiva, y es una forma de prevenir la competencia desleal además de la violación de un derecho inmaterial. Para el autor como los anteriores mencionados, DE MIGUEL, KUR y HENNING-BODEWIG, está bastante claro que a pesar que los DPI regulan derechos de propiedad y que la LCD regula conductas pudiesen coexistir, esta aseveración no es tan pacífica a la hora de la práctica judicial donde se dan los solapamientos en las demandas por violación a los DPI.

²⁵⁷ Dependiendo de la técnica de la norma de conflicto; *vid. infra*, Capítulo V.

mismo que ya está cubierto por las normas especiales en materia de DPI de cada uno de ellos²⁵⁸.

132. Observado con la función complementaria que tiene con el Derecho *antitrust*, desde este cuerpo jurídico, lo que se controla con ambos, aparte de la concesión los privilegios entendidos como “monopolios de exclusiva” es evitar que se produzcan restricciones de acceso al mercado de terceros Estados por parte de los titulares de los DPI o la realización de actos de “comercio paralelo”, siendo la única vía para frenar estos comportamientos las acciones contra la competencia desleal²⁵⁹ (al menos, desde el ámbito del Derecho interno, porque generalmente no son aceptadas como infracciones a la marca, debido a que los propietarios ostentan de forma legítima dichos derechos)²⁶⁰.

B. Derecho de la publicidad

133. Otra de las formas de competencia desleal más clásica es el engaño al público (consumidores y usuarios) mediante el empleo de las comunicaciones comerciales, *marketing* o técnicas de mercadotecnia²⁶¹. No obstante, hay que diferenciar entre la publicidad permitida y la publicidad ilícita o desleal entre la que incluye la publicidad de tipo comparativo (no siempre es desleal) y la engañosa

²⁵⁸ T. YU, “An Anti-Unfair Competition Law without a Core: An Introductory Comparison between U.S. Antitrust Law and the New Law of People’s Republic of China”, *Ind. Int’l & Comp. L. R.*, n.º. 4, 1993-1994, p. 315-338, p. 317, donde el autor reconoce que la nueva ley china contra la competencia desleal tiene dentro de sus objetivos proteger al inversor de forma adicional; “*New Law also means additional legal protection for the interests of the foreign investors in China, especially those with investments related to trademarks and trade secrets. It is expected that the enactment of the New Law will improve China’s overall environmental for foreign investments...*”; también desde la perspectiva del sistema jurídico del *Common law*, L. LOGAN, “The Emperor’s New Clothes? The Way Forward: TV Format Protection Under Competition Law in the United States, United Kingdom and France: part 2”, *Ent., L. R.*, n.º 3, 2009, pp.87-92, p. 92. Al igual que HILTY, LOGAN, también ve en las normas contra la competencia desleal una vía de protección para la inversión realizada sobre los derechos de propiedad intelectual: “(...) *Unfair Competition Law is a more appropriate legal mechanism to protect TV formats. This is because unfair competition laws can be extended to protect investments, e.g. time, money and effort to create a TV format...*”; HILTY considera que se tutela al titular del derecho de exclusiva, no como propietario, sino como inversor en el mercado.

²⁵⁹ I. ANTÓN JUAREZ, “The ten commandments of parallel trade. Los diez mandamientos del comercio paralelo”, *CDT*, vol. 8, n.º2, oct. 2016, pp. 55-76, p. 24, en donde la autora relaciona precisamente que los problemas de comercio paralelo en sistemas de distribución exportaciones-importaciones, son problemas tanto para la propiedad industrial, el Derecho *antitrust* como para el desarrollo de la competencia desleal; P.E. FERNÁNDEZ LALANNE, “Prácticas restrictivas de comercio, competencia desleal y “*dumping*” en la integración económica centroamericana...”, *loc.cit.*, p. 49.

²⁶⁰ *Ibid* (ANTÓN JUAREZ). La autora realiza un análisis exhaustivo de los ilícitos concurrenciales desleales en los que puede tener cabida la infracción de un derecho de marca y su relación con los problemas del comercio paralelo para ponerle freno de parte del *free rider*.

²⁶¹ L.A.VELASCO SAN PEDRO, “Comeptencia desleal y publicidad”, en L.M.MIRANDA SERRANO/J. COSTAS COMESAÑA, *Derecho de la competencia. Desafíos y cuestiones de ...*, *op.cit.*, pp. 39-63

entre la que se encuentra la publicidad encubierta (*product placement*) siendo una de los actos de publicidad más conflictivos en competencia desleal como la publicidad de tipo subliminal²⁶². Aunque algunos autores consideran que hay que superar esta división y encajarla en una sola denominación, llamándolo sólo “publicidad desleal”²⁶³.

De hecho, las excesivas diferencias, que lejos de mejorar el *status quo* y los puentes de conexión entre ambas disciplinas parece que han producido una excesiva fragmentación del ilícito concurrencial de publicidad desleal que no permite su correcta identificación para determinar si se deben aplicar las acciones de la LGP o de la LCD al ilícito²⁶⁴.

134. El solapamiento entre ambas tutelas se puede producir siempre y cuándo existan normas relativas a la publicidad que no estén bien diferenciadas de las normas de la competencia desleal conteniendo aspectos relativos a la prohibición de actos de publicidad ilícita²⁶⁵.

²⁶² M. SÁNCHEZ RUIZ, “La regulación europea actual sobre emplazamiento del producto y la propuesta de reforma de la Directiva de Servicios de comunicación audiovisual”, *CDT*, vol. 9, nº2, oct. 2017, pp. 509-529, pp. 509-511; más reciente, de la misma autora, “Emplazamiento de producto y comunicación comercial audiovisual encubierta. Presente y futuro de la regulación sobre emplazamiento de producto en el Derecho de la Unión Europea”, en L. MIRANDA SERRANO/J. COSTAS COMESAÑA (dirs.), *Derecho de la competencia. Desafíos y cuestiones...*, *op.cit.*, pp. 233-244, sobre los problemas del emplazamiento de los productos en publicidad encubierta; A. M. TOBÍO RIBAS, “Competencia desleal y publicidad encubierta: Recientes desarrollos en la regulación española y de la Unión Europea”, en *ibid*, pp. 63-93

²⁶³ C. LEMA DEVESA, “La publicidad desleal: modalidades y problemas”, *RGD*, nº 562-563, 1991, pp. 6135-6149, p. 6137, el autor considera como lo hizo MENÉNDEZ que la misma ley debía superar la división artificial entre “publicidad desleal y publicidad engañosa” y publicidad subliminal porque al fin y al cabo todos estos tipos de publicidad infringen las normas de la buena fe en el Mercado.

²⁶⁴ A. TATO PLAZA/ P. FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO/C. HERRERA PETRUS. *La reforma de la ley de competencia desleal*, Madrid, La Ley, 2010, pp. 253-292; A. TATO PLAZA, *Publicidad, defensa de la competencia y protección de datos*, Madrid, Aranzadi, 2010; F. DÍEZ ESTELLA, “Los nuevos actos de competencia desleal contra consumidores en la Ley 29/2009, de 30 de diciembre: especial referencia a las prácticas agresivas”, en J. VIERA GONZÁLEZ/J. AITOR ECHEVARRÍA SÁENZ (dirs.), *Distribución comercial y defensa de la competencia*, Madrid, La Ley, 2011, pp. 539-560 ; A. SUÑOL LUCEA, “Los elementos estructurales que definen la conducta sometida a la Ley de Competencia desleal”, *RDM*, nº 248. Madrid, 2012, pp. 1-33.

²⁶⁵ E. J. LÁZARO SÁNCHEZ (coord.), *Comentario a la Ley General de Publicidad*, Navarra, Civitas, 2009; M. VIRGÓS SORIANO, *El comercio internacional y el nuevo Derecho contra...*, *op. cit.* pp. 66-68: “a través de la publicidad se puede invadir la esfera de protección de distintas normas de la LCD, además de las ya mencionadas”, R. HOUIN/M. PÉDAMON, *Droit Commercial. Actes de commerce et commerçants...*, *op. cit.*, pp. 574-608; J.M. OTERO LASTRES, “La protección de los consumidores contra la publicidad ilícita”, *ADI*, t. IV, 1977, pp. 113-128.

135. En este caso, no existe solapamiento como tal, sino que, la relación es intrínseca. Para realizar comercio y promocionar los bienes y servicios, e incluso a la contratación, se necesitan las técnicas de publicidad y actos de *marketing*²⁶⁶.

En la jurisprudencia española esta relación ha sido también puesta de relieve en numerosas ocasiones, casi siempre que el ilícito de competencia desleal tenga esta relación con el ilícito de publicidad desleal. Así, por ejemplo²⁶⁷; “El ilícito publicitario es a la vez un ilícito competencial, del que pueden nacer diferentes acciones incluso acumulables (...). Además, la ley de competencia desleal abarca la publicidad ilícita que es llamada de forma expresa “desleal”, reconociendo este carácter de competencia desleal a los actos publicitarios que atenten contra los parámetros de la buena fe en el mercado. En la LCD española, en su art. 18 LCD 2009 reconoce también esta relación entre ambas disciplinas: “La publicidad considerada ilícita por la Ley General de Publicidad, se reputará desleal”.

La mayor parte de los litigios por competencia desleal nacen, como se ha probado, mediante la realización de actos de publicidad que pueden llegar a ser considerados de tipo desleal o ilícita (comparativa, subliminal y engañosa). Una práctica comercial enfocada hacia el consumidor aunque también en publicidad denigratoria contra los productos e incluso reputación del otro competidor²⁶⁸.

Derecho comparado: Uno de los supuestos más encarnizados de publicidad comparativa y desleal ha sido protagonizado por la batalla que *Coca Cola Co.*, y *PepsiCo*²⁶⁹. No obstante, en Estados Unidos la publicidad comparativa consideran que es hasta beneficiosa para los consumidores, a no ser que se haya realizado como *misleading advertising*²⁷⁰. En Francia (y, también en España), por ejemplo, también la jurisprudencia interpretando la Directiva de publicidad ilícita, considera que

²⁶⁶ C. LEMA DEVESA, “La publicidad desleal: modalidades ...”, *loc.cit., supra*, pp. 6135-6149. De otro lado, cabe destacar que la LGP española, como lo hacía la primera Directiva sobre publicidad engañosa (1984) vincula la publicidad a la promoción de servicios y productos en contratación, y aludía a las actividades profesionales y no liberales.

²⁶⁷ STS nº 515/2005, de 4 de julio, sala 1ª de lo Civil, FJ 1º

²⁶⁸ C. LEMA DEVESA, “El engaño publicitario al consumidor”, en CEACCU, *Las prácticas comerciales desleales. Estudios y documentación*, nº7, Madrid, 2010, pp. 13-25.

²⁶⁹ S. WALLS, “Taking “Coke Wars” into Courts”, 1998, disponible en: https://www.washingtonpost.com/archive/business/1998/05/31/taking-the-cola-wars-into-court/c538dcd1-90ca-4036-83e3-13d1eecfbf0e/?utm_term=.4b669d4b48a0 ; S. M. McKELVEY, “Coca cola vs. PepsiCo- A “Super” Battleground for the Coca Cola Wars”, *Sport Marketing Quarterly*, vol. 15, nº2, 2006, pp. 114-123.

²⁷⁰ *V. gr.*, A. SHARMA, “Comparative Advertisement and Infringement of Trademarks: A Perspective from Consumers”, 2011, pp. 1-9 disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1896367&download=yes : Mientras la publicidad comparativa no tenga por objeto el engaño de los consumidores y el descrédito del competidor contrario está permitida, también en la UE (Capítulo II Directiva sobre publicidad engañosa y comparativa); desde una perspectiva comparada entre Estados Unidos y la UE, F. BARIGOZZI/M. PEITZ, “Comparative Advertising and Competition Policy”, disponible en: <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.488.5462&rep=rep1&type=pdf>

depende como se realiza la “comparación”, la publicidad tendrá este cariz desleal o no²⁷¹.

136. También la publicidad realizada en el mercado se constituye como una prueba relevante y suficiente en los procesos judiciales que muestra que el competidor invirtió de forma considerable en sus campañas publicitarias dirigidas a un determinado público, esto es, para probar su presencia o notoriedad en un determinado mercado, siendo entonces un excelente medio de localización de posición estratégica de los competidores en el mercado (y siendo también una obligación del competidor-BERCOVITZ²⁷²). La publicidad, en estos casos, tiene que ir encaminada o dirigida, de forma clara (para que se constituya como prueba), a la promoción o propuesta comercial para difundir el producto en el mercado²⁷³.

137. Solapamiento entre la publicidad de tipo desleal y los derechos de exclusiva. Gran parte de las demandas que se interponen por competencia desleal han derivado de actos de publicidad que se ha reputado como prohibida y desleal que pueden incluso conllevar la violación de un derecho de exclusiva. En el ámbito del Comercio internacional se relaciona también, por como se redactó el apartado 3º del artículo 10 *bis* (actos de la lista negra) con la infracción de marcas a través de los medios publicitarios²⁷⁴.

²⁷¹Por ejemplo, el asunto *NESTLÉ NESPRESSO y NESPRESSO France*. Sentencia nº 11-21266de la *Cour de Cassation, Chambre commerciale* de 25 de septiembre de 2012.

²⁷² Puede verse por ejemplo, SAP Barcelona (Sección 15ª) nº 568/1995, de 29 de diciembre (AC/1996/2584), en su FJ 3º, párrafo IV: “Ello sentado, es evidente, como señala el sr. Juez, a la vista de las considerables sumas de dinero que la demandante ha gastado en publicidad de sus productos en España, en revistas, cines, y exteriores (...) que la misma, al llevar a cabo esa forma de comunicación previa a la iniciación de las campañas de venta, participa en el mercado, pues con ello promueve en forma directa o indirecta, la contratación sobre los referidos bienes – art. 2 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad (la negrita es del original); J. LASHERAS SAN MARTÍN, “El marco jurídico español de la publicidad” en, M. CATALÁ/O. DÍAS (coord.), *Publicidad 360º*, Zaragoza, Ediciones Universidad San Jorge, 2014, el autor en relación a lo que se ha escrito sobre el ámbito comercial, es lo que ha llamado el fin comercial de la comunicación publicitaria como elemento definidor del derecho de la publicidad. Considera lo que BERCOVITZ ya estableció acerca que la competencia desleal en el modelo social, no es solo un derecho del competidor, sino una obligación del mismo. Prólogo del “Code de pratiques loyales en matière de publicité”, CCI, edición del año 1955 ; N. IRÁKULIS ARREGUI/E. LEIÑENA MENDIZÁBAL, “Publicidad lícita y ética”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, nº50, 2009, pp. 71-127, pp. 73-74.

²⁷³ SJM B 5/2018, Juzgado de lo Mercantil nº3 de Barcelona,

²⁷⁴ S. RICKETSON, *The Paris Convention for the Protection of Industrial Property...*, *op.cit.*, p. 700, que la incluye en el ámbito de protección del ADPIC pero no del CUP en relación a la infracción de marca. *Cour de Cassation, Chambre commerciale*, 25/09/2012, asunto 11-21266, asunto *NESTLÉ NESPRESSO y NESPRESSO France*.

RICKETSON²⁷⁵, considera que la publicidad comparativa si es veraz no es desleal, puesto que debe para ser desleal lo que debe causar un “descrédito” y así entenderla comprendida en el ámbito material del apartado 3º del art. 10 *bis* CUP.

138. Este tipo de publicidad es aquella que causa “confusión” por medio de comparaciones, reputándose como un ilícito de competencia desleal que puede subsumirse en el art. 6 de la LCD²⁷⁶ e incluso con relación a un posible acto de aprovechamiento de la reputación ajena, mediante su uso (art. 12 LCD).

139. El art. 10 LCD (actos de comparación en los que se incluye la “publicidad comparativa”) establece las exigencias para que sea declarada un ilícito desleal. Tiene que ser “objetiva” y que no infrinja otros preceptos de la misma ley, como la infracción de marcas²⁷⁷.

Supuestos habituales. Suelen suceder este tipo de actos, en infracciones a marcas y nombres comerciales, porque es mediante este tipo de DPI, que los profesionales distinguen sus productos y servicios en el mercado.

140. Solapamiento entre la publicidad de tipo desleal y los derechos contra el honor y la imagen. Algunos supuestos de publicidad desleal o la gran mayoría rayan también en la violación de cierto de derechos fundamentales, como es el caso del derecho al honor, a la imagen y la personalidad²⁷⁸.

141. Estos supuestos tienen encaje en determinados tipos de publicidad desleal (art. 3.e LGP²⁷⁹). Suelen acontecer en supuestos de publicidad comparativa prohibida. En principio, la publicidad comparativa son supuestos prohibidos por el legislador europeo que tienen en el ámbito de la competencia desleal un tratamiento especial por los derechos fundamentales que amparan: la imagen, el honor y la personalidad.

²⁷⁵ *Ibid.*

²⁷⁶ *Cf.* artículo 6 (actos de confusión) con la reforma de la Ley 3/1991 en el año 2009.

²⁷⁷ STS 11 de julio 2005, asunto Frigo c. *Frigotel*, como ejemplo, en relación a un asunto de confusión por infracción a la marca mediante acto publicitario.

²⁷⁸ *Vid.* C. I. CORDERO ÁLVAREZ, *La protección al derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen en el tráfico privado internacional*, Madrid, tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2012; art. 3 LGP española que establece que la publicidad ilícita será aquella que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente a los que se refieren sus artículos 14, 18 y 20 apartado 4.

²⁷⁹ De forma más exhaustiva sobre este particular, P. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho privado de Internet...*, *op.cit.*, pp. 399-401; E. LÁZARO SÁNCHEZ (coord.), *Comentario a la Ley General de Publicidad...*, *op.cit.*

C. Otros sectores relacionados con la competencia desleal y la protección al Mercado

143. Otros sectores con los que se solapa y que merecen atención son sectores mucho más específicos, relacionados todos con el ámbito de la ordenación del mercado y el comercio de forma administrativa²⁸⁰. Llegando incluso a relacionarse también con el ámbito de la protección de la "salud pública" como valor y derecho de tipo fundamental que, como los derechos de la personalidad, se sitúan en una posición de primacía sobre el derecho de libre competencia.

144. Estos sectores son: la cosmética²⁸¹, tabaco, regímenes de etiquetado, alimentación²⁸², regulación, publicidad y etiquetado de bebidas alcohólicas, normas relativas al abuso de mercado en general y de su ordenación, entre muchos sectores en los que existen mercados altamente competitivos, como puede ser el mercado de las telecomunicaciones, mercados de tecnología punta, comercio electrónico, etc.²⁸³.

2. Tratamiento, configuración y tipificación de la deslealtad competitiva en el CUP: el artículo 10 bis y su significado actual

145. Nota específica. El único artículo que tutela la competencia desleal en el ámbito del Derecho convencional y del que se dio noticia, es el artículo 10 bis del CUP²⁸⁴, siendo parte de un Convenio internacional que cuenta con unas características muy particulares²⁸⁵.

²⁸⁰ Por ejemplo, "comercio interior", Preámbulo Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal, Motivo IV, párrafo 2º

²⁸¹ R. CALLMANN, "Cosmetics in the Law of Unfair Competition", *Food Drug Cosmetics Law Quarterly*, vol. 1, 1946, pp. 253-265, que tiene también relación con el ámbito de la publicidad ilícita y la infracción de marcas, como analizó el autor.

²⁸² G. VITELLINO, "Chapter Twenty-Two. Consumer protection against unfair practices in cross-border Transactions", en A. LUPONE/C. RICCI/A.SANTINI (eds.), *The Right to safe food towards a global governance*, Turin, Giappichelli, 2013, pp. 414-455, pp. 416-418.

²⁸³ *Vid. infra.*, tratamiento de la lealtad en el mercado interior europeo, Capítulo II, secciones I y II; en EEUU, CORGILL, "Chapter 26. United States of America...", *loc.cit.*, en F. HENNING-BODEWIG, *International Handbook on Unfair Competition...*, *op.cit.*, p. 625.

²⁸⁴ Queremos hacer un inciso en relación a lo afirmado en el párrafo que el artículo 10 bis CUP es el único artículo que regula la material de forma internacional. Existe también, el artículo 20 de la "Convención general interamericana de protección marcaria y comercial" realizada en Washington en 1928 entre países de Iberoamérica y Estados Unidos, que puede consultarse en las bases del Indecopi: <https://www.indecopi.gob.pe/documents/20795/225805/13.+12.-ConvencionWashington.pdf/5c494b33-46d3-485a-9aba-fd9eada4127e>; En este artículo 20 establece la represión de la competencia desleal como "todo acto o hecho contrario a la buena fe comercial o al normal y honrado desenvolvimiento de las actividades industriales o mercantiles sera considerado como competencia desleal, y por tanto, injusto y prohibido". Aunque, este Tratado no es multilateral como lo es el CUP, también debe considerarse como un intento de represión de la competencia desleal en el ámbito internacional, R. CALLMANN, "False Advertising as a Competitive Tort", *Co., L., Rev.*, vol. 48, 1948, pp. 876-888, p. 888. El mismo autor reconoce que ambos conceptos son diferentes en caracter: uno es general (artículo 10 bis CUP) y el otro es específico (artículo 20 de la Convención interamericana para la protección marcaria y comercial). Y, también con diferencia del

A. Orígenes del artículo 10 *bis* CUP

146. El artículo 10 *bis* fue añadido en una de las posteriores revisiones del CUP, “la Revisión de la Haya” (1925)²⁸⁶ puesto que hasta el año 1900 en la “Conferencia de Bruselas” no se hizo ningún tipo de referencia a la represión de la competencia desleal.

Nota de interés. Coincide la inclusión del artículo 10 *bis* en el CUP, con la propuesta llevado a cabo por la “Liga de Comités Económicos Nacionales” que estaba realizando trabajos para desarrollar y promocionar “tratos equitativos en el comercio” entre naciones y que sin duda influenciaron para que en la Revisión de la Haya del CUP (1925) se incluyese el artículo 10 *bis* como medio de represión de los actos comerciales desleales relacionados con el ámbito de la propiedad industrial²⁸⁷.

ámbito material del artículo 10 *bis* CUP, el artículo 21 (apartado d) de la Convención interamericana si reconoce protección contra los actos de publicidad desleales de forma expresa

²⁸⁵ P. DE MIGUEL ASENSIO, “Capítulo II.-Bienes inmateriales, Derecho de la Competencia...”, *loc.cit.*, en J.C. FERNÁNDEZ ROZAS/R. GARCÍA ARENAS/P. DE MIGUEL GARCÍA ASENSIO (eds.), *Derecho de los negocios...*, *op.cit.*, pp. 145-157; C. WADLOW, *The law of passing off. Unfair competition by misrepresentation*, London, Maxwell, 2011; *id.*, “The international law of Unfair Competition: The British Origins of Article 10*bis* of the Paris Convention for the Protection Industrial Property”, *Oxford Intellectual Property Research Centre Working Paper Series*, nº 4, 2003, disponible en: http://denning.law.ox.ac.uk/news/events_files/EJWP0403.pdf; A. DYER, “Unfair Competition and Private International...”, *loc.cit.*, pp. 404-405; M. VIRGÓS SORIANO, *El comercio internacional en el nuevo derecho de la competencia...*, *op.cit.*; F. Henning-Bodewig, *International Handbook on Unfair Competition...*, *op.cit.*; *id.* R. HILTY/ F. HENNING BODEWIG (ed.), *Law Against Unfair Competition. Towards a New Paradigm in Europe?*, Munich, Spinger, 2007; P. RODRIGUEZ MATEOS, *Sistema de mercado y tráfico internacional de mercancías...*, *op.cit.*; P. JIMÉNEZ BLANCO, *Las denominaciones en el comercio internacional...*, *op.cit.*; A. FONT SEGURA, *La protección del secreto empresarial en el comercio...*, *op.cit.*; E. COUREAULT, *La concurrence déloyale en droit international privé...*, *op.cit.*; J. DREXL, “Internationales Lauterkeritsrecht”, en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 6ªed., Munich, Beck, 2015, pp. 1146-1149; F. HENNING BODEWIG, “Internationale Standars gegen unlauteren Wettbewerb”, *GRUR Int.*, 2013, vol. 62, nº1, 2013, pp. 1-21.

²⁸⁶ Fue la delegación de Reino Unido, la que de forma sorprendente por su tradición jurídica opuesta al uso de cláusulas generales y conceptos abstractos, propuso la inclusión del artículo 10 *bis* CUP junto con la delegación francesa, C. WADLOW, *The Law of Passing Off main work: Unfair Competition by...* *op.cit.*: “It was the United Kingdom which made the original proposal for “effective protection against unfair competition” which became article 10 *bis* of the 1911 Washington Act of the Paris Convention”; *id.* “The international law of Unfair Competition: The British Origins of Article 10*bis* of the Paris Convention for the Protection of Industrial Property”, *Oxford Intellectual Property Research Centre Working Paper Series*, nº4, 2003; “Actes de Bruxelles”, del CUP, esp. p. 164 (propuesta de Francia), pp. 187-188 y p. 310 y pp. 382-383; adopción de esta norma y debate en la OMPI, *Protection against Unfair competition*, Génova, *WIPO publishers*, 1994; y el estudio realizado por la “Conferencia de la Haya sobre Derecho internacional privado”, Doc. preliminar nº5: “Notas para el estudio del conflicto de leyes en materia de competencia desleal: antes y después”, abril 2000, disponible en: http://www.hcch.net/upload/wop/gen_pd5e.pdf.

²⁸⁷ *Vid.* S. RICKETSON, *The Paris Convention for the Protection of Industrial Property...*, *op.cit.*, pp. 690-691.

147. El hecho que en la primera redacción del CUP no se incluyese el artículo ha sido un dato significativo para gran parte de la doctrina²⁸⁸. Se comienza a negociar en la “Conferencia de Revisión de Washington” (1911) y se incluye el “principio del trato nacional” como obligación de respeto para los nacionales y residentes en sus territorios (de forma posterior, en la “Revisión de Londres” (1934).

B. Particularidades del artículo 10 *bis* CUP

148. **Característica principal: su formulación como cláusula general.** Esta norma se formula como una cláusula general, siendo la única y la primera que tiene esta consideración internacional para la represión de actos comerciales desleales en el comercio e industria internacional²⁸⁹, llegando a considerarse una “pequeña” ley de competencia desleal (*in a nutshell*)²⁹⁰. Tiene por ello un carácter completo, sin necesidad de apoyarse en otros artículos del CUP para poder ser invocada de forma directa.

149. Es una regulación de mínimos con alcance en la práctica limitado²⁹¹, aunque su éxito radica en que se constituye como una cláusula flexible que reúne las características de la disciplina en las dos principales tradiciones jurídicas, *continental* y *common law*²⁹².

²⁸⁸ Lo que sí contenía era una disposición que sostenía que se debía mantener la lealtad de las transacciones comerciales tal como aparecía redactado en la traducción francesa: *la loyauté des transactions commerciales*. Una expresión que viene siendo muy familiar el Derecho de la UE de competencia leal, como se desarrolló en el Capítulo II.

²⁸⁹ Vid. por todos, G.H.C. BODENHAUSEN, *Guía para la aplicación del Convenio de París para la protección de la propiedad industrial, revisado en Estocolmo en 1967*, Ginebra, BIRPI, 1969, p. 156; W. KAUFMANN, “Les unions internationales de nature économique”, vol.3, nº2, 1934, Boston, Brill, pp. 181-282, pp. 198-204; un recorrido histórico del CUP en general, S RICKETSON, *The Paris Convention for the Protection of Industrial Property: A Commentary...*, op.cit.; P. V. NORTON, “The effect of Article 10bis of the Paris Convention on American Unfair competition”, *Fordham L. R.*, vol. 68, 1999/2000, pp. 225-255, p. 239; con respecto al objetivo del artículo 10 *bis* CUP, explica que se consiguió establecer un concepto amplio del concepto desleal por razón de lo que se entendía en Europea, como actos de competencia desleal y no en Estados Unidos. La autora lo que sí critica es la excesiva flexibilidad como su mayor inconveniente para proteger la competencia de actos desleales; P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “Capítulo II. Bienes inmateriales. Derecho de la competencia...”, *loc.cit.*, en J. C. FERNÁNDEZ ROZAS/R. ARENAS GARCÍA/P.A. DE MIGUEL ASENSIO (eds.), *Derecho de los negocios...*, op.cit., El informe realizado por la “Conferencia de la Haya” para el Derecho internacional privado del año 2000, p. 13; “*Although the Paris Convention does not confer substantive protection against unfair competition, it is nevertheless of great practical interest for our purposes, since it does contain a definition of unfair competition.*”; F. HENNING BODEWIG, “Nationale Eigenständigkeit und europäische Vorgaben...”, *loc.cit.*, p. 552.

²⁹⁰ F. HENNING BODEWIG, “Nationale Eigenständigkeit und europäische Vorgaben...”, *loc.cit.*, p. 552; *id.*, “Internationalen Standars gegen Unlauteren...”, *loc.cit.*, p. 11.

²⁹¹ Vid. P. A. de MIGUEL ASENSIO, “Capítulo II.- Bienes inmateriales. Derecho de la competencia...”, *loc.cit.*, p. 142.

²⁹² Corresponde el reconocimiento del esfuerzo común que realizaron las delegaciones francesa e inglesa apartando las divergencias para conseguir que la cláusula se incluyese en el CUP, de forma que pudiese valer “para todos”; S. RICKETSON, *The Paris Convention for the*

150. Algo inédito, como se estableció en la Introducción, porque las grandes divergencias entre conceptos de competencia desleal en ambas tradiciones jurídicas ha sido siempre motivo más que suficiente para que los esfuerzos de armonización y la búsqueda de un concepto internacional hayan fracasado siempre, como lo hicieron en la UE.

151. No obstante, su flexibilidad se ha observado en ciertas ocasiones, como un verdadero inconveniente. En cuanto a la generalidad de los conceptos que usó, como “usos honestos” o “acto de competencia desleal” (*tous les actes contraires a la loi, aux usages commerciaux ou à l'équité*), que en numerosas ocasiones ha causado problemas de interpretación para los tribunales nacionales de los Estados de la “Unión de París”²⁹³.

152. Además, con esta flexibilidad y el carácter de mínimos, los países signatarios del CUP pudieron adoptar en sus legislaciones una normativa mucho más restrictiva. De hecho, numerosos Estados de la “Unión de París” lo hicieron²⁹⁴.

153. En realidad, se considera que lo que el CUP establece con el artículo 10 *bis* es la obligación para los Estados de contar con medios de represión contra la competencia desleal internacional²⁹⁵, siendo su incumplimiento por parte de los

Protection..., *op.cit.*, pp. 693 y 687; N. PIRES DE CARVALHO, “Current Trends in the Multilateral Evolution of Unfair Competition Law”, en J. DE WERRA (ed.) *et al*, *Défis du droit de la concurrence déloyale...*, *op.cit.*, pp. 1-29. Relacionado con lo que BODENHAUSEN explica acerca de establecer el término “usos honestos” en vez de honestidad comercial, S. RICKETSON, *The Paris Convention for the Protection of Industrial Property...*, *op.cit.*, p. 693

²⁹³*Ibid.* (RICKETSON), p. 695: “One commentator has suggested that this requires bad faith or dishonesty on the part of the person accused of the unfair competition act, but this raises the further question of What “bad faith” or dishonesty will require”. Siguiendo además lo que propuso BODENHAUSEN y ya comentado en otro apartado, la connotación de prácticas honestas no es suficiente para que los tribunales determinen la deslealtad de un acto comercial.

²⁹⁴C. WADLOW, *The Law of passing off: Unfair Competition by...*, *op. cit.* p. 160: “en la medida que no estén comprendidos en la “cláusula general” del artículo 10 *bis*, las legislaciones nacionales o la jurisprudencia determinarán si son actos contrarios a los usos honestos en materia industrial o comercial y si por esta razón, tienen que ser considerados como actos de competencia desleal.”; P. V. NORTON, “The Effect of Article 10^{bis} Paris...”, *loc.cit.*, pp. 250-251; H. P. HESTERMEYER, “The Notion of “Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights: From World Trade to EU Law and Back Again”, *IIC*, vol. 44, 2013, pp. 925-931, p. 926, en el que establece que uno de los principales defectos del CUP fue haber establecido unos mínimos de obligación limitadas, que permitieron a los Estados poder ampliar o restringir determinados aspectos del CUP, causando desigualdades; CORGILL, “Chapter 26. United States...”, *loc.cit.*, en F. HENNING BODEWIG (ed.), *International Handbook on Unfair Competition...*, *op.cit.*, p. 631-633.

²⁹⁵M. VIRGÓS SORIANO, *El comercio internacional y el nuevo derecho...**op.cit.*; P. RODRÍGUEZ MATEOS, *Sistema de mercado y tráfico internacional...**op.cit.*; E. COUREAULT, *La concurrence déloyale en droit...**op.cit.*; F. HENNING-BODEWIG, *International Handbook on...*, *op.cit.* p.2; *id.* “International Protection Against Unfair Competition- Art. 10*bis* Paris Convention, TRIPS and WIPO Model Provisions, *IIC*, vol. 166, 1999, p. 179; P. DE MIGUEL ASENSIO, “Capítulo II.- Bienes inmateriales. Derecho de la competencia...”, *loc.cit.*, en J. C. FERNÁNDEZ

Estados signatarios, motivo para activar las sanciones del DIP, de acuerdo con la normativa del “Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados” e incluso también, en caso de necesitarse interpretación sobre sus disposiciones puede ser llevada la consulta ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ), de acuerdo a su Estatuto²⁹⁶.

C. Su controvertido carácter *self executing* y el control de la deslealtad competitiva internacional

154. Cuestión específica. Al hilo de la aplicación e invocabilidad de las disposiciones del CUP y su posible incumplimiento ante los tribunales de los Estados de la Unión, corresponde mencionar uno de sus problemas más importantes: el carácter *self executing* o directo del artículo 10 *bis* CUP (en sus dos apartados: apartado 1º y 2º).

Este aspecto sigue en vigor, puesto que el CUP no está derogado sino incluido en el ADPIC como obligatorio para todos los Estados parte de la OMC (aspecto analizado en la Sección I, en relación al “Caso Habana”).

155. Los problemas con este Convenio siempre han surgido en la aplicación e invocabilidad directa o no²⁹⁷, ante los Tribunales de los Estados de la Unión, porque el CUP no tiene en su totalidad, un carácter directo o convenio *self executing*. O con verdadera invocabilidad directa ante los tribunales de cualquiera de sus Estados por parte de los operadores jurídico privados.

Por ejemplo, el art. 9 CUP, nunca se consideró un artículo directamente invocable ante los Tribunales por los nacionales o asimilados para la tutela de los

ROZAS/R. ARENAS GARCÍA/P. A. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho de los negocios...op.cit.*, p. 145; W. FIKENTSCHER *et al.*, *FairEconomy...*, *op.cit.* pp. 86-87 y pp. 131-133; C. WADLOW, *The Law of Passing off main work: Unfair Competition by...op.cit.*; J.A. GÓMEZ SEGAGE, *El secreto industrial (Know-how). Concepto y protección*, Madrid, Tecnos, 1974, pp. 398-411.

²⁹⁶Vid. “Instrumento de adhesión de 2 de mayo de 1972, del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados”, adoptado en Viena el 23 de mayo de 1969, *BOE*, nº142, 13 de junio de 1980, pp. 13099-13110; F. HENNING-BODEWIG, *International Handbook on...op.cit.*, p. 28. Así se establece en el artículo 28 CUP, la “Corte Internacional de Justicia en La Haya” tiene competencia judicial para conocer de las disputas que pudiesen surgir entre los Estados parte sobre la interpretación del artículo 10 *bis* CUP. Pero, esta posibilidad no ha sido, hasta el presente momento, invocada y con ello, no hay jurisprudencia relevante relativa a la misma; En base a lo establecido en el art. 26 del Convenio sobre el Derecho de los tratados, el *pacta sunt servanda*; El artículo 27 de la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados” establece de forma clara que, una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado; que debe ponerse en relación con el artículo 46 del mismo instrumento; T. COTTIER/G. WERMELINGER, “Implementing and Enforcing Corporate Social...”, *loc.cit.*, en R. HILTY/F. HENNING-BODEWIG, *Corporate Social Responsibility...*, *op.cit.*, pp. 91-94

²⁹⁷J. A. GÓMEZ SEGAGE, *El secreto industrial (know-how)...*, *op.cit.*, pp. 399-400; hay que tener en cuenta para su aplicación directa las siguientes cuestiones: vigencia directa en el Estado signatario donde se quiere invocar; auto-ejecutividad de la cláusula general y supuestos de la misma y el ámbito personal.

derechos que este artículo confiere contra infracciones a marcas y nombres comerciales. Así como la represión de la competencia desleal en estas infracciones²⁹⁸.

156. Sin embargo, el artículo 10 *bis* en su totalidad, sí se consideró y se considera un artículo que puede ser directamente invocado por los nacionales y asimilados, como consta expresamente en los informes preparatorios del mismo²⁹⁹.

157. No obstante, a pesar que el art. 10 *bis* CUP tenga este carácter y sigue siendo vinculante para los 176 países signatarios del CUP³⁰⁰, no se ha respetado en todos los Estados del mismo modo, siendo un problema en la protección internacional contra los actos de competencia desleal que el mismo aúna³⁰¹.

158. Derecho comparado: aplicación del artículo 10 *bis* CUP por los tribunales del Common law. Algunos tribunales norteamericanos, -siguiendo el *Third Restatement of Foreign Relations Law of the United States* (1997) que implica que los tratados internacionales se equiparan a leyes federales y si existe contradicción entre ambos cuerpos jurídicos a menudo se evita la aplicación directa del Tratado para evitar problemas de interpretación internos-, lo han declarado sin fuerza vinculante o *non self executing* yendo en contra del espíritu del mismo artículo para tutelar el mercado contra la competencia desleal. De otro lado, los tribunales ingleses han sido reacios a darle un carácter *self executing* o de directa invocación por los particulares, pero porque sus Constituciones pertenecen a

²⁹⁸ R. KAMPF, “Does Intellectual Property Belong to the Trade ...”, *loc.cit.*, *infra*, en *Trade Policy between Law, Diplomacy and Scholarship...* *op.cit. infra.*, p. 96.

²⁹⁹ *Vid.* G.H.C. BODENHAUSEN, *Guía para la aplicación del Convenio de París para la protección de la propiedad industrial...*, *op.cit.*; J. A. GÓMEZ SEGADE, *El secreto industrial (Know-how)...*, *op.cit.*, p.401, pone de relieve el autor que la redacción de la cláusula general es directa, que se ha considerado como una “pequeña ley” contra la competencia desleal; F. HENNING BODEWIG, *International Handbook on Unfair...op.cit.* S. RICKETSON, *The Paris Convention for the Protection of...*, *op.cit.*, p. II: “Article 10bis represent an Article that is capable of direct implementation by national courts in countries where this is constitutionally possible”.

³⁰⁰ Para consultar los países signatarios del mismo, http://www.wipo.int/treaties/es/ShowResults.jsp?lang=es&treaty_id=2, última vez revisado: 6/II/2015; sobre la vigencia y su carácter indudable, J.A. GÓMEZ SEGADE, *El secreto industrial (Know-how)...*, *op.cit.*, p. 398. De la única revisión de la que España no consta como parte es la última de Lisboa (1969) y como explica este autor, por razones que no se conocen puesto que el Gobierno español si que firmó su adhesión a esta Revisión.

³⁰¹ *Vid.* W. FIKENTSCHER/P. HACKER/R.PODSZUN (eds.), *FairEconomy: Crises, Culture, Competition and...*, *op. cit.*, pp. 131-136; un análisis de los tratados *self executing* en el ámbito angloamericana y de forma específica la incidencia del art. 10 *bis* CUP en Estados Unidos, P. V. NORTON, “The effect of Article 10^{bis} of the...” *loc.cit.*, pp. 237-241; de forma más general y comparada en el ámbito del Derecho de los Tratados y el Derecho internacional público, T. BUERGENTAL, “Self-executing and Non Self-executing Treaties in National and International law”, *R. des C.*, vol. 235, Leiden/Boston, Nijhoff, 1992, pp. 313-398; C. M. VÁZQUEZ, “The Four Doctrines of Self Executing Treaties”, *The American Journal of International Law*, vol. 89, nº4, 1995, pp. 695-723.

sistemas dualistas, en las que la ratificación de un tratado no significa que se pueda invocar de forma directa por los particulares de su Estado ante los tribunales³⁰².

159. Pero si los padres del CUP consideraron esta norma con carácter vinculante y *self executing*, la actuación de aquellos tribunales que no lo respetan, se podría considerar una infracción de esta disposición y su objetivo, a la hora de solicitar la tutela directa contra los actos de competencia desleal con consideración internacional, aunque sus Constituciones sean de sistemas dualistas en relación a la invocabilidad directa de las normas.

D. Actos tipificados como desleales en la “lista negra” del artículo 10 *bis*: compatibilidad con la disciplina como Derecho privado institucional

160. La “lista negra” que añadió ciertos actos comerciales desleales que prohibidos *de facto* y *de iure* en cualquier caso, facilitó la interpretación de la cláusula general del artículo 10 *bis* en relación a la represión que debía hacerse de ilícitos concurrenciales³⁰³.

161. La “lista negra” del artículo 10 *bis* apartado 3º :

- Actos capaces de crear confusión por el “medio” que sea (apartado nº1);
- Aseveraciones falsas, en el ejercicio del comercio, capaces de desacreditar el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial (apartado nº2);
- Indicaciones o aseveraciones que puedan inducir al público a error sobre la naturaleza, el modo de fabricación, características, aptitud o cantidad de productos (apartado 3º).

162. Aunque estos actos comerciales desleales están relacionados con infracciones a la propiedad industrial e intelectual (actos comerciales/ilícitos concurrenciales desleales de tipo *B2B*)³⁰⁴, cuestión explicada antes, y que se ha considerado que la flexibilidad de su cláusula general, tiene capacidad para

³⁰² D. CORGILL, “Chapter 26.-United States of America...”, *loc.cit.*, en F. HENNING BODEWIG, *International Handbook on Unfair Competition...*, *op.cit.*, p. 624 reproduciendo lo establecido por T. McCARTHY, “The majority of US courts have held that the Paris Convention is not self-executing, is not a part of domestic US law and cannot be invoked directly by a plaintiff in a US Court”; P. NORTON, “The effect of Article 10bis of the Paris Convention...”, *loc.cit.*, p. 236; M.G. GRIFFIN, “Caught Between a Mark and a Hard Place: Resolving U.S.-Cuban Trademark Disputes in a Post-Embargo...”, *loc.cit.*, pp.301-303: “The majority view among U.S. Courts in that the Paris Convention is a non-self-executing Treaty”. La autora pone de relieve las numerosas resoluciones de los tribunales americanos que han rechazado la posibilidad de su auto ejecutividad;

³⁰³ B. UBERTAZZI, “The Law Applicable to Unfair Competition” en, J. DE WERRA (ed.) *et al, Défis du droit de la concurrence déloyale...*, *op.cit.*, pp. 30-72, p. 31.

³⁰⁴ G.H.C. BODENHAUSEN, *Guía para la aplicación del Convenio de París para la protección de la propiedad...*, *op.cit.*, p. 11.

ampliarse hacia los actos comerciales *B2C*, siendo este aspecto una de sus características más discutidas y debatidas por la Doctrina³⁰⁵.

163. Opiniones doctrinales favorables sobre su extensión al Modelo Social. Algunos autores consideran que el artículo 10 *bis* sí está preparado para el Modelo Social incluyendo la protección y tutela contra los actos comerciales *B2C* y otros, como nosotros no lo consideran así puesto que el ámbito personal del CUP todavía es limitado (art. 2), y se dirige a la tutela de derechos de exclusiva de sus propietarios pero no establece ninguna consideración hacia “otros participantes en el mercado y / o el comercio”³⁰⁶.

163. Por ejemplo, VIRGÓS SORIANO³⁰⁷ considera el artículo 10 *bis* CUP es un *estándar mínimo internacional*, no constituyéndose un Derecho “petrificado” en porque es Derecho vivo. De esta forma se ajusta al nuevo modelo social, aunque no niega que tras promulgarse la Ley española 3/1991 de Competencia desleal, su consideración de ser aplicable de forma directa o no plantea más que soluciones, problemas³⁰⁸.

³⁰⁵ Por ejemplo, A. BREITSCHAFT, “The Future of Passing-off Action in the Law Against Unfair Competition-An Evaluation From a German Perspective”, *EIPR*, vol. 32, nº9, 2010, pp. 427-435, p. 432, el autor analizó esta falta de aplicación del artículo 10 *bis* CUP, párrafo 2º al menos en relación a los actos de confusión, poniendo en duda que el art. 10 *bis* CUP pueda ser invocado para tutelar los intereses de los consumidores o relaciones *B2C* en cuanto existan actos de confusión en el mercado que los perjudiquen con un componente internacional (en relación a lo que se conoce en Reino Unido como el *pre sales misrepresentation*).

³⁰⁶ P. RODRÍGUEZ MATEOS, *Sistema de mercado y tráfico internacional de...*, *op.cit.*, p. 79. En España, la LCD otorga la legitimación, como ya se ha mencionado a cualquier interesado que participe en el mercado, sin condiciones de domicilio, nacionalidad o reciprocidad o cuando la ley material española sólo es de aplicación cuando exista reciprocidad (éste último requisito se cuestionó por la autora, si en las acciones concedidas contra infracciones de derechos de propiedad industrial hay que exigir también el requisito de la “reciprocidad” bajo las disposiciones del CUP), A. FONT SEGURA, *La protección del secreto empresarial...*, *op.cit.*, p. 96.

³⁰⁷ M. VIRGÓS SORIANO, *El comercio internacional y el nuevo Derecho contra la...*, *op.cit.*, p. 23, debiendo ser aplicable de forma conjunta con las normas contra la competencia desleal de DIPr (estaba el autor hablando del *ex.art.* 4 de la LCD, que reconocía la *lex mercatus protectionis* en ley aplicable)

³⁰⁸ *Ibid.*, p. 23: “El hecho de que este precepto consagrara en su origen un “modelo profesional” o corporativo de la competencia desleal, y hoy desfasado, no debe impedir una lectura o comprensión jurídico social de la misma, en la que se den entrada a los intereses generales y a los de los consumidores. No cabe entender que por tener un origen convencional la norma deba estar inmune a la evolución. No representa “Derecho petrificado”, sino Derecho vivo, y como tal debe ser objeto de una interpretación ajustada a la función que en el momento actual debe cumplir en el marco del contexto jurídico-social también actual.(...)”; de la misma opinión, P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “The Private International Law of Intellectual Property and...”; “(...) the origin and wording of Article 10 *bis* CUP should not be an obstacle in practice to its interpretation in line with the social or institutional model”. No obstante, existen voces contrarias a estas opiniones en la doctrina extranjera, A. DYER, “Private international law and Unfair...”, *loc.cit.*, p. 383; F. HENNING BODEWIG, *International Handbook on Unfair...* p. 20; S. RICKETSON, *The Paris Convention for the Protection of...*, *op.cit.*, p. 688 que argumenta que el delegado polaco (el profesor ZOLL) que fue enviado para la Conferencia de revisión de La Haya (1925) fue uno de los responsables de excluir la protección de los consumidores y de mantener la separación entre la protección de los consumidores y los comerciales y su reputación (en el sentido anglosajón: *goodwill*). No obstante, el autor se muestra crítico con este aspecto que lo considera artificial puesto

164. Es cierto que ahora, algunos de los actos que se contienen en la “Lista negra”, aunque en el momento de redactarse solo iban dirigidos a profesionales-propietarios de DPI se contienen como ilícitos concurrenciales desleales de tipo *B2C* en las modernas legislaciones contra la competencia desleal. Y, también es cierto que las legislaciones actuales han mejorado con creces el catálogo dado por el artículo 10 *bis* (especialmente las legislaciones europeas en la materia).

Entendiendo que sus diferencias con el CUP se encuentran en la legitimación activa y ámbito personal que sí abarcan “cualquier participante en el mercado”.

165. También, se proponía como hacía FONT SEGURA³⁰⁹, subsumir actos de competencia desleal que no estando en su lista negra (ej., la violación del secreto empresarial o infracción del *know-how*), tenían perfecta cabida en la cláusula general y la siguen teniendo en cuanto esta se dirige a completar las posibles lagunas que existen en las legislaciones contra la competencia desleal debido a su naturaleza impredecible y cambiante, así como a la redacción de “*todo acto contrario a los buenos usos del comercio*”.

3. Posterior desarrollo y aportaciones de la OMPI en torno al artículo 10 bis CUP: ¿estancamiento o avance del desarrollo de la disciplina como Derecho privado institucional?

166. De los tratados administrados por la OMPI, sólo el CUP contiene la disposición clave contra la competencia desleal en el ámbito internacional³¹⁰.

Se debe destacar que la OMPI mejora con creces el catálogo de conductas que se desarrollaba en el mismo, añadiendo ejemplos más concretos y ampliando la

que ambas tutelas siempre coinciden de alguna forma y sea como sea. No obstante, el art. 10 *bis* CUP tiene una textura abierta y flexible que permite la entrada a los supuestos de tutela de los consumidores, pero es dudoso que los consumidores pudiesen invocarlo en procedimientos por competencia desleal, de acuerdo a como está redactado el artículo 10 *bis* CUP y su ámbito material en relación a la protección de los competidores como titulares de alguno de los derechos de exclusiva tutelados en el mismo CUP.

³⁰⁹ A. FONT SEGURA, *La protección internacional del secreto...op.cit.*, p. 96.

³¹⁰ *Vid.* J. SCHMIDT-SZALEWSKI, “International protection of Trademarks after the TRIPS Agreement“, *Duke J. Comp. & Int'l L.*, vol. 9, 1998, pp. 189- 212, p. 211; J.A.GÓMEZ SEGADE, “El Acuerdo ADPIC como nuevo marco para la protección de la propiedad industrial e intelectual”, *ADI*, t. XVI, 1994-1995, pp. 33-80, pp. 34-35; tareas de administración de los tratados de propiedad industrial e intelectual derivan de las antiguas oficinas BIRPI (las antiguas oficinas que nacieron para la gestión del CUP y el Convenio de Berna para la protección de obras literarias y artísticas de 9 de septiembre de 1886; artículo 15.1 de la Revisión del CUP de Estocolmo (1967) declara a la OMPI heredera de las oficinas BIRPI.

tutela contra la competencia desleal³¹¹, en cuanto establece que la cláusula general del artículo 10 *bis* se extiende a aquellos actos de competencia desleal que no se contienen en la “lista negra”.

167. Amplía el espectro de protección a cualquier persona física o jurídica, esto es, no sólo a los propietarios de DPI, sino también a los consumidores en el mercado³¹². Acerca de esta forma la tutela en el ámbito del comercio internacional a los objetivos del modelo social siendo una mejora para el estado legislativo de la disciplina.

168. Los trabajos de la OMPI a destacar son: las “Normas modelo para la represión de la competencia desleal” (1996)³¹³.

De forma posterior, en el año 2000 sus normas modelo en materia de “comercio electrónico y la incidencia de los actos comerciales desleales en el mismo” donde si se incluye la consideración de la tutela de los consumidores en el mercado³¹⁴.

³¹¹Vid. P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “Capítulo II.-Bienes inmateriales. Derecho de la competencia...”, *loc.cit.*, enJ. C. FERNÁNDEZ ROZAS/ R. ARENAS GARCÍA/P.A. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho de los negocios...*, *op.cit.* p. 142.

³¹²C. A. PARRA SATIZÁBAL, “Relación entre propiedad intelectual y Derecho de la competencia: mucho más que asuntos de competencia desleal”, *Rev. Prop. Inmaterial*, nº 5, 2002, disponible

en: <http://foros.uexternado.edu.co/ecoinstitucional/index.php/propin/article/view/1162/1102>; J. M. OTERO LASTRES, “La libre competencia y la propiedad...”, *cit.*; *id.* “El juez y los parámetros de conducta en la propiedad industrial y la competencia desleal”, en A. GARCÍA VIDAL /J. A. GÓMEZ SEGADE, *El derecho mercantil en el umbral del s. XXI: libro homenaje al Prof. Dr Carlos Fernández Novoa con motivo de...*, *op.cit.*, pp. 475-486; P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “La protección transfronteriza de los bienes inmateriales en el comercio internacional”, *Curso de Derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2008, pp. 365-446; S. RICKETSON, *The Paris Convention for the Protection of Industrial...*, *op.cit.*, p. 696.

³¹³WIPO, *Analysis of the present situation: Protection against unfair competition*, publicación nº 725, Génova, 1994; *id.*, *Model Provisions on protection against unfair competition: Articles and notes*, Publication nº 823, Génova, 1996.

³¹⁴Documento OMPI, “Estudio sobre comercio electrónico y propiedad intelectual” (mayo-2000/2001): “176. (...) la protección contra la competencia desleal complementa la protección de los derechos de propiedad intelectual. Sin esa protección la innovación y la libertad de concurrencia se verían menoscabadas porque las empresas antes de participar en el comercio electrónico, evaluarían detenidamente los riesgos que podría entrañar para su reputación y responsabilidad, así como la pérdida de clientes”. Entre otros muchos; C. OTERO GARCÍA CASTRILLÓN, “Cuestiones actuales sobre la protección internacional de los derechos de propiedad intelectual: Medidas en frontera e infracciones en la red”, *In Propiedad intelectual. Inovação e Conhecimento*, Juruá, pp. 261-280, p. 276; sobre comercio electrónico tenemos documentos de otras organizaciones internacionales que complementan los trabajos OMPI: Conferencia de la Haya, “Les échanges de données informatisées, Internet et le commerce électronique”, Doc.prél. nº7, 2000, pone de manifiesto también los documentos de la OCDE, de la UE y de la UNCITRAL en especial, sobre la protección a los consumidores y la deslealtad competitiva en el ámbito del comercio electrónico; P. A. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho privado de internet...*, *op.cit.*, 4ªed. pp. 432-433.

169. Trabajos OMPI como un ADPIC *Plus*. La dificultad en encontrar parámetros comunes en el contexto de tutela internacional de la competencia desleal hace que los trabajos de organizaciones como la OMPI adquieran mucho valor. Tanto es así que se ha llegado a considerar sus trabajos como una especie de ADPIC *Plus*. En especial, la OMPI, dado que sus tareas de administración tras el acuerdo de colaboración con la OMC³¹⁵ se han ido excedido con creces³¹⁶.

170. No obstante, algún autor de la doctrina consideró que la incidencia del ADPIC en la OMPI produjo un efecto erosionador en cuanto al papel secundario en el que quedó tras la actividad de los Consejos del ADPIC y la preeminencia de la OMC que, como establece son los que tienen el poder de iniciativa relevante³¹⁷.

Lo cierto es que el obstáculo que encuentra la OMPI para realizar progresos legislativos en materias como la analizada es de tipo político más que de cualquier otra consideración³¹⁸.

171. Tampoco las negociaciones realizadas en su seno, en materia de competencia desleal y en materia de determinados DPI no pueden ser resueltos por este organismo, a pesar de su intensa labor en la protección de los derechos de propiedades inmateriales y el análisis de ciertos aspectos relacionados con la competencia desleal por lo que sus trabajos se van a seguir observando, a pesar de su calidad jurídica, como normas modelo y por tanto, no vinculantes para ningún Estado.

II. Medios de tutela para la represión de los comportamientos comerciales desleales en el comercio internacional

1. Medidas de tipo procesal específicas contra la competencia desleal en el Comercio internacional

172. Introducimos el análisis de determinados aspectos de la tutela procesal o medios de represión / vías de sanción contra la competencia desleal como

³¹⁵ Preámbulo del ADPIC: “Deseosos de establecer unas relaciones de mutuo apoyo entre la OMC y la OMPI, y otras organizaciones competentes”; “Reconociendo que los derechos de propiedad intelectual son derechos privados”.

³¹⁶ Vid. S. F. MUSUNGU/G. DUTFIELD, “Acuerdos multilaterales y un mundo ADPIC plus: Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), Documentos temáticos sobre los ADPIC, nº3, ONU, 1999-2003.

³¹⁷ J. A. GÓMEZ SEGADE, “El acuerdo ADPIC como nuevo marco para la protección de la propiedad...”, *loc.cit.*, p. 34

³¹⁸ N. PIRES DE CARVALHO, “Current Trends in the Multilateral Evolution of Unfair Competition Law...”, *loc.cit.*, en J. DE WERRA (ed.), *Défis du droit de la concurrence...*, *op.cit.*, pp. 26-27.

institución de Derecho privado que no comportan sólo problemas de DIPr, sino más bien de tipo sustantivo en el plano internacional para valorar su eficacia³¹⁹.

Cuestión clave. El análisis se centra en el tratamiento de las cuestiones de extranjería (la influencia del “principio del trato nacional” y el “principio de asimilación”³²⁰) que se suscitan en base a los principios establecidos en el CUP y el ADPIC analizados en esta y la anterior sección.

173. Hasta ahora ambos instrumentos han establecido normas de textura abierta. Lo cual significa que ofrecen a los Estados parte unas bases mínimas para que los nacionales de la Unión y “asimilados” cuenten con cierta protección contra la deslealtad competitiva aunque emparentada con las infracciones de los DPI. Lo cual, la protección ofrecida se dirige hacia los profesionales pero nada se dice hacia otros participantes del comercio³²¹.

A. Medidas procesales transfronterizas: falta de especialización

a. Características en materia de competencia desleal transfronteriza

174. La carencia de especialización de la tutela procesal tanto para la competencia desleal como para algunos de los derechos de propiedades inmateriales ha sido siempre puesta de relieve, tanto por la doctrina como por algunas instituciones internacionales como la OMPI, siendo una de las cuestiones que más preocupan en la práctica³²².

³¹⁹ P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “The Private International Law of Intellectual Property and of Unfair Competition...”, *loc.cit.*, en S. LEIBLE/A. OHLY (eds), *Intellectual Property and Private...*, *op.cit.*, p. 150-151, que analiza la cuestión de extranjería relativa a las cuestiones de propiedad industrial establecidas en este Convenio y su relación en el ámbito del DIPr; J.M.BISCHOFF, “La concurrence déloyale en droit international privé”, *Trav.com.fr.dr.int.pr.*, París, Pedone, 1972, pp. 53-79, p. 58.

³²⁰ H. BAYLÓS CORROZA, *Tratado de Derecho industrial...op.cit.*, pp. 443-445. Se recomienda sobre un análisis exhausto acerca de las diferencias y de Derecho comparado en acciones procesales, entre otros, R. W. DE VREY, *Towards a European Unfair Competition Law: A Clash Between Families...*, *op.cit.*, pp. 277-307; F. HENNING-BODEWIG, *International Handbook on Unfair...*, *op.cit.*, considerando el análisis prolijo de numerosos sistemas jurídicos en el mundo contra la competencia desleal, pp. 83-654; O. SOSNITZA, “Unfair Competition (Consequences)”, en J. BASEDOW/K. J. HOPT/R. ZIMMERMANN/A. STIER (eds.) *et al.*, *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, vol. II, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 1715-1718.

³²¹ A. FONT SEGURA, *La protección del secreto empresarial...*, *op.cit.*, p. 96, destacando que los límites del CUP se encontraban de forma precisa en la falta de mecanismos de control respecto al cumplimiento de su contenido; H.P. KUNZ-HALLSTEIN, “The United States Proposal for a GATT Agreement on Intellectual Property and the Paris Convention for the Protection of Intellectual Property”, *Van. J. Transnat. l. L.*, pp. 265-284, p. 268.

³²² S.T. REISS, “Commentary On the Paris Convention for the Protection of Industrial Property”, disponible en: <http://www.lex-ip.com/Paris.pdf>; WIPO, “Protection Against Unfair Competition: Analysis of the ...”, *cit.*, pp. 73-76, en el presente informe además, la OMPI considera el derecho a poder demandar a un competidor desleal como un derecho fundamental de cualquier

175. En relación al cuidado contra los ilícitos de piratería y falsificación desde los trabajos de la OMPI, el tratado GATT durante las negociaciones previas a la formación de la Ronda de Uruguay; la LICD en su reunión de 1986; el IDI en la resolución de Cambridge; y la *Scottish Law Commission*, también han puesto de relieve esta necesidad de establecer remedios / acciones procesales específicos para los ilícitos económicos de tipo transfronterizo (*economic torts committed abroad*) como es la competencia desleal.

Problema específico. La falta de especialización en procedimientos relativos a la competencia desleal transfronteriza se ha considerado siempre un problema, en especial, por algunos países como Estados Unidos³²³.

176. Las medidas procesales transfronterizas que siempre se han sugerido como las necesarias en estos procedimientos para luchar contra los actos de competencia desleal son las siguientes: órdenes de entrega de la mercancía falsificada; embargo de los bienes falsificados o su secuestro solicitado *ex parte* por el demandante; órdenes de revelación de la fuente de la falsificación así como listas de clientes detalladas que el demandado hizo; y, órdenes de pago de todas las costas del procedimiento incluido el pago de los honorarios profesionales de los abogados³²⁴.

177. De forma general, los autores estudiosos de la disciplina coinciden en que los remedios contra la competencia desleal tienen que estar más enfocados en la rapidez y la prevención de conductas desleales, que en la resarcisión de los daños y perjuicios.

b. Remedios de tipo no compensatorio

178. Dicho de otra forma, en materia de competencia desleal y dada la naturaleza cambiante y rápida de las transacciones comerciales transfronterizas lo mejor es interponer remedios de tipo no compensatorio (*non compensatory remedies*).

179. Los *non compensatory remedies* son las acciones de cesación y prohibición de actos comerciales desleales se ha planteado como la mejor opción

operador que participe en el mercado: “*The enforcement of protection against unfair competition is as important as the substantive law of unfair competition itself*”; Así, por ejemplo, A. DYER, “Unfair Competition and Private International...”, *loc.cit.*, pp. 438-439; en el mismo sentido, OECD, “The economic impact of counterfeiting and piracy”, 2007, disponible en: <http://www.oecd.org/sti/38707619.pdf>

³²³ H. P. KUNZ-HALLSTEIN, “The United States Proposal for a GATT Agreement on Intellectual Property and...”, *loc.cit.*, p. 267.

³²⁴ *Ibid.* p. 439.

frente a las acciones de indemnizaciones de daños y perjuicios³²⁵, que tienen naturaleza resarcitoria enfocada desde la óptica del Derecho privado de tipo continental³²⁶.

180. De otra parte, la posibilidad de solicitar medidas provisionales transfronterizas (embargo provisional de productos) y cautelares (entre las que se cuenta, las medidas *inaudita parte contraria*) debe ser reforzada para los supuestos de competencia desleal transfronteriza, en cuanto permiten como las acciones de inhibición y prohibición paralizar determinadas actuaciones o maniobras en el mercado de forma rápida y segura para el objeto del litigio.

181. Ejemplo de medidas provisionales típicas. Son las medidas destinadas a paralizar actividades de comercio desleal en los países donde se están realizando (Estados origen) a efectos de impedir que lleguen a materializarse en los mercados de los países hacia donde iban dirigidas (o Estados destino)

182. La venta de la solicitud de estas medidas cautelares que comparten con las acciones de cesación supone que si el infractor no se abstiene de realizar el acto que está siendo considerado desleal estará sometido al cumplimiento de multas coercitivas³²⁷.

183. Si el presunto infractor no cesa en sus actos ni cumple con el pago de las multas coercitivas y sigue actuando de forma desleal, en algunos Estados (por ejemplo, Estados Unidos) puede conllevar incluso la sanción penal por desobediencia a este tipo de orden judicial³²⁸. De esta forma, se suma un efecto disuasorio (*deterrence*) para que el infractor se abstenga de seguir realizando actos de competencia desleal.

³²⁵ O. SOSNITZA, “Unfair competition. Consequences”, en J. BASEDOW/K.J.HOPT/R. ZIMMERMANN/A. STIER, *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, vol. II, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 1716-1718, esp. p. 1716; “*Injunction relief does not require the proof of intention or negligence on the part of the violator. In practice, the enforcement of injunctive relief by way of an accelerated procedure is of great importance*”; N. DORENDEU, *Le dommage concurrentiel*, Perpignan, Presses Universitaires de Perpignan, 2000, pp. 265-270; art. 11.2.1.b DPCD, que establece la acción de cesación cuándo la práctica comercial desleal todavía no haya sido utilizada pero sea inminente su utilización, esto es, con naturaleza preventiva.

³²⁶ *Vid. infra* Capítulo IV, Sección I, epígrafe II (sobre las acciones en materia de competencia desleal transfronteriza)

³²⁷ Sin obviar sus problemas de reconocimiento y ejecución que se analizan en la Sección I del Capítulo IV, ámbito del Derecho procesal civil internacional europeo

³²⁸ *Vid. WIPO Report*, p. 71. A su vez, el informe establecía que los tribunales deben sopesar el tipo de medidas que deben ser solicitadas atendiendo al grado de deslealtad al caso concreto; A. VON MÜLENDAHL, “The legal concepts of Protection against Unfair Competition”, *Asian Regional Symposium on Protection against Unfair Competition....cit.*, pp. 41-51.

c. Remedios de tipo compensatorio

184. Las acciones de indemnización por daños y perjuicios a diferencia de los otros remedios de tipo no compensatorio, tienen la particularidad que debe ser probada la mala fe, esto es, la culpa y el dolo del agente (*fault or intent or at least negligence or recklessness on the part of the defendant*) bien sea por el daño potencial o el daño actual en el mercado³²⁹.

185. Llevan implícito un requerimiento económico que incorpora la solicitud del “lucro cesante” y el “daño emergente” que deberá ser también abonado por el responsable del acto y práctica comercial desleal³³⁰.

Conllevan en su solicitud, de forma implícita, la reparación de los “daños morales” si se prueba que existió un daño entre la imagen y al crédito del competidor en el mercado por medio del acto comercial desleal cuando por ejemplo la marca era renombrada o tenía cierta notoriedad en el mercado medida a través del número de consumidores que la conocen³³¹. Se complementan (al menos en el derecho español) con las llamadas “acciones de rectificación” contenidas en el artículo 32 de la LCD³³².

³²⁹*Ibid.* (p. 1716)

³³⁰ Así, España, Suiza, Reino Unido, tienen reconocido con prueba de la cuantificación por peritos, el beneficio dejado de obtener y el daño que puede surgir tras la comisión en el acto comercial desleal; así en Estados Unidos también existen las controvertidas figuras que se analizan con mayor detenimiento en la Parte Segunda, en relación a las demandas en las que se solicitan acciones de indemnización por daños y perjuicios, donde se incluye la solicitud de los *punitive y treble damages*.

³³¹ En España, esta posibilidad siempre ha estado totalmente abierta, S. BACHARACH DE VALERA, “Acciones derivadas de la competencia desleal (En torno al artículo 18 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia desleal”, *RGD*, nº562-563, 1991, pp. 6177-6215; M. A. ZURILLA CARIÑANA, “Acciones civiles en materia de competencia desleal”, SPCS Documento de trabajo 2009/1, disponible en: <https://www.uclm.es/cu/csociales/pdf/documentosTrabajo/2009/01.pdf>, que además destaca que en algunas sentencias se ha reconocido incluso el reconocimiento de daños morales para personas jurídicas, que en estos supuestos serían el daño causado al crédito e imagen de la empresa en el mercado, *vid.* asimismo SAP de Barcelona, Secc. 15ª, nº 473/2006, de 19/10/2006, FJ 7: “aunque se tilde al mismo de daño moral de la persona jurídica, realmente se hace referencia a un verdadero perjuicio patrimonial, el que experimenta la imagen y reconocimiento de la empresa en el mercado”.

³³²*Vid.* J. M. OTERO LASTRES, “La nueva ley sobre competencia desleal”, *ADI*, t. XIV, 1991-92, pp. 25-48; S. BARONA VILAR, “Reflexiones en torno a las normas procesales de la nueva Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia desleal”, *RGD*, nº 562-563, 1991, pp. 6217-6267; S. BACHARACH DE VALERA, “Acciones derivadas de la competencia desleal...”, *loc.cit.*, pp. 6180-6209; C. LEMA DEVESA, “Posibilidades y remedios para reprimir la competencia desleal”, *Derecho de los negocios*, nº 6, 1991, pp. 1-8; A. WIRTH, “Supuestos procesales de la nueva Ley de Competencia desleal”, *Derecho de los Negocios*, nº 24, 1992, pp. 1-9, esp. pp. 3-6; Posterior a la reforma del año 2009 y de forma general pueden verse, M. A. ZURILLA CARIÑANA, “Acciones civiles contra en materia de competencia desleal...”, *loc.cit.*; H. BAYLÓS CORROZA, *Tratado de*

B. Medidas establecidas en el CUP y el ADPIC

a. Medidas en el CUP: artículo 10 *ter* y relacionados: valoración de su actualidad

186. Cuestión específica. Las medidas que establece el CUP no son medidas de tipo procesal directos. Son mandatos que hace el legislador de este instrumento, obligando a los Estados parte de la Unión a que adoptasen en sus legislaciones dichas medidas de tipo procesal³³³.

187. Artículo 9 CUP. Este mandato legislativo se contienen en el art. 9 en relación sólo a los problemas derivados de infracciones a nombres comerciales y marcas de fábrica, cuándo tengan derecho a la protección legal, embargos e importaciones en cuanto también hayan podido existir actos de competencia desleal.

188. Las medidas del art. 9 CUP son más específicas pero están excluidas del principio del trato nacional del artículo 2 (teniendo en cuenta lo establecido en el apartado 3 del art. 10 *ter*)³³⁴. El objetivo principal de este artículo era añadir la necesidad de crear recursos legales apropiados y en especial eficaces, por lo que una vez más pone en manos del legislador estatal su compromiso internacional de “adaptar”.

Su redacción se ha criticado puesto que no establece ni la “forma” ni los “medios” que deben emplearse para considerarse actos de competencia desleal³³⁵. Lo que hace es generar esta obligación que debe ser trasladada por los Estados de la “Unión de París” a sus legislaciones en relación al comercio ilícito de marcas y nombres comerciales registrados cuando existiesen indicaciones falsas sobre sus productos e identidades de acuerdo al artículo 9 y al 10 *bis*.

Derecho Industrial..., *op.cit.*, pp. 445-446; J. M. AYALA MUÑOZ, “Aspectos jurídico procesales del nuevo derecho contra la competencia desleal”, *RCyD*, nº 7, 2010, pp. 119-138.

³³³ Este artículo se introduce en el CUP, en 1925, en la revisión de La Haya. Aunque se modificó de forma posterior en la Revisión de Londres de 1934 debido a una serie de problemas tras ser debatido ampliamente por las delegaciones nacionales; P. RODRÍGUEZ MATEOS, *Sistema de mercado y tráfico internacional...*, *op.cit.*, pp. 83-85.

³³⁴ Se refiere a las medidas de embargo y a pesquisas como las medidas de localización de los bienes producidos que hayan sido objeto de piratería, falsificación o de imitación que hayan sido objeto de importaciones llevadas a cabo por nacionales o asimilados según lo dispuesto en este Convenio y en el territorio de Estados parte del CUP, A. THRIERR, “Counterfeiting and Piracy of the Presentation and Packaging of ...”, *loc.cit.*, pp. 73-79.

³³⁵ G.H.C.BODENHAUSEN, *Guía para la aplicación del Convenio de París para la protección de...*, *op. cit.*, p. 162; cómo se aplicó como ejemplo, en los Estados Unidos, P. V. NORTON, “The Effect of Article 10 *bis* CUP...”, *loc.cit.* pp. 18 y ss.

189. Artículo 10 ter. El artículo 10 *ter* en su apartado 1º (y apartado 2º) establece que los remedios procesales tienen que ser, “apropiados” y “eficaces”³³⁶ para combatir los actos de competencia desleal contenidos en los artículos 9, 10 y 10 *bis*.

Lo hace de forma más laxa que el art. 9. Aunque es cierto que la obligación del art. 10 *ter* CUP se constituyó como una obligación específica, es menos específica que la del art. 9³³⁷.

Lo que en realidad pretendía el legislador del CUP era dotar de protección a las siguientes áreas: 1. El **comercio de productos** que lleven ilícitamente una **marca de fábrica o de comercio o un nombre comercial** que tenga derecho a gozar de la protección en el país que se trate; 2. la **utilización de indicaciones falsas de procedencia** de los productos o de la identidad del producto, del fabricante o del comerciante; y por último, 3. **los actos de competencia desleal**

190. Lo más destacable es que se legitimaba a asociaciones y sindicatos para que puedan interponer acciones contra los actos de competencia desleal de los artículos 9, 10 y 10 *bis* (en cuanto la ley doméstica les atribuya la legitimación), vía jurisdicción ordinaria o administrativa³³⁸.

191. Principios de CUP y protección procesal contra actos comerciales desleales: problemas concretos. Se puede valorar que lo que realmente interesa del artículo es su relación con los principios establecidos en el CUP, como el del “trato nacional” (pero no reciprocidad) de su artículo 2³³⁹ y de “asimilación” en su artículo 3³⁴⁰; qué pasaba si cuando el país donde el nacional de un Estado signatario

³³⁶ A. THRIERR, “Counterfeiting and Piracy of the Presentation and Packaging of Products”, WIPO / UNDP, *Asian Regional Symposium on Protection against Unfair Competition*, Publication n°679 (CE), Genève, 1990, pp. 73-79.

³³⁷ E. ULMER/F. K. BEIER, *La répression de la concurrence déloyale...*, *op.cit.*, p. 22.

³³⁸ *Vid.* un estudio detallado del “trato nacional” y el “principio de asimilación” en el ámbito del CUP y en referencia a la competencia desleal, P. RODRÍGUEZ MATEOS, *Sistema de mercado y tráfico internacional...*, *op. cit.*; S. M. REISS, “Commentary on the Paris Convention for the Protection of Industrial Property...”, *loc.cit.*; F. HENNING BODEWIG, *International Handbook on Unfair...op.cit.* p.27, sobre este aspecto la autora advierte que se reguló como un instrumento procesal más pero no como un sustituto de otros derechos teniendo en cuenta que el art. 10 *bis* CUP establecía la protección “del competidor honesto” (esto es, como acción individual).

³³⁹ Art. 2.1 CUP: siempre y cuando los extranjeros fuesen nacionales de algún Estado signatario del Convenio. Este Convenio es solo invocable en caso que sea un extranjero el que requiera en un país miembro de la Unión protección para sí mismo.

³⁴⁰ El art. 3 establece el “principio de asimilación” que obliga a los Estados parte del CUP a equiparar a lo extranjeros de países que no forman parte del Convenio, pero “domiciliados” en los Estados parte del Convenio; P. RODRÍGUEZ MATEOS, *op.cit. Sistema de mercado y tráfico internacional de...*, *op.cit.*, pp. 72-73 y esp.p. 74: La autora pone un ejemplo de un nacional de un Estado no unionista que está domiciliado en Francia o con establecimiento en este país. Según el artículo 3 del CUP el comerciante no es nacional de un Estado unionista pero sí tiene un establecimiento efectivo y domicilio que le avala para solicitar tutela. Si el acto que quiere paralizar

del Convenio tiene su establecimiento en otro Estado signatario pero no puede acceder a ningún tipo de tutela ni siquiera por medio del “principio de protección mínima” o “principio de asimilación”³⁴¹.

192. ¿Puede el demandante de esta protección de otro Estado confiar en la protección mínima que impone el CUP a los Estados signatarios del mismo?³⁴². Por lo tanto, el problema se encuentra en el ámbito del principio de asimilación. O con lo analizado en el ámbito ADPIC, ¿debe respetarse por los Estados parte de la OMC el mandato de este artículo?

193. En principio, la obligación establecida en el artículo 2.1 ADPIC era de implementar y respetar los artículos 1 a 12 del CUP, por lo que se entiende incluido el artículo 10 *ter* de forma obligatoria para todos los Estados parte de la OMC.

194. Discriminación positiva. La cuestión de a quién beneficiaba la protección establecida en el artículo 10 *ter*, en contraposición con la flexibilidad del artículo 10 *bis* se ha considerado como una “discriminación positiva”.

Este aspecto se relaciona porque *a priori* puede suponer la discriminación del extranjero que no fuese nacional de ningún país miembro de la “Unión de París”, aunque tuviese domicilio o establecimiento en España (que además no sea parte de la OMC).

es una importación paralela de sus productos (actos de confusión o descrédito de estos productos) que se van a importar en España (dónde debe solicitar la protección), no podría solicitarla en cuanto el artículo 10 *bis* no le considera asimilado, porque no es un nacional de la Unión. En este supuesto se vería en peligro tanto el derecho de exclusiva del comerciante mediante, la importación paralela y un acto de competencia desleal determinado expresamente por el artículo 10 *bis* (concretamente el artículo 10 *bis* apartado 3, letra i.). Un claro ejemplo de violación a un derecho de exclusiva mediante un acto contrario a la competencia leal. RODRÍGUEZ MATEOS esclarece que, tales observaciones están en relación con el ámbito personal del CUP pero no con cuestiones de ley aplicable; *id.*, “Capítulo VI.-Competencia desleal...”, *loc.cit.*, en J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, *Derecho del comercio...*, *op.cit.*, pp. 175-177; El término “domicilio” en el CUP debe entenderse como concepto autónomo del mismo CUP. En el que se exige que sea permanente y efectivo en el tiempo por parte del nacional o asimilado que solicita la protección ante los tribunales de un Estado del CUP.

³⁴¹ Por ejemplo, el art. 9 apartado 6, sí establece una solución a situaciones de vacío legislativo en relación a ciertas medidas: si el país en cuestión no conoce la medida del embargo en el momento de la importación, ni siquiera la prohibición de importación, y hasta que el país adapte su legislación deberán estar medidas ser sustituidas por las acciones y medios que la ley de dicho país concediese en caso semejante a los nacionales.

³⁴² F. HENNING BODEWIG, *International Handbook on unfair...*, *op.cit.*, p.16; P. NORTON, “The effect of Article 10^{bis} of the Paris Convention ...”, *loc. cit.*; una cuestión que no puede ser respondida de forma ambigua, esto es, sí o no. El artículo 10 *ter* otorga un mecanismo de protección que se debe poner de manifiesto en el ámbito procesal; K. GASTIABURU, “Indicaciones geográficas y denominaciones de origen: Modos de protección internacional...”, *loc.cit.*, pp. 239-240.

195. Así se consideró en cuanto no se establece una obligación de asegurar los pertinentes remedios procesales en un cuerpo de normas específicas para la competencia desleal sino que sólo expresa de forma general de proveer con medidas de salvaguarda contra los actos que van dirigidos contra los usos honestos en el comercio³⁴³.

196. La redacción del artículo predispone a pensar que sólo los nacionales pueden obtener más protección si invocan para su tutela, el artículo 10 *bis* CUP, solicitando que se aplicase según se hubiese adaptado a su ley nacional para otorgar protección dentro y fuera del país contra las prácticas comerciales desleales.

197. Muchos países han evitado esta “discriminación positiva” ofreciendo la misma protección para todos. Nacionales y extranjeros. Adoptando con ello, el criterio mínimo de protección contra la competencia desleal siendo lo más adecuado en el tráfico del comercio transfronterizo y adaptado a los principios que emanan de la OMC para el mismo³⁴⁴.

198. Problemas de compatibilidad con los valores del DIP. Pueden surgir también interesantes problemas de DIP si un Estado de la “Unión de París”, no ha

³⁴³ Vid. X.Y. CHEN, “The Status of International Protection Against Unfair Competition”, *EIPL*, vol. 19, n°8, 1997, pp. 421-424, p. 421; de otro lado, P. RODRÍGUEZ MATEOS, *Sistema de mercado y tráfico internacional...*, *op.cit.*, p. 75 ya ponía de relieve que quedaban excluidas del trato nacional cuestiones tales como la caución de arraigo en juicio (*cautio iudicatum solvi*) o el embargo preventivo, por tener un privilegio de nacionalidad (sobre este particular, P. JIMÉNEZ BLANCO, *Las denominaciones de origen...*, *op.cit.*, p. 139; P. RODRÍGUEZ MATEOS, *Sistema de mercado y tráfico internacional...*, *op.cit.*, p. 75), por ser cuestiones de ámbito de procedimiento judicial y administrativo; . H.P. KUNZ-HALLSTEIN, “The United States Proposal for a GATT Agreement on Intellectual Property and the Paris Convention...”, *loc.cit.*, p. 273 y p. 274, que considera que el CUP al igual que la “Convención de Berna” en realidad nunca pretendieron otorgar protección a los nacionales asimilados mediante el trato nacional ni el de asimilación); El art. 2.3 del CUP reza así: “Quedan expresamente reservadas las disposiciones de la legislación de cada uno de los países de la Unión relativas al procedimiento judicial y administrativo, y a la competencia, así como a la elección de domicilio y constitución de un mandatario, que sean exigidas por las leyes de propiedad industrial” (pero no añade, por las leyes contra la competencia desleal, aunque debe interpretarse de forma extensiva incluyendo las cuestiones de competencia desleal).

³⁴⁴ Se desarrolló con ello una armonización del criterio de protección contra la competencia desleal sobre la base del artículo 10 *bis* CUP. De otro lado, muchos países han ido más allá del criterio mínimo asumiendo la protección igualada para nacionales y extranjeros. Debe tenerse en cuenta, F. HENNING BODEWIG, *Internacional Handbook on Unfair...*, *op.cit.* pp. 18-19, dos cuestiones: por una parte, la importancia de la ley aplicable donde ocurre el conflicto; y, de otra, los requisitos de la protección al nacional: en relación a lo establecido en algunos países para salvaguardar la discriminación positiva con respecto a los nacionales de su Estado, frente a la protección que sí tienen los extranjeros. Pone el ejemplo siguiente: “*A Chinese manufacturer of a cooking device brought an action before a German court on the grounds of the imitation of his alleged well-known products. The action was dismissed for the Court because Sec. 4 no. 9 of the German Unfair competition Act (2004) in its interpretation by the courts requires that the imitated product is well known within Germany*”; H. SHIOMI, “Can Non-Copyrightable Works Be Protected Under Unfair Competition law?”, *IIC*, vol. 45, n° 6, 2014, pp. 648-657.

reconocido a otro Estado unionista como Estado en la Comunidad internacional, ¿qué protección otorga entonces a los nacionales con domicilio efectivo en su Estado sino tiene reconocido al Estado del que son nacionales?.

199. Ejemplo de los problemas derivados del DPI. Así sucedió en un asunto que llevó al Tribunal Supremo de Japón a determinar que no debía ni tenía porque conceder protección a una película y catalogarlo como una obra protegida con derechos DPI bajo las disposiciones de la Convención de Berna ni tampoco bajo el artículo 10 *bis* CUP, porque había sido reproducida por nacionales de Corea del Norte sin autorización.

200. El asunto conllevaba en sí mismo un problema de DIP. Japón no iba a reconocer la protección ni ampararla a los nacionales de Corea del Norte (ni siquiera bajo los principios de trato nacional o el de asimilación) porque hasta ahora mismo Japón no ha reconocido a Corea del Norte como un Estado. Muy a pesar que podían considerarse asimilados puesto que tenían domicilio en Japón y que Corea del Norte es un país parte del Convenio de Berna.

201. Se desprende de su lectura que es una resolución que resultó muy complicada en cuanto los tribunales de inferior rango al Supremo de Japón coincidían en que bajo lo establecido en la Sección 6ª (3) de la Ley japonesa de protección de la propiedad intelectual no se puede otorgar protección a los nacionales de Estados no reconocidos por Japón. En la segunda cuestión se dilucidaba si, aunque por esta ley no fuese reconocida ni otorgada la protección se podría ofrecer al menos la indemnización por daños y perjuicios bajo las disposiciones generales de la responsabilidad extracontractual, pero por los daños causados por los actos de competencia desleal³⁴⁵.

b. Medidas establecidas en el marco del tratado ADPIC

202. Con relación a los medios de tutela del ADPIC que debían establecerse por los legisladores nacionales habrá que atender a lo dispuesto en su parte III, de los 41 a 50 ADPIC.

203. El art. 50 ADPIC interesa porque considera las medidas cautelares *inaudita parte contraria* de forma abierta, medidas que se han considerado como adecuadas en procesos contra actos de competencia desleal. Así también la obligación de establecer acciones de indemnización contra daños y perjuicios; y el establecimiento de un sistema de acciones resarcitorias en los que se incluyen los actos contra la competencia desleal.

³⁴⁵*Ibidem.*

204. El legislador europeo cumplió con el mandato del legislador OMC cuándo estableció estas medidas de tutela mediante la Directiva 2004/48/CE en el que se incluye la protección contra determinados actos de competencia desleal³⁴⁶.

205. Aun no estando del todo clara la posición del tratamiento autónomo de la disciplina de la competencia desleal en el ADPIC, como institución o disciplina que no sólo tutela ciertas infracciones de DPI y como se ha explicado de forma anterior, si caben estas medidas aplicadas a actos de competencia desleal, en cuanto tutelan tanto infracciones a denominaciones de origen e infracción contra el secreto empresarial (y *know how*) en otros artículos de forma específica³⁴⁷.

206. Si no existe una ley específica contra la competencia desleal como en Francia o Italia (donde las infracciones de ilícitos concurrenciales desleales de tipo *B2B* se resuelven mediante la cláusula general de responsabilidad extracontractual) se deben resolver por los principios procesales civiles de tipo general;

207. Cuando exista una ley especial contra la competencia desleal (v. gr.: España, Suiza y Alemania), estos principios se aplican con los principios de corte específico, a no ser que en esa legislación, el Derecho de la competencia desleal solo conozca tutela por la vía penal³⁴⁸.

³⁴⁶ Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa al Respeto de los Derechos de propiedad intelectual, *DOUE*, L 195, 2 de junio 2004. Fue transpuesta al ordenamiento español por la Ley 19/2006, *BOE* nº 134, de 6 de junio 2006. Por medio de la que se amplían los derechos de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial y se establecen normas procesales para facilitar la aplicación de diversos reglamentos comunitarios, La relación intrínseca con la competencia desleal se derivaba del hecho que la misma directiva establecía protección contra cualquier acto que se realizase con “fines comerciales”, para luchar contra la piratería y falsificación, ilícitos comerciales relacionados con la deslealtad comercial aparte de la infracción al derecho de propiedad inmaterial como la competencia parasitaria (Cdo. 13). No obstante, la frase “con fines comerciales” fue erradicada del texto definitivo, L. BERENGUER FUSTER, “Análisis crítico de la Directiva 2004/28 relativa al respecto de los Derechos de Propiedad Intelectual”, *GJUEyC*, vol. 31, nº2, 2004, pp. 12-28. En el siguiente Considerando, el nº 14, el legislador europeo deja claro que la protección será *B2B* y no *B2C* cuándo considera que los actos llevados a cabo a escala comercial no se realizan frente a consumidores finales de buena fe. Este considerando ofrece una concepción “amplia” de propiedad intelectual e industrial como hacía también el artículo 2.2 del ADPIC por lo que se ve comprendido en el mismo el concepto de la competencia desleal, G. CASABURI, “La concorrenza sleale: le nuove tendenze della giurisprudenza e i problemi del *look-alike*”, *Il Diritto Industriale*, nº2, 2011, pp. 178-200, esp. p. 181; A. KUR, “Trade Marks Function, Don’t They? CJEU Jurisprudence and Unfair Competition Principles”, *IIC*, vol. 45, 2014, pp. 434-354, p. 447; Cdo. 25 RBI *bis*.

³⁴⁷ S. BARONA VILAR, *Competencia desleal. Tutela jurisdiccional...* t. II., *op.cit.*, pp. 1366-1367.

³⁴⁸ *Ibid* (*WIPO*, p. 76); O. SOSNITZA, “Unfair competition...”, *loc.cit.*, en J. BASEDOW/K. J. HOPT/ R. ZIMMERMANN/A. STIER, *The Max Planck Encyclopaedia of European ...*, *op.cit.*, p. 1716; M. DRAHOS, “The Universality of Intellectual Property Rights: Origins and Development”, *Intellectual Property and Human Rights*, OMPI, Génova, 1998, pp. 349-

2. Medidas eficaces de derecho sustantivo: las “cláusulas generales” de tipo general

208. Característica fundamental de las “cláusulas generales”. De siempre, las cláusulas generales se han constituido como instrumentos jurídicos necesarios para abordar los vacíos legales.

Son “normas jurídicas en sentido técnico” que salvaguardan el sistema jurídico contra sus escapes evitando la falta de tutela contra conductas que siendo perjudiciales no se encuentran reconocidas todavía por los legisladores: como “válvulas de autorregulación del sistema”³⁴⁹.

209. En cierta forma, “sugieren” el contenido que no tiene una ley por medio de conceptos abstractos (*i.e.*: la buena fe, diligencia de un buen padre de familia, imprudencia, usos honestos, el abuso del Derecho, etc.³⁵⁰).

Función verdadera contra los actos de competencia desleal: asunto *Ryanair vs. Atrápalo*, en su FJ 18º: “(...) la razón de ser de la cláusula general

371; F. HENNING-BODEWIG, “International Unfair competition” en R. HILTY/F. HENNING-BODEWIG (eds.), *Law Against Unfair Competition: Towards a New Paradigm ...*, pp. 59-60.

³⁴⁹ De forma general, J. MIQUEL RODRÍGUEZ, “Cláusulas generales, desarrollo judicial del Derecho y legislación mercantil”, *Rev.Gen.Der.Rom.* N° 16, 2011, pp.1-11, p. 4; J.M. DE LA CUESTA RUTE/ E. NUÑEZ RODRIGUEZ, “La acertada noción de competencia desleal en la sentencia 13 de marzo de 2009 del Juzgado de lo Mercantil de Burgos”, 2009, pp.1-9, p.5, disponible en: www.eprints.ucm.es/8722/1/Cuesta_Rute.pdf: “la determinación del contenido de las cláusulas generales se va produciendo mediante las decisiones que emanan de los jueces y tribunales al ir las aplicando caso por caso”; H.E.BECERRA ACEVEDO, “Supuestos de competencia desleal y propiedad industrial”, disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2634/12.pdf>, pp. 195-223; P. FRANCESHELLI, “Studi sulla concorrenza sleale...”, *loc.cit.*; R. CALLMAN, “He Who Reaps Where He has no sown: Unjust Enrichment in the Law of Unfair Competition”, *Harv. L. Review*, vol. 55, 1941-1942, pp. 595-614, pp. 608-612; SAP Madrid, Secc. 28, nº 7055/2012, de 30 de marzo de 2012, asunto *Wholesale Brokers c. Iberpandi*; A. GÓMEZ SEGADÉ, “La nueva cláusula general en la LCD...”, *loc.cit.* en C. FERNÁNDEZ-NOVOA, Á. GARCÍA VIDAL/J.A. GÓMEZ SEGADÉ (coord.), *El Derecho mercantil en el umbral del s. XXI: Libro homenaje...*, *op.cit.* p. 337: “La cláusula general tiene estructura bifronte: actúa como norma referencial de todo el conjunto de las otras normas, y de otro lado, actúa como norma sustantiva de aplicación directa, que actúa como válvula de seguridad para cubrir las fugas del sistema ocasionadas por la aparición de comportamientos que no encajan en ningún tipo previsto en la LCD”; J. MASSAGUER FUENTES, *Comentarios a la Ley de Competencia desleal*, Madrid, Civitas, 1999, p. 153; P. STUCCHI LÓPEZ RAYGADA, “La cláusula general como elemento esencial en la configuración de la competencia desleal en actos enunciados y no enunciados”, *Revista Thémis (Revista de Derecho)*, vol. 54, 2007, pp. 287-308.

³⁵⁰ G. HOWELLS, “Introduction”, en G. HOWELLS/HANS-W. MICKLITZ/T. WILHELMSSON (eds.), *European Fair Trading Law; The Unfair Commercial Practices Directive, (Markets and the Law)*, Hampshire/Burlington, Ashgate, 2006; sobre su relación con el “abuso del Derecho”, la misión de las cláusulas generales de la LCD y la relación que tienen con los principios generales del Derecho privado, como el establecido en el art. 7 CC (prohibición del abuso del derecho). La diferencia estriba en que la limitación que otorga la cláusula general de la LCD es una limitación confeccionada para los abusos que pueden surgir en un ámbito concreto: el mercado. Esto afecta por consiguiente a los participantes del mercado; A. SAYDÉ, *Abuse of EU Law and Regulation of the Internal Market*, Oxford/ Portland, Hart Publishing, 2014pp. 32-43.

*contenida en tal precepto es la efectiva represión de la siempre cambiante fenomenología de la competencia desleal, esto es, la posibilidad siempre abierta de que surjan actos o prácticas no contemplados de forma expresa en la ley pero que no por ello dejen de ser constitutivos de competencia desleal*³⁵¹.

A. Heterointegración y autointegración

210. Las primigenias cláusulas generales utilizadas para la represión de la competencia desleal respondían a los valores de la *heterointegración*³⁵².

Como se comentó de forma anterior, algunos países como Francia e Italia siguen estando en vigor para la represión de ilícitos concurrenciales desleales de tipo *B2B*, v.gr. contra la competencia parasitaria que implica la infracción marcaría y explotación de reputación ajena mediante su comisión³⁵³.

211. De otro lado, las cláusulas generales actuales responden a los valores de la *autointegración*, porque se basan en principios generales del Derecho como la buena fe objetiva o el abuso del Derecho y los deberes de lealtad³⁵⁴.

212. El cambio se produce con la misma evolución de los ilícitos concurrenciales en los mercados como en España donde la cláusula general contra los actos de competencia desleal cuenta con los valores derivados de la autointegración, en cuanto no tutela comportamientos éticos que deben ostentar los profesionales en el mercado sino valores objetivos de cómo deben ser estos comportamientos en relación al desarrollo del ejercicio a la libre competencia.

B. Objetivo de las cláusulas generales en la lucha contra los comportamientos desleales

213. La pregunta clave que se formula y ante el análisis de este instrumento como mecanismo disuasorio y corrector de comportamientos

³⁵¹ SJPI 11/2009, del Juzgado de lo Mercantil nº 2, Barcelona, asunto *Ryanair vs. Atrápalo*, en su FJ 18; Informe CES (Consejo Económico y Social de España), “Los retos del mercado interior”, nº2/2009, p. 60; el mismo Preámbulo de la LCD.

³⁵² N. BINCTIN, “Le droit de la concurrence déloyale- perspectives française et européenne” en J. DE WERRA (eds.). *et al., Défis du droit de la concurrence déloyale...*, op.cit., pp. 73-99, pp. 81-88.

³⁵³ P. GEILLE, *Vers une notion Internationale de la Concurrence...*, op.cit., pp. 29-60.

³⁵⁴ SAP de Madrid, secc. 28ª, de 9 de febrero de 2015, FJ 4ª; F. MARCOS, “La exigencia de sensibilidad del falseamiento de la competencia en la LDC: notas a propósito de la problemática puesta de manifiesto por la STS de enero de 2008”, *Diario La ley*, nº7328, Sección Doctrina, 26/01/2010, año XXXI, pp. 1-33; M. VIRGÓS SORIANO, *El comercio internacional y el nuevo Derecho contra...*, p. 19; H. BAYLÓS CORROZA, *Tratado de Derecho industrial...*, op.cit., p. 413 y, A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, *La competencia desleal...op.cit.*; E. ULMER, “Unfair competition and the Common Market”, *The Trademark Reporter*, vol. 53, 1963, pp. 625-650, p. 628.

comerciales desleales es, qué tipo de cláusulas generales son las más adecuadas para la persecución de ilícitos concurrenciales desleales³⁵⁵.

214. En materia de competencia desleal se han desarrollado cláusulas generales de dos tipos. Prohibitiva y descriptivas.

Las cláusulas prohibitivas prohíben de forma directa determinado tipo de competencia haciéndola ilícita per se; y, en segundo lugar, las cláusulas descriptivas, que sólo establecen juicios de deslealtad, dependiendo de valores socio-culturales de la misma sociedad³⁵⁶.

Parece que, por su técnica, las cláusulas generales prohibitivas (con una textura abierta y no cerrada) se constituyen las más adecuadas³⁵⁷, en cuanto están prohibiendo de forma clara qué debe ser prohibido, aunque la conducta comercial no se haya tipificado de forma previa³⁵⁸.

³⁵⁵ Un análisis reciente y exhaustivo sobre la cláusula general de la LCD en A. EMPARANZA SOBEJANO, “Competencia desleal y protección de los consumidores”, en L.A.MIRANDA SERRANO/J. COSTAS COMESAÑA (dirs.), *Derecho de la competencia. Desafíos y cuestiones de actualidad...*, op.cit., pp. 95-106, con especial incidencia en los cambios acontecidos por la transposición de la DPCD en la cláusula general.

³⁵⁶ Vid. M. ÁNGELES ZURRILLA-CARIÑANA, “The Defective Transposition of Directive 29/2005/EC On Unfair Trade Practices To Spanish Law”, *Review of Business Information Systems (Special Edition, 2011)*, vol. 15, nº1, pp. 81-86. Sobre esta cuestión es importante tener en cuenta los vocablos que las mismas cláusulas usan, tales como buenas costumbres, prácticas comerciales, costumbres de probidad, buenos usos mercantiles, corrección profesional, y en especial al uso de la buena fe para ver como los legisladores han orientado la represión contra los actos y prácticas comerciales desleales; J. I. RUIZ PERIS, “El laberinto de la cláusula general de la Ley de competencia desleal.”, loc.cit. 435-454, esp.pp. 439-444; J.A. GÓMEZ SEGADE, “La nueva cláusula general en la LCD...”, loc.cit., y en relación a las palabras de KOHLER sobre la competencia desleal: “hidra del engaño, la deslealtad, el ardid y la perfidia”, los comportamientos desleales surgen como una hidra que aunque le cortes la cabeza siempre nacerá otra en su lugar; D. IRIGOVEN FUJIWARA/R. GARCÍA PÉREZ, “La cláusula general de la Ley de Competencia desleal, tras su reforma por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre”, en *Cuestiones actuales de Derecho de la Empresa*, AAVV (ed), Colección de Estudios de la Universidad de Castilla-La Mancha, nº132, ed. Universidad de Castilla- La Mancha, 2011, pp. 155-177; L. M. MIRANDA SERRANO, “La protección del consumidor en la etapa anterior a la celebración del contrato: aspectos concurrenciales y ...”, cit. pp. 65-66.

³⁵⁷ R. GARCÍA PÉREZ, “La diligencia profesional: un concepto clave del nuevo Derecho contra la competencia desleal”, *AFDUDC*, nº14, 2010, pp. 23-37, p. 27: la reflexión que hace sobre las cláusulas generales afirma lo expresado en el párrafo, afirmando que las cláusulas generales deben ser redactadas de forma mucho más cuidadosa y esmerada que el resto del cuerpo legal, precisamente por esa característica de textura abierta (*open texture*) que resalta. Es necesario por tanto que se construyan desde la certeza jurídica y como expone el mismo autor: “es donde más se cumple el aforismo de que el Derecho a menudo consiste menos en verdades que en argumentos consistentes”.

³⁵⁸ Vid. F. HENNING-BODEWIG, *International Handbook of Unfair...op.cit.*, p. 19, son considerados ambos remedios necesarios para el tráfico comercial; “A general clause or a fall-back position was deemed necessary in order to cope with new and unforeseen incidences within the rapidly changing world of business and marketing”, considerar a la cláusula general un plan alternativp frente a las conductas que todavía no se conocen en el Mercado; es el caso de España,FJ

215. Facilitan la búsqueda de parámetros de comportamiento en el mercado, en cuanto contienen los valores añadidos del ordenamiento jurídico, lo que se considera prohibido (desleal)-valores dados por la autointegración³⁵⁹.

216. Otra cuestión de la que pueden hacerse cargo las cláusulas generales prohibitivas contra las conductas comerciales desleales es su alcance. Si pueden llegar a infracciones que teniendo relación con la prohibición de usar medios prohibidos en el mercado, puedan ser usadas para reprimirlos.

217. Requisitos de invocabilidad. En España, el Tribunal Supremo estableció cuáles son los requisitos que se deben concurrir para invocar la cláusula general en todos los casos en los que se pueda considerar que estamos ante la presencia de un ilícito concurrencial que no se encaja en los desarrollados por la ley evitando usarla como medio de resorte para todo tipo de ilícitos³⁶⁰.

Son requisitos *sine qua non* para su invocabilidad:

1. Que el comportamiento que se puede reputar desleal no esté ya contenido en los artículos de la LCD que ya regulan tipos específicos de deslealtad; sino que responda a un ilícito con sustantividad propia no al ilícito abstracto³⁶¹.

2. Que este acto o práctica comercial tenga una textura abierta (*open texture*)³⁶². Ejemplo: que sea una conducta no reconocida aún por la ley, pero que

7º : “ (...) Se trata de un tipo abierto, que se construyó siguiendo el estándar de la buena fe y que, al redactarse la norma, se impuso a otras valoraciones consideradas sectoriales y de inequívoco sabor corporativo, tales como la corrección profesional o los usos honestos en materia comercial industrial – a los que se refiere el artículo 10 *bis*, apartado segundo, del Convenio de la Unión de París de 20 de marzo de 1883”; R. HILTY, “*The law against Unfair Competition...*”, *loc.cit.* en R. HILTY/F. HENNING-BODEWIG, *Law against Unfair Competition...* *op.cit.*, pp. 8-10, que divide en tres grupos a los países según su sistema legal para la represión de la Competencia desleal, y si se establece en los mismos el mismo modelo que el español, esto es, una cláusula general, y unos tipos específicos de conductas desleales; E. ULMER/F. K. BEIER, *La répression de la concurrence déloyale dans les Etats membres...*, *op.cit.* pp. 244-245.

³⁵⁹ A. KAMPERMAN SANDERS, *Unfair Competition law: The Protection of Intellectual and...*, *op.cit.*, pp. 86-88. El autor señala además la importancia que para la cláusula general de la LCD tienen otras normas que regulan el proceso competitivo, tal como las leyes de propiedad intelectual e industrial y otros ilícito de responsabilidad económica extracontractual.

³⁶⁰ *Vid.* [STS 4209/2010](#), Sala de lo Civil, la sentencia desarrolla el carácter de la anterior “cláusula general” de la Ley de Competencia desleal española de 1991, aunque lo dicho en la misma se puede extrapolar al sentido de la actual Ley y actual cláusula general; otras sentencias que han abordado el mismo problema de la LCD española: STS 635/2009, 130/2006, 725/2006, 1169/2006, 513/2010, 611/2011, y 75/2012.

³⁶¹ SPI Asunto “TRAYCCO Publicitar S.L.”, [SJM M 435/2013](#), en su FJ nº4; SAP de Madrid, nº 97/2012, Secc. nº28 (EL DERECHO EDITORES S.A., c. WOLTERS KLUWER España S.A.) en su FJ nº 3, la AP establece que el artículo 5 de la anterior LCD (la de 1991) puede ser directamente aplicable a una conducta ilícita cuando no se encuentre expresamente tipificada ni pueda ser reconducida al ámbito de la aplicación de los artículo 6 a 17 de la LCD(...); SAP Madrid, Secc. 28, de 21/12/2012.

³⁶² D. IRIGOVEN FUJIYAWA/ R. GARCÍA PÉREZ, en “Cuestiones actuales del Derecho...”, *loc.cit. supra*, p. 157.

por sus características actúe en contra de la buena fe en el mercado y por ello deba tutelarse desde la generalidad de la cláusula general.

SECCIÓN III.- MECANISMOS DE LA AUTORREGULACION CONTRA LA COMPETENCIA DESLEAL: *Soft law* y *lex mercatoria*

I. Cuestiones preliminares sobre la autorregulación

1. Autorregulación como mecanismo de control de conductas en el mercado

218. Lo que puede considerarse ético o leal en el mundo del Derecho de los negocios internacionales o el Derecho mercantil internacional conoce del mismo problema que en ámbito del Comercio internacional y el Derecho económico internacional. Esto es, de la gran diversidad de comportamientos que en algunos usos y prácticas profesionales en el comercio y mercado pueden ser permitidos pero en otros no, colisionando entre ellos así como de la determinación de los límites entre lo que es aceptable o no en el tráfico comercial.

219. Sin embargo, en el ámbito del Derecho de los negocios internacionales, la ética empresarial y lealtad comercial encuentra un mecanismo extra a la hora de su control, aunque se dude de su verdadera eficacia, como analizaremos, por sus características³⁶³.

220. Son mecanismos de autorregulación diferentes de los que se producen en el seno de organizaciones de tipo internacional como la UNCTAD, la OCDE entre otras, los cuales son mecanismos de autorregulación dirigidos a los operadores jurídico públicos y son vinculantes para los Estados³⁶⁴.

³⁶³ A. PORTO CORTÉS, “La posible reclamación judicial, por el consumidor, ante el incumplimiento de un Código de Conducta”, *InDret*, vol. 3, Barcelona, 2010, disponible en: http://www.indret.com/pdf/759_es.pdf: los códigos de conducta son el pilar de la autorregulación. A falta de mecanismos estatales de vigilancia sobre las empresas transnacionales, esta ha sido la reacción de estas organizaciones internacionales, intentando que a través de los Códigos de conducta se desarrolle un equilibrio en el juego de intereses (especialmente entre los países emergentes (protección) y los países industrializados (control), donde existe un verdadero conflicto); M. HERDEGER, *Derecho económico internacional...*, *op.cit.*, p. 80; T. COTTIER /A. JEVTIC, “The Protection against Unfair Competition in WTO Law...”, *loc.cit.*, en J. DREXL (ed.), *Technology and competition. Technologie et concurrence...*, *op.cit.*, p. 692.

³⁶⁴ C. DAY WALLACE, *The Multinational Enterprise and Legal Control: Host State Sovereignty in a Era of Economic Globalisation*, The Hague, Martinus Nijhoff, 2002, pp. 1086-1091; N. HORN, “International rules for Multinational enterprises: The IIC, OCDE and ILO initiatives”, *T’Amer.Univ.L’R.*, vol. 30, 1980, pp. 923-940, pp. 934-938. HORN dice que la experiencia ha demostrado que las guías que genera la OCDE son de efecto directo en la aplicación del *business law*; E.WESTFIELD, “Globalization, Governance and Multinational Enterprise

221. Estos mecanismos son los mecanismos de autorregulación, vinculados a la práctica comercial de los operadores jurídico privados en el mercado, gozan de autonomía de la voluntad para regular determinados aspectos en la vida comercial y capacidad de control sobre los abusos que se manifiestan en las transacciones comerciales³⁶⁵.

222. No obstante, la falta de eficacia que se le atribuye a estos mecanismos es que adolecen de fuerza vinculante por su carácter de normas de *Soft law*.

OMPI y autorregulación del mercado. La OMPI ha considerado que la autorregulación era no sólo necesaria allí donde la ley no había llegado a regular determinados aspectos importantes, -produciéndose de esta forma, el fenómeno de la “co-regulación” entre el Derecho objetivo y el mundo del cumplimiento voluntario³⁶⁶-, sino que además puede incluso ser más rápida que los sistemas jurisdiccionales puesto que conlleva el desarrollo de estándares creados por las empresas que interactúan entre sí siendo las protagonistas del espacio de actuación de la competencia y el mercado³⁶⁷.

2. Código de conducta CCI sobre publicidad comercial y mercadotecnia

223. En cuanto a los Códigos de Conducta más relevantes y con mayor incidencia para la función de la institución de la competencia desleal, se debe tener en cuenta el Código “CCI sobre publicidad comercial y mercadotecnia” (2011)³⁶⁸.

Responsability: Corporate Codes of Conduct in the 21st Century”, *Va. J. Int. 'L.L.*, vol. 42, pp. 1075-1108, p. 1091.

³⁶⁵ V. HAUFLER, *A Public Role for the Private Sector: Industry Self-Regulation in a Global Economy*, Washington, D.C., Carnegie Endowment for International Peace, 2001, p. 8 y p. 12, que a su vez relaciona el fenómeno de la autoregulación con la globalización, una consecuencia de la globalización; R. JENKINS, “Corporate Codes of Conduct: Self-Regulation in a Global Economy”, *Technology, Business and Society, UN Research Institute for Social Development*, Paper n°2, 2001, disponible

en: https://www.researchgate.net/profile/Rhys_Jenkins2/publication/37150822_Codes_of_Conduct_Self_Regulation_in_a_Global_Economy/links/5448d2f30cf2f14fb8144837.pdf

³⁶⁶ J. A. CARRILLO DONAIRE/A. MARTÍNEZ RIVERO, “La autorregulación en el mercado audiovisual”, *Rev. Der. Adm.*, n°30, 2012, pp. 1-12.

³⁶⁷ WIPO, *Protection against unfair competition; Analysis of the present world situation, WIPO report*, n° 725, p.12 y p. 81; también, IBA, “Cross-border Transactions: a Drafting Guide for International Sales Contracts. Project of the IBA-International Sales Committee”, IBA, 2015, p. 25: “Beyond Statutory law, companies entering a new country may be subject to a variety of ethical precepts or business codes applicable to the conduct of business or marketing in the country”; B. GOLDMAN, “Multinational Enterprises”, *IDI*, Session of Oslo, 1977, pp. 1-3, esp. p. 2, punto IV.2, disponible en: http://www.idi-iil.org/idiE/resolutionsE/1977_oslo_02_en.pdf, de esta manera se reconocía la importancia de este tipo de normas emanadas de la autorregulación en el control de las empresas; V. HAUFLER, *A Public Role for the Private Sector: Industry Self-Regulation in a ...*, *op.cit.*, p. 26.

³⁶⁸ “Código Consolidado de la ICC para las prácticas de Publicidad y Comunicaciones de Mercadotecnia” (última versión revisada del 2011), disponible en: [http://www.codescentre.com/media/1328/codigo%20consolidado%20icc%20\(1\).pdf](http://www.codescentre.com/media/1328/codigo%20consolidado%20icc%20(1).pdf); R. HOUIR/M. PEDAMON, *Droit Commercial. Actes de commerce et commerçants...*, *op.cit.*, pp. 601-602;

Este Código de conducta se ha convertido en un instrumento de gran relevancia para interpretar el artículo 10 *bis* CUP y la represión de ciertos actos y prácticas comerciales desleales³⁶⁹. La interpretación que ofrece del art. 10 *bis* CUP es totalmente acorde con los parámetros que sigue la institución de la competencia desleal actualmente.

224. Su éxito en el control de la deslealtad comercial, especialmente en técnicas de publicidad (*marketing* publicitario), reside en su sencillez, que ha logrado establecer estándares globales convirtiéndose en un ejemplo de redacción para Códigos de conducta de numerosas organizaciones profesionales³⁷⁰.

225. Cuestión particular. El Código CCI ha consagrado de forma explícita el “principio del país de origen” puesto que uno de sus objetivos es que el principio del país de origen se haga efectivo a nivel internacional. Lo que permite que se aplique la ley del establecimiento del profesional.

II. Autorregulación, competencia desleal y Derecho de la Unión Europea

1. Mecanismos de autorregulación antes del proceso de armonización material del Derecho de lealtad comercial

226. Antes de la creación de la DPCD, los mecanismos de autorregulación eran un mero mecanismo de resolución de controversias entre consumidores y profesionales sin fuerza vinculante, fomentado por organizaciones profesionales establecidas en la UE pero no por el legislador europeo³⁷¹.

<http://www.iccmex.mx/documentos/mercadotecnia.php#proyectos>; F. CAFAGGI, “Chapter 13. Does Private Regulation Foster European Legal Integration?”, en K. PURNHAGEN/P. ROTT (eds.), *Varieties of European Economic Law and Regulation*, Studies in European Economic Law and Regulation, vol. 3, Munich, Springer International Switzerland, 2014, pp. 259-283, p. 266. No obstante, no se pueden desmerecer las labores realizadas por otros Código de conducta como por ejemplo, el realizado para el control de conductas comerciales en Internet mediante comercio electrónico, P. A. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho privado de Internet...op.cit.*, p. 373.

³⁶⁹ Vid. R. HOUIR/M. PEDAMON, *Droit Commercial. Actes de commerce et commerçants...op.cit.*, pp. 601-602; F. CAFAGGI, “Chapter 13. Does Private Regulation Foster European Legal Integration?”, en K. PURNHAGEN/P. ROTT (eds.), *Varieties of European Economic Law and Regulation*, Studies in European Economic Law and Regulation, vol. 3, Munich, Springer International Switzerland, 2014, pp. 259-283, p. 266; del mismo autor, “Chapter 5. Private regulation in European Private Law”, en AA.VV, *Towards an European Civil Code*, The Netherlands, Wolters Kluwer (Ars Aequi Libri), 2011, pp. 91-116; aunque existen otros Códigos que no pueden desmerecerse, P. A. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho privado de Internet...op.cit.*, p. 373.

³⁷⁰ A. THÜNKEN, “Multi-State Advertising Over the Internet and the Private International Law of Unfair ...”, *loc.cit.*, p. 926 y p. 931 del Código Consolidado para la publicidad, p. 12; Siendo ambos objetivos muy ambiciosos; “Comunicación de la oficina de AUTOCONTROL”, del 16 de septiembre de 2011, disponible en: http://www.autocontrol.es/pdfs/NP_Nuevo_Codigo_CCI.pdf.

³⁷¹ C. WADLOW, “Unfair Competition in Community Law: Part.II...”, *loc.cit.*, p. 472, siendo esta otra de las numerosas diferencias para la armonización de la disciplina. Los países nórdicos y Dinamarca siempre han confiado en materia de protección de consumidores en instituciones de tipo extrajudicial, como por ejemplo, el *Ombudsman* a diferencia de otros Estados

227. No obstante, su eficacia empieza a cobrar sentido en cuanto se fueron presentando como un medio válido, eficaz y más rápido que las jurisdicciones ordinarias a la hora de resolver controversias relativas a infracciones de normas de competencia desleal entre consumidores y profesionales (*B2C*) e incluso entre profesionales (*B2B*).

228. En el “Libro Verde sobre la protección al consumidor en la Unión Europea” (2001³⁷²) se expresaba lo siguiente³⁷³: “Es posible que la acción regulatoria no sea la más idónea para muchos problemas, en cuyo caso la autorregulación puede alcanzar algunos de los objetivos de protección de los consumidores, de forma especial, en industrias que reconocen que comparten un gran interés por mantener la confianza de los consumidores y que pueden verse perjudicadas por oportunistas o comerciantes deshonestos”.

2. Cambio de paradigma tras el proceso de armonización material

A. Introducción de la autorregulación en la DPCD: motivos del legislador europeo

229. El legislador europeo consciente del éxito que estaban teniendo las organizaciones de tipo profesional en la UE en esta materia tomó muy en cuenta la inclusión de los mecanismos de autorregulación en la DPCD³⁷⁴.

230. Entendiendo que siempre ha existido una gran variedad de Códigos de conducta tanto nacionales, europeos e internacionales, sobre todo en materia de publicidad engañosa y comparativa siendo el ámbito en el que por tradición existen mucho más Códigos de conducta emanados de la autorregulación. De hecho, era la forma de control de prácticas comerciales desleales en el ámbito de la publicidad.

Empieza, de esta forma, a reflejarse en la UE esta interacción entre co-regulación y autorregulación haciendo fuerte la voz de los *lobbies* de Bruselas en la

europes; D. FITZGERALD, “Comparative Advertising in the United Kingdom”, *EIPR*, vol. 19, nº12, 1997, pp. 709-714, p. 712; En Suiza, se hace llamar *Commission on Fairness in Commercial Communication (Lauterkeitskommission)*.

³⁷² Casi coincidiendo con la entrada en vigor del “Tratado de Niza” (2004) el cuál refuerza la protección al consumidor y consolida esta política como tarea fundamental del legislador europeo de forma compartida con los legisladores nacionales de los EM.

³⁷³ COMISIÓN EUROPEA, “Libro Verde para la protección de los consumidores...”, *cit. supra*, p. 15.

³⁷⁴ F. CAFAGGI, “Private Regulation in European Private Law...”, *loc.cit.*, en VVAA, *Towards an European Civil Code...*, *op.cit.*, pp. 119-123, p. 121, considera que es muy importante poder diferenciar bien entre la corregulación y la autorregulación para evitar problemas de interpretación entre aquellos parámetros vinculantes en todos sus elementos de los que no lo son. En la autorregulación no existe la misma vinculación que en el proceso de corregulación.

materia para tutelar los intereses de los participantes en el mercado contra prácticas comerciales desleales.

231. De hecho, se dice que tras la promulgación de la DPCD, este mecanismo de la autorregulación se ha convertido ya de forma oficial en un medio eficaz alternativo a la jurisdicción ordinaria, especialmente los procesos de mediación en materia de consumo.

Consolida la violación o infracción de los estándares de conducta de los que un empresario o profesional estuviere adherido se deben reputar como una práctica comercial desleal que atenta contra la buena fe en el mercado y la diligencia debida que se exige que tengan en sus relaciones *B2C*³⁷⁵.

232. Opinión doctrinal sobre la eficacia de los mecanismos de autorregulación. Algunos autores, en especial, de la doctrina alemana, consideran que la ley no es suficiente para la prevención de comportamientos comerciales desleales y que estos mecanismos son válidos contra la lucha de la deslealtad en el comercio por su rapidez a la hora de paralizar comportamientos desleales³⁷⁶.

233. Opinión institucional. Esta idea se pone de relieve también por la Comisión Europea en los últimos informes relativos al estado de las normas de lealtad comercial en el mercado interior, en donde se destaca la importancia y la eficacia de la autorregulación en el ámbito de las prácticas comerciales desleales, sobre todo en las relaciones comerciales *B2B*³⁷⁷.

B. Organismos profesionales para el control de la autorregulación en la UE

³⁷⁵*Ibid.* (CAFFAGI), pp. 119-123. El autor además establece que al haber la DPCD otorgado a los Códigos de conducta esta vinculación, muchos de los EM han escogido medios de corte público para poder otorgar mayor fuerza a los mismos y que los profesionales adheridos sean sancionados en caso de incumplimiento.

³⁷⁶*V.gr.*, W. FIKENTSCHER, *et al.*, *FairEconomy: Crisis, Culture, Competition and ...*, *op.cit.*, p. 85.

³⁷⁷COMISIÓN EUROPEA, “Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre las reivindicaciones relativas a los productos basadas en criterios comunes en el ámbito de los cosméticos”, Bruselas, 19/09/2016, COM (2016), 580 final, pp 4-6, esp. p. 6, aunque la autorregulación no sustituye ni puede sustituir a la normativa, mediante la autorregulación se eleva el nivel de confianza de los participantes en el mercado, de forma más concreto, el nivel de confianza de los consumidores. Así mismo contribuye también a mejorar las lagunas legales que las normas no han podido regular; el informe hace referencia a otro Informe de la Comisión en el que se detallan los beneficios de la autorregulación en el marco de la co-regulación, “Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council and the Council: Better Regulation. Delivering better results from a stronger Union”, Brussels, 14/09/2016, COM (2016) 615 final, del programa “Legislar mejor”.

234. La *European Advertising Standards Alliance* (conocida como la EASA³⁷⁸) nace para tutelar la protección contra la deslealtad comercial y dar mayor efectividad al cumplimiento de los “Códigos de conducta” que realiza para controlar a los profesionales que estén adheridos a los mismos³⁷⁹.

Coordina y controla las diferentes oficinas que se encuentran establecidos en los EM, funcionando de esta forma como un medio de cooperación institucional entre organizaciones profesionales.

235. En España, por ejemplo, la asociación más importante que se ocupa de la autorregulación en la publicidad y el comercio electrónico, es la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial, conocida como “Autocontrol”. Sus principales actividades son promover la autorregulación en Europa, coordinar el sistema de reclamaciones transfronterizas, difundir el conocimiento sobre la autorregulación, facilitar la creación de sistemas de autorregulación publicitaria allí donde todavía no existen, y sustentar y apoyar la consolidación de los mecanismos de reciente creación.

236. De este organismo se destacan algunos códigos éticos de autorregulación, entre los más importantes en relación a la publicidad, el comercio electrónico y la competencia desleal, se encuentran el “Código de Conducta

³⁷⁸ Vid. por ejemplo la página web de este organismo europeo: <http://www.easa-alliance.org/>. Cada tres años edita lo que se conoce como “Blue Book”. Son guías de conducta, de autorregulación que se hacen comunes para toda la comunidad empresarial. Su fuerza vinculante se hace efectiva mediante la adhesión y el compromiso voluntario de cumplimiento por parte de estos profesionales; P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “Capítulo II.- Bienes inmateriales. Derecho de la competencia...” en J. C. FERNÁNDEZ ROZAS/R. ARENAS GARCÍA /P. A. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho de los negocios internacionales...*, op.cit., p. 143; J. MASSAGUER FUENTES, “Códigos de conducta y competencia desleal: aspectos sustantivos y procesales”, *InDret*, vol. 2/2011, pp. 1-39; un análisis observado desde la práctica sobre los “Códigos de conducta”, en Broseta Abogados, *Memento Dossier: Competencia desleal*, Madrid, Francis Lefebvre, 2011, pp.335-348; . art. 6.2.b de 29/2005/CE, el artículo encargado de introducir esta novedad para que los EM la incluyan en sus legislaciones. De una forma u otra los está reconociendo un valor imperativo, -y no sólo como una mera tarea de autorregulación entre privados-, cuando se pueden entablar acciones contra los empresarios o profesionales que incumplan los Códigos a los que están adheridos; N. IRÁKULIS ARREGUI/E. LEIÑENA MENDIZÁBAL, “Publicidad lícita y ética...”, loc.cit., pp. 76-77, sobre la crítica que la doctrina realiza acerca de que los Códigos de conducta en la UE deben estar regulados por cada EM respetando la diversidad cultural y social y no en manos de organismos europeos.

³⁷⁹ P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “Capítulo II- Bienes inmateriales. Derecho de la Competencia...”, loc.cit. p. 147; *Autocontrol*, Boletín Digital, nº 195, abril 2014: Como ejemplo de lo expuesto, el nuevo Proyecto de ley que reformará la Ley 34/2002, de Comercio electrónico y Ley General de Telecomunicaciones española, BOE, nº 166 de 12 de julio de 2002: Su nueva redacción mejora y fomenta el uso de los Códigos de conducta, que serán impulsados por las Administraciones públicas para su elaboración y puesta en práctica.

publicitaria” (2011)³⁸⁰, y el “Código Ético de Comercio Electrónico y Publicidad Interactiva de Confianza Online” (2005), entre otros muchos Códigos que ha publicado en línea con las premisas de la EASA³⁸¹.

237. Sus resoluciones tienen trascendencia entre los profesionales aunque los mismos pueden ser también, a la vez, demandados ante la jurisdicción ordinaria si no cumplen lo dispuesto en los Códigos de conducta de la organización tal y como establece la DPCD.

C. El asunto *TESCO* como supuesto de los mecanismos de autorregulación *B2B*

238. Resumen de los hechos. La cadena de supermercados inglesa *TESCO* fue demandado en Reino Unido³⁸² por no haber respetado las normas del Código de conducta del Reino Unido de 2009, *Groceries Supply Code of Practice* (en España, *Código de Buenas Prácticas*) por abuso competitivo en la cadena de suministro alimentario mediante la infracción de las normas del precitado Código (práctica prohibida de tipo *B2B*)³⁸³. Sin embargo, no fue sancionado por el organismo autoregulador del Gobierno británico, *a priori*, por falta de competencia del organismo regulador a la hora de la incoación del procedimiento administrativo investigador).

239. Este asunto marcó tendencia en el ámbito de las sanciones que se pueden llegar a establecer a los profesionales por violación o infracción de la lealtad

³⁸⁰ Siendo este un Código basado en el de la CCI sobre mercadotecnia y publicidad, tal y como dice en su página *web*, y tomando como ejemplo los principios básicos que derivan del de la CCI: veracidad, legalidad, honestidad y lealtad. Disponible en: http://www.autocontrol.es/pdfs/Cod_conducta_publicitaria.pdf

³⁸¹ P. A. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho privado de internet..., op.cit.*, dice que este Código obtuvo un distintivo público de confianza según el RD 1163/2005, de 30 de septiembre, por el que se regula el distintivo público de confianza en los servicios de la sociedad de información y de comercio electrónico así como los requisitos y el procedimiento de concesión.

³⁸² Puede consultarse la investigación realizada en el siguiente enlace proporcionado por el gobierno de Reino Unido y más concretamente por el *Grocery Code Adjudicator*, del 26 de enero de 2016, disponible en: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/494840/GCA_Tesco_plc_final_report_26012016_-_version_for_download.pdf y el comentario en español realizado en el blog jurídico de ROBLES MARTÍN LABORDA por I. HERRERA ANCHUSTEGUI, disponible en: <http://derechocompetencia.blogspot.com.es/2016/02/sobre-el-abuso-de-dependencia-economica.html> y también del mismo autor y en relación a los nuevos avances en materia de prácticas comerciales desleales en materia de suministro alimenticio (que se comenta más adelante en relación a las relaciones *B2B*) en el siguiente post: <http://derechocompetencia.blogspot.no/2015/12/sobre-el-abuso-de-dependencia-economica.html>

³⁸³ El citado Código puede consultarse en el siguiente enlace; <https://www.gov.uk/government/publications/groceries-supply-code-of-practice/groceries-supply-code-of-practice>;

en el mercado establecido en un Código de Conducta por organismos administrativos y no sólo de corte profesional.

240. El hecho destacable de este asunto fue que no se impuso una sanción económica sino la publicación de la investigación realizada por el organismo que sancionó a *TESCO*. El asunto como establece HERRERA, no será el único y puede que sea seguido de cerca por los organismos de vigilancia de suministro alimentario de otros Estados³⁸⁴.

D. Derecho de la competencia desleal español y autorregulación tras la transposición de la DPCD

241. En España, tras los cambios que la DPCD produce en la LCD española, se avanza en materia de autorregulación cuando se establece en su art. 21 en relación al art-5.2³⁸⁵, que se considerarán prácticas desleales engañosas: cuando afirmen sin verdad que el empresario o profesional esté adherido a un código de conducta; o, también en su apartado b), que el empresario diga que el “código de conducta” ha recibido un refrendo de un organismo público o cualquier tipo de acreditación, como el uso de “sellos de confianza”, que digan ser acreditados por organismos públicos o privados³⁸⁶.

242. Del artículo 37 se desprende que los organismos encargados de producir “Códigos de conducta”, deben establecer también sistemas de resolución de controversias de tipo extrajudicial mediante los ADR (métodos alternativos de resolución de controversias, como la mediación y el arbitraje). Incluyendo lo

³⁸⁴ I. HERRERA ANCHUSTEGUI, disponible en: <http://derechocompetencia.blogspot.com.es/2016/02/sobre-el-abuso-de-dependencia-economica.html>

³⁸⁵ La peculiaridad también está en que antes de interponer las acciones permitidas correspondientes por el incumplimiento del código de conducta debe ponerse en comunicación previamente con el órgano de control del mismo. Por ejemplo, el órgano de control de la CCI es el OAR (Órgano de auto-regulación) el órgano encargado de la interpretación de los códigos que hace la CCI. Sobre la práctica jurisprudencial en referencia a la importancia de los códigos de conducta puede verse, O. SORO RUSELL, “Veinte años de resoluciones judiciales civiles y mercantiles españolas en materia de códigos de conducta: una repercusión todavía muy limitada”, disponible en: http://eprints.ucm.es/10301/1/Veinte_a%C3%B1os_de_jurisprudencia_espa%C3%B1ola_en_materia_de_c%C3%B3digos_de_conducta.pdf. También, hay que tener en cuenta que antes de la nueva regulación de competencia desleal, los códigos de conducta ya se habían valorado de forma legislativa en otras normas sectoriales como por ejemplo, el artículo 18 de la Ley 32/2002 de 11 de enero sobre servicios de la sociedad de información y comercio electrónico, modificada por una Ley posterior, la Ley 56/2007 de Medidas de Impulso a la Sociedad de la Información, entre otras. Dándoles una cierta experiencia y valor antes que lo hiciese la Directiva sobre “prácticas comerciales desleales” y consecuentemente la LCD española.

³⁸⁶ Art. 21 de la Ley 3/1991; B. TORRUBIA CHALMETA, “La infracción del derecho de marca en internet”, *IDP*, nº9, 2009, pp. 1-19, pp. 14-15; J. FERNÁNDEZ BAÑOS, “Autorregulación y competencia desleal en el sector alimentario español”, *Diario La Ley*, nº 8899, enero 2017.

establecido por la DPCD que fue propuesto, con anterioridad, en la Resolución que la Comisión europea hizo en el año 2000³⁸⁷.

243. Laguna específica de la autorregulación en España. La norma que sanciona como supuesto especial de deslealtad competitiva, el incumplimiento de los Código de conducta o Sellos de garantía por parte del empresario adherido a uno de los mismos, no ha recogido supuestos en los que el empresario o profesional no esté adherido a un código ético de conducta de algún organismo autorregulado en su sector de mercado o publicidad pero declare que sí está adherido al mismo. Una situación que no parece desprenderse de la norma tenga cobertura actual.

244. Solución actual: ambos comportamientos parecen entenderse que son prácticas engañosas contra los consumidores tipificadas en la nueva LCD³⁸⁸, aunque exista este “vacío legal”.

Se ha propuesto que atendiendo a que esta conducta puede ser considerada grave contra el deber de lealtad y diligencia debida que tienen los profesionales en el mercado en el ejercicio de su derecho a competir, podría entonces acudir a la cláusula general de la LCD para incluir la conducta engañosa.

245. El art. 39 establece el sistema de acciones previas frente a empresarios y profesionales adheridos a códigos de conducta. Este particular está en relación al art. 37.4 de la LCD que obliga a los organismos auto-reguladores a establecer sistemas de resolución de controversias de forma extrajudicial³⁸⁹.

246. En estos casos, cabe la duda de si podrían demandarse aquellos profesionales que jamás se adhirieron a estos estándares.

Desde un punto de vista negativo y menos integrador de la norma y acercándonos a la posición de un sector de la doctrina mercantilista española³⁹⁰,

³⁸⁷ Cf. Documento de trabajo de la Comisión sobre la creación de una red extrajudicial europea (RED-EJE) SEC 2000, 405 final; E. F. PÉREZ CARRILLO, “Resolución alternativa de litigios en materia de consumo en Europa: visión general y algunas novedades”, disponible en: http://www.consumo-inc.gob.es/publicac/EC/2001/EC59/Ec59_13.pdf.

³⁸⁸ Capítulo V de la LCD 2009 de los art. 37 a 39. Es interesante destacar que el artículo 38 establece un catálogo de acciones contra los mismos códigos de conducta que fomenten, impulsen o recomienden conductas desleales o ilícitas; y, el artículo 39, acciones contra empresarios y profesionales adheridos a códigos de conducta, esto es, frente a los mismo profesionales que no cumplen el código ético de conducta.

³⁸⁹ *Dossier Competencia desleal. Memento...., op. cit.* pp. 346 y ss. Es necesario tener presente que, además, antes de interponer demanda por incumplimiento de un código de conducta hay que plantear la reclamación (sinecuario o no) formular una reclamación ante su órgano de control. La ley establece que en unos casos será obligatorio y en otros el consumidor puede elegir entre acceder a la vía extrajudicial o la judicial, teniendo la posibilidad de elegir el medio por el cual quiere hacer efectiva su reclamación y la protección de sus derechos.

³⁹⁰ Vid. C. LEMA DEVESA, “El engaño publicitario al consumidor...”, *loc.cit.*; C. LEMA DEVESA (dir.)/B. PATINO ALVES (coord.) *et al.*, *Prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores y competidores: régimen legal tras la reforma introducida por la Ley 29/2009*, Hospitalet de Llobregat (Barcelona), Bosch, 2012.

pareciera que esta cuestión se llevó a cabo para desincentivar (que puede ser debido a la falta de confianza en seguridad jurídica) el uso y empleo de los mecanismos de la autorregulación para resolver los conflictos en materia de publicidad ilícita y también ciertos actos de competencia desleal.

III. Otros mecanismos de la autorregulación: Responsabilidad Social Corporativa (RSC)

1. RSC y ética en el ámbito de los negocios internacionales

247. La RSC se vincula a la ética en los negocios internacionales, en cuanto ha emanado precisamente de los usos comerciales entre profesionales, formando parte intrínseca de los sistemas de autorregulación o *soft law* en el ámbito del Derecho de los negocios internacionales³⁹¹.

248. Se constituye en instrumentos que reflejan cuestiones de “imagen pública” de las empresas³⁹², integrando en sus conceptos alto contenido ético: esto es, conceptos de tipo filosófico y moral que las normas contra la competencia desleal han objetivado³⁹³.

249. Doctrina. Algunos tratadistas de ética empresarial consideran que su importancia en el control de las conductas comerciales desleales en el comercio internacional es cada vez mayor, y por ende, debe empezar a darle más valor en los tribunales para controlar la deslealtad competitiva e infracciones serias a derechos de tipo fundamental³⁹⁴.

³⁹¹ I.W.JONES/ M. G. POLLITT, “Ethical and Unethical Competition: Establishing the Rules of Engagement”, *Long Range Planning*, vol. 31, 1998, pp. 703-710, interesa el análisis que los autores realizan sobre este aspecto en base a seis casos reales que muestran cada uno de ellos, la eficacia o no de este tipo de responsabilidad vinculada a los Códigos de conducta.

³⁹² Este aspecto fue considerado con mayor fuerza tras el “Acuerdo de Cotonú”, acuerdo 2005/483/CE de Asociación entre los Estados de África, del Caribe y del Pacífico, por una parte, y la Comunidad Europea y sus Estados miembros por otra, firmado en Cotonú el 23 de junio de 2000, *DOCE*, L 137, 15/12/2000; F. HENNING-BODEWIG, “TRIPS and Corporate Social Responsibility...”, *loc.cit.*, en H. ULLRICH/R. HILTY/M. LAMPING/J. DREXL (eds.), *TRIPS plus 20: from Trade Rules to Market ...*, *op.cit.*, pp. 702-703, según la autora y de acuerdo con lo estableció en el asunto *Kasky vs. Nike*, es el derecho que una compañía tiene a mentir (*corporate right to lie*). A pesar que este derecho puede ser considerado un acto de competencia desleal en numerosas jurisdicciones; y p 704, dónde considera que existen dos tipos de RSC (debido a que el término dado por las organizaciones internacionales es muy amplio). La RSC “oficial” que emana de organizaciones internacionales como la OCDE o el OIT, para promover el “Buen Gobierno y la “privada” que emana de las propias empresas.

³⁹³ *Vid.* J. I. RUIZ PERIS, “El laberinto de la cláusula general de la Ley de Competencia Desleal...”, *loc.cit.*, p. 448, este aspecto está relacionado en el ámbito de la UE con el concepto de “diligencia profesional” que introdujo la cláusula general de la DPCD y también, en cierta medida con el término, “prácticas honestas” del art. 10 *bis* CUP, que, juega un papel muy relevante en el ámbito de los Códigos de conducta en este nivel transnacional.

³⁹⁴ M. A. DÍAZ MIER, “Ética empresarial internacional”, *ICE*, n° 823, 2005, pp.69-86,p. 75; A. RUGMAN/S. COLLINSON, *International Business*, 5ªed., Edinburgh, 2009; J. D.

2. RSC y relación con el Comercio internacional institucionalizado

250. Ahora bien, el problema es determinar si bajo lo dispuesto en el ADPIC y el sistema GATT existe cobertura para poder sancionar a las empresas que incumplen estos estándares éticos de buena conducta considerando la posición que tiene el art. 10 *bis* CUP en el ADPIC y en algunos Códigos de conducta³⁹⁵.

Dicho de otra forma, si la RSC puede ser considerada “jurídicamente vinculante” en materia de actos y prácticas comerciales desleales, siendo este aspecto uno de los más controvertidos debido a que emana de la misma política de *compliance* de la empresa pero no de un organismo profesional que ejerce el control debido sobre este *compliance* “autoimpuesto”.

251. Es decir, que ser responsable socialmente no sólo significa cumplir con las obligaciones jurídicas sino también con otras obligaciones, como es el respeto en las relaciones con los otros participantes del mercado (y no realizar actos de competencia desleal). Sobre todo, por el respeto a una serie de derechos fundamentales entre ellos, el cuidado del medio ambiente y la salud pública, entre otros que se encuentran tutelados por normas de tipo constitucional³⁹⁶.

RENDTORFF, *Responsability, Ethics, and Legitimacy of Corporations*, Copenage, Copenhagen Business School Press, 2009; también, G. JACKSON, “A Socio-Political Perspective on Corporate Social Responsibility: Understanding Regulatory Substitution and the Persistence of Irresponsibility”, en R. HILTY/F. HENNING-BODEWIG (eds.), *Corporate Social Responsibility...*, *op.cit.*, pp. 19-31; A. JACQUEMIN, “Objetivos e instrumentos de la política europea de la competencia después de 1992...”, *loc.cit.*, en C. MARTÍN (coord.), *Política industrial, teoría y práctica...*, *op.cit.*, p. 112: “Las leyes correspondientes tienen la finalidad de asegurar que los competidores compitan de manera justa y lleven a cabo sus funciones sociales de acuerdo a un código ético de conducta. El criterio de ética comercial juega un papel importante en el desarrollo de dicho código de prácticas comerciales honestas, pero viene determinado en último término por el sentido común de los tribunales”; M.J. ELVIRA BENAYAS, “¿La infracción de la responsabilidad social corporativa puede generar responsabilidad extracontractual”, *AEDIPr*, t. XI, 2011, pp. 717- 725. Sobre el adjetivo “social”, la autora pone de manifiesto que no es pacífico su uso; de nuevo, R. JENKINS, “Corporate Codes of Conduct. Self-regulation in a Global ...”, *loc.cit.*, p. 13; T. COTTIER/G. WERMELINGER, “Implementing and Enforcing Corporate Social Responsibility: The Potential of Unfair Competition...”, *loc.cit.*, en R. HILTY/F. HENNING-BODEWIG, *Corporate Social Responsibility...*, *op.cit.*, pp. 81-97; J. M. DE LA CUESTA RUTE/E. NÚÑEZ RODRÍGUEZ, “Sobre la autorregulación de la publicidad y la competencia mercantil”, *Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia*, 2007, pp. 95 – 128.

³⁹⁵ *Ibid* (HENNING BODEWIG, “TRIPS and...”)

³⁹⁶ C. OTERO GARCÍA CASTRILLÓN, “El DIPr de la UE en la determinación de la responsabilidad civil por daños al medio ambiente”, *IHLADI*, 2013, pp. 367-400, pp. 6-7 (versión ucprints), resaltando también, la importancia cada vez mayor de la RSC, especialmente por el cuidado que deben tener con las cuestiones del medio ambiente; G. JACKSON, “A Social-Political Perspective on Corporate Social Responsibility...”, *loc.cit.*, en R. HILTY/F. HENNING-BODEWIG, *Social Corporate Responsibility...*, *op.cit.*, p. 27, si se le otorga mayor relevancia se evitarían determinadas conductas como el *greenwashing*.

252. Por ello, se dice por los autores que, en realidad, lo relevante de la RSC es que incluye el respeto de los derechos humanos como los derechos laborales en el tercer mundo, entre otras cuestiones de interés y estos aspectos no son ajenos a las normas del comercio internacional, puesto que la tutela que se realiza al mercado en conjunto abarca estas cuestiones³⁹⁷.

253. De otro lado, es cierto que en muchas ocasiones es difícil para las empresas determinar dónde recaen sus competencias con respecto a las legislaciones nacionales y como asegurar que sus redes de suministro y socios comerciales también cumplen con los derechos humanos.

254. De esta forma se ha solicitado que los legisladores nacionales e internacionales refuercen los mecanismos de tutela y aplicabilidad en materia de autorregulación y, sobre todo, en cuestiones de RSC, complementando y fomentando con ello, la introducción de niveles de protección más elevados³⁹⁸.

A. Artículo XX GATT: relación con la RSC y la competencia desleal

255. Existe mucha controversia en el ámbito OMC si bajo el “principio de no discriminación”, los Estados parte están capacitados para legislar sobre determinados aspectos del art. XX GATT, que implica la protección al medio ambiente y el cumplimiento de condiciones sobre estándares de tipo laboral que entroncan con la protección a ciertos derechos humanos, una cuestión que está todavía abierta a numerosos debates³⁹⁹.

³⁹⁷ Vid. R. JENKINS, “Corporate Codes of Conduct. Self-regulation in a Global...”, *loc.cit.* 1-47; E. U. PETERSMANN, “Human Rights and the Law of the World Trade Organization”, *Journal of World Trade*, vol. 37, 2003, pp. 241-281; Comisión Europea, “Libro Verde: fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas”, COM (2001), 366 final, Bruselas, 18/07/2001, ya definía que incluso la responsabilidad social de las empresas tiene un valor económico directo en la economía globalizada. Siendo parte de la estrategia de inversión en el núcleo de la estrategia empresarial y su gestión y actividades. Y, como medio para demostrar que las empresas realizan prácticas “socialmente responsables”. Sobre la relación con los derechos humanos, el Libro Verde destaca que esta relación se encuentra también en las relaciones de suministro mundiales (p. 14) por la relación con la Declaración Tripartita de la OIT y las *Guidelines* de la OCDE.

³⁹⁸ Comisión de las Comunidades Europeas, “Libro Verde: Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas”, Bruselas, 18.07.2001, COM (2001) 366 final, pp.13-15, párrafo 52: “Una de las dimensiones de la responsabilidad social de las empresas está estrechamente vinculada a los derechos humanos, sobre todo por lo que respecta a las actividades internacionales y las cadenas de suministro mundiales. Esto se reconoce en instrumentos internacionales (...). Los derechos humanos son una cuestión muy compleja que plantea problemas políticos, jurídicos y éticos” y párrafo 56.

³⁹⁹ T. COTTIER/G. WERMELINGER, “Implementing and Enforcing Corporate Social Responsibility: The Potential of Unfair Competition Rules in International Law”, en R. HILTY/F. HENNING-BODEWIG, *Corporate Social Responsibility...*, *op.cit.*, pp. 81-97, p. 82; E.U.

256. Tampoco la relación entre el comercio y los derechos humanos está limitada para que pueda llegar a ser una de las excepciones del artículo XX GATT, en el sentido de buscar la responsabilidad por incumplimiento en la aplicación del artículo 10 *bis* CUP y su relación con el cumplimiento forzoso de los Códigos de conducta como complemento a las legislaciones nacionales⁴⁰⁰.

257. Este aspecto depende de los Estados puesto que los operadores jurídico privados no tienen acceso al mecanismo de resolución de controversias de la OMC, aunque la OMC de forma indirecta, podría ayudar a mejorar el rol de los tribunales a la hora de hacer cumplir y respetar estos estándares de conducta de los operadores jurídico privados, el problema de nuevo reside en la controversia sobre la aplicación directa o no del artículo 10 *bis* CUP por los tribunales nacionales⁴⁰¹.

258. En este particular, los Códigos de conducta y la RSC de las empresas puede ser de gran valor, si se considera que complementan las lagunas que existen en el ámbito del comercio multilateral⁴⁰². No obstante, por el lado negativo, está

PETERSMANN, “Human Rights and the Law of the World Trade ...”, *loc.cit.;id.* “Time for integrating Human Rights into the Law of Worldwide Organizations: Lessons from European Integration Law for Global Integration Law”, *Jean Monnet Working Paper*, nº7/01, 2002.

⁴⁰⁰*Ibid* (COTTIER /WERMELINGER) p. 95; el art. XX GATT reza así: “A reserva de que no se apliquen las medidas enumeradas a continuación en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta al comercio internacional, ninguna disposición del presente Acuerdo será ininterpretada en el sentido de impedir que toda parte contratante adopte o aplique las medidas: a) necesarias para proteger la moral pública; b) necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales; d) necesarias para lograr la observancia de las leyes y de los reglamentos que no sean incompatibles con las disposiciones del presente Acuerdo, tales como las leyes y reglamentos relativos a la aplicación de medidas aduaneras, el mantenimiento en vigor de los monopolios administrados de conformidad con el párrafo 4 del art. II y con el artículo XVII, (...); i) que impliquen restricciones impuestas a la exportación de materias primas nacionales, que sean necesarias para asegurar a una industria nacional de transformación de suministro (...) y de que no vayan en contra de las disposiciones del presente Acuerdo relativas a la no discriminación

⁴⁰¹*Ibid*. p. 95, dando fuerza en concreto al artículo 10 *bis* párrafo 3.

⁴⁰²*Ibid*. (COTTIER/WERMELINGER), p. 87; “*Recourse to unfair competition law in the context of CSR responsibility is still in its infancy*”. De hecho, los autores consideran que este sector y la relación con la competencia desleal es un campo bastante interesante y poco explotado como posibilidad contra la competencia desleal. Así, por ejemplo, el caso *Kasky v. Nike* de nuevo muestra las debilidades en esta relación todavía nacente; P. CUSTER, “Disciplining Private Food Standards Through WTO Law? An attempt to go Beyond the SPS and TBT Agreement Debate”, *NCCR Working Paper* n1 2013/45, 2013, la autora también pone de relieve la falta de tratamiento del artículo 10 *bis* CUP en el ámbito OMC (en el mismo sentido que pusimos de relieve en el epígrafe III, apartado 1.B). Su desarrollo podría favorecer a reforzar la lucha contra las prácticas comerciales desleales en la OMC a través de un reforzamiento de los estándares privados que se ven limitados también por las normas materiales nacionales de competencia desleal.

empezando todavía a desarrollarse en totalidad en el ámbito de la competencia desleal que abordamos⁴⁰³.

B. Artículo 10 *bis* CUP –Tratado ADPIC

259. Siendo un instrumento eficaz en la represión de conductas comerciales desleales si se dotase de mayor fuerza vinculante a la RSC y a los Códigos de Conducta no pueden dejarse de explorar las posibilidades que a través de la correcta aplicación del artículo 10 *bis* CUP, para exigir el cumplimiento de los estándares de conducta de estos códigos y de la RSC.

260. Solución parcial. ¿Cómo puede relacionarse la RSC con los parámetros dados por el legislador internacional y hacerla más efectiva contra la competencia desleal?

Si el artículo 10 *bis* CUP conlleva en sí mismo la tutela contra “toda conducta contraria a la buena fe” y la infracción de un Código de conducta o de la misma RSC de la empresa se considera mediante interpretación extensiva del artículo 10 *bis* ADPIC como un acto de competencia desleal en el mercado internacional, podría mejorarse la fuerza vinculante de estos mecanismos, en el Derecho mercantil internacional⁴⁰⁴.

261. No existe argumento en contra hasta el presente momento que impida aplicar el artículo 10 *bis* CUP y su espíritu a este particular. De hecho ya se ha propuesto por autores como COTTIER/WERMELINGER que se use este resorte para cubrir las lagunas que existen en las legislaciones nacionales en relación al mandato a las empresas de cumplir con sus compromisos RCS o con los Códigos de conducta a los que estén adscritos⁴⁰⁵.

⁴⁰³ Aunque en cada vez mayor medida existen páginas web en donde se informa sobre esta relación a los consumidores, profesionales y firmas de abogados, *vid.v. gr.*: el portal del Derecho de la competencia de CONSULEGIS (hecho por diferentes firmas de abogados de Francia, Alemania y Polonia), <http://uclp.eu/about-the-project>

⁴⁰⁴ *Vid.* T. COTTIER/A. JENIC, “The Protection Against Unfair Competition in WTO Law...”, *loc.cit.*, en J. Drexler (ed.) *et al.*, *Technology and Competition. Technologie et Concurrence...*, *op.cit.*, pp. 692-693: “Any act of intentional deviation from operating in the manner that was promoted and should therefore, be considered as deceptive. Such conduct goes to the heart of dishonest practice and consumer deception as addressed by Article 10 *bis* of the Paris Convention. Companies should not be allowed to adopt codes of conduct purely for marketing reasons”.

⁴⁰⁵ T. COTTIER/G. WERMELINGER, “Implementing and Enforcing Corporate Social Responsibility...”, *loc.cit.*, en R. HILTY/F. HENNING-BODEWIG (eds.), *Corporate Social Responsibility...*, *op.cit.*, p. 94. Incluso poder llevar ante el órgano de controversias de la OMC a estos Estados que han fallado en su obligación de introducir estos parámetros en sus legislaciones: “A WTO Member that is not providing principles and rules suitable to enforce CSR commitments made by private companies may be challenged and called upon to defend its legislation before a panel and the Appellate Body, both of which are mandated to assess compatibility of domestic legislation with Obligations under WTO Law” ; Defendiendo la posición del art. 10 *bis* CUP en elADPIC mediante el analizado art. 2.1 ADPIC.

262. De hecho, ya se ha analizado en el ámbito del Código Consolidado de la CCI, la misma CCI basa sus estándares contra la publicidad ilícita en el contenido del art. 10 *bis* CUP.

El problema que se encuentra es la relación intrínseca que existe con la protección de los derechos humanos como se ha afirmado con anterioridad, en concreto con la libertad de expresión⁴⁰⁶ que se encuentra en una posición todavía sin resolver en cuanto a la competencia desleal así como también, la falta de eficacia cuándo se intentan hacer cumplir a las empresas ante los tribunales.

3. Análisis de los casos Kasky y Lidl para valorar la eficacia de la RSC como medio disuasorio contra la competencia desleal

263. Este hecho se prueba a través de los pocos casos y jurisprudencia con los que contamos a nivel transnacional y nacional⁴⁰⁷.

Son ejemplos de cómo se ha tratado el problema del cumplimiento de la RSC de las empresas cuando han atentado contra parámetros establecidos en el Comercio internacional, en Estados Unidos, el asunto *Kasky vs. Nike* y, de otro lado en la UE, el asunto *Lidl*⁴⁰⁸. En ambos supuestos, dos multinacionales fueron demandadas por competencia desleal y a la vez por incumplimiento de su RSC y Códigos de conducta.

A. Caso *Kasky*

264. Resumen de los hechos. La compañía *Nike* fue demandada por un particular (sr. *Kasky*) por haber incumplido sus propios estándares de RSC y, por ende, haber realizado afirmaciones falsas y engañosas pudiendo considerarse actos de competencia desleal. *Nike* había creado una suerte de “talleres clandestinos” (*sweated labour*) en Indonesia, China y Vietnam realizando a su vez una especie de

⁴⁰⁶ C. I. CORDERO ALVÁREZ, *La protección del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen en el tráfico privado internacional...*, *op.cit.*

⁴⁰⁷ J. STUYCK, “Corporate Social Responsibility-Standards...”, *loc.cit.*, en R. HILTY / F. HENNING BODEWIG, *Corporate Social Responsibility...*, *op.cit.*, p. 227, al menos en los dos países que analiza, Francia y Bélgica.

⁴⁰⁸ Asunto *Kasky vs. Nike* (27Cal.4th 939 2002), en cuanto la Corte de California entendió que no existió publicidad engañosa por parte de Nike, puesto que el mero hecho de estar adheridos a un “código de conducta” y no cumplirlo en determinados momentos, no era desleal. El asunto *Kasky vs. Nike* está disponible en: <http://scocal.stanford.edu/opinion/kasky-v-nike-inc-32202> ; T. COTTIER/ G. WERMELINGER, “Implementing and Enforcing Corporate Social Responsibility”, en R. HILTY/ F. HENNING-BODEWIG, *Corporate Social Responsibility. Verbindliche Standards des Wettbewerbsrechts?*, MPI Studies on Intellectual Property and Competition Law, n°21, Munich, Springer, 2014; J. FISCHER, “Free Speech to have sweatshops? How *Kasky v. Nike* might provide a useful tool to improve sweatshop conditions”, *Boston College Third World Law Journal*, vol. 26, n°2, 2006, pp. 267-310, sobre los talleres clandestinos.

dumping social e incumpliendo de esta forma las normas contra la competencia desleal del Estado de California en cuanto consideran que la violación de los Códigos de conducta de una empresa son competencia desleal. En el asunto *Nike* se planteó además una acción pública⁴⁰⁹.

265. El asunto a su vez tenía relación con la posible infracción a la libertad de expresión, y por ende, a un derecho fundamental, teniendo en cuenta que estos límites permanecen todavía difusos en el comercio internacional. No obstante, se trató el asunto desde el ámbito de la publicidad ilícita, en donde la relación con las prácticas comerciales desleales es total y no caben dudas⁴¹⁰.

B. Caso *Lidl*

267. Resumen de los hechos. En el asunto *Lidl*⁴¹¹, se demandó a esta empresa alemana de supermercados por haber incumplido los estándares de protección del Código de la asociación profesional donde estaba adherida, el *Business Social Compliance Initiative*, que intenta mejorar las condiciones de los trabajadores en toda su cadena global de distribuidores y proveedores.

Tal Código de conducta coincide se desarrolló de conformidad con los estándares generados por la OIT en el respeto de derechos laborales de tipo fundamental.

⁴⁰⁹ Aunque no se ha mencionado, esta clase de *dumping* está también regulado y controlado en el ámbito GATT (artículo VI del Código antidumping.) El *dumping* social está muy relacionado a su vez con la infracción de estándares de tipo laboral y normas administrativas como las normas de la SS e incluso también normas de extranjería a nivel internacional, así por ejemplo, el mismo artículo 15.3 LCD española lo regula como la obtención de ventaja competitiva en el mercado por violación de normas: “Igualmente, en el marco de lo dispuesto en el art. 2, se considera desleal la contratación de extranjeros sin autorización para trabajar obtenida de conformidad con lo previsto en la legislación sobre extranjería”.

⁴¹⁰ Vid. sección 1º, de los solapamientos con otros cuerpos jurídicos. Es el TEDH el que incluso considera que sean los tribunales nacionales los que establezcan las valoraciones, T. COTTIER/A. JETVIC, “The Protection Against Unfair Competition in WTO Law...”, *loc.cit.*, en J. DREXL, *Technology and Competition. Technologie et concurrence...*, *op.cit.*, p. 694; E.U. PETERSMANN, “Time for integrating Human Rights into the Law of Worldwide Organizations...”, *loc.cit.*; “Apart from a few exceptions (notable in ILO, UNESCO, and WHO rules), human rights were not effectively integrated into the law of most worldwide organizations so as to facilitate functional international integration (such as liberalization of trade and payments) notwithstanding different views of governments on human rights and domestic policies (such as communims)”.

⁴¹¹ Asunto “Agencia para la protección del consumidor de Hamburgo”, *Clean Clothes Campaign* y Centro Europeo de Derechos humanos y constitucionales c. *Lidl*, 2010. Toda la información del caso disponible en: https://www.ecchr.eu/en/our_work/business-and-human-rights/working-conditions-in-south-asia/bangladesh-lidl.html ; F. HENNING BODEWIG, “TRIPS and Corporate Social Responsibility: Unethical Equals Unfair Business ...”, *loc.cit.*, en H. ULLRICH/R. HILTY/M. LAMPING/J. DREXL,(eds.), *TRIPSplus 20...*, *op.cit.*, pp. 707-708.

268. A pesar que los miembros de este Código no están obligados o vinculados a garantizar estos principios contenidos en el mismo, *Lidl* fue obligada a respetarlos en su página *web*, dado que la campaña que *Lidl* estaba realizando se podía considerar engañosa para los consumidores, y reputada como desleal, cuando les hacía creer que las condiciones laborales de sus fábricas en Bangladesh sobre textiles cumplían los requisitos de la OIT y respetaba de esta forma su política de *compliance*⁴¹².

269. Por lo que fue obligado a respetar su propio Código de conducta y política de *compliance* atendiendo a que si no se le obligaba a respetarlo tras la denuncia, se le permitía realizar una práctica comercial desleal en contra de los consumidores y el mismo mercado.

⁴¹²*Vid. C. MÜLLER-HOFF/M. SAAGE MAASS, “Fair Competition; Complaint Filed by Consumers in Germany in Defense of Workers’ Rights in Sout East Asia”, ECCHR, 2010.*

CAPÍTULO II

DERECHO DE LA LEALTAD COMERCIAL EN EL DERECHO INSTITUCIONAL Y EN EL MERCADO INTERIOR EUROPEO

SECCIÓN I.- LEALTAD EN LAS TRANSACCIONES COMERCIALES EN EL DERECHO ORIGINARIO EUROPEO

I. Mercado interior, libertades de circulación y competencia desleal

1. Configuración sui generis del legislador europeo del Derecho de lealtad comercial

1. La configuración de la “lealtad” de las transacciones comerciales (desde la integración negativa - dimensión jurídico pública) y la lucha contra la competencia desleal (desde la integración positiva - dimensión jurídico privada) en el mercado interior europeo es una configuración diseñada a medida para este espacio por el legislador europeo.

2. De otra forma, que esta configuración está adaptada a las necesidades jurídicas, políticas y económicas correspondientes a los procesos de integración europea para el desarrollo del mercado interior y su buen funcionamiento⁴¹³.

⁴¹³ El término aparece reflejado en el “Preámbulo del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea” (TFUE), y el Protocolo nº 27 del TUE (Protocolo sobre mercado interior y competencia), pero no en las disposiciones del Tratado puesto que fue eliminada la referencia a la competencia leal; P. RODRÍGUEZ MATEOS, *Sistema de mercado y tráfico internacional de mercancías*, Madrid, La ley, 1992, pp. 104-106; H. BAYLOS CORROZA, *Tratado de Derecho industrial...*, op.cit., p. 412; M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence interne et européenne*, 6ª ed., París, Sirey Université, Dalloz, 2014, p. CXLVIII; Autores que están en contra de la expresión “lealtad en las transacciones comerciales” para referirse a este cuerpo normativo: S. ENCHELMAIER, “Article 36 TFUE: General”, en P. OLIVER (ed.), *Free movement of Goods in the European Union*, 5ª ed., Oxford/Portland, Hart Publishing, 2010, pp. 215-311, p. 297, el término *prevention of unfair competition*, según el autor es más adecuado que la expresión *fairness of commercial transactions*, que el TJUE empleó por vez primera en el asunto *Cassis de Dijon*; J. GLÖCKNER, “The Scope of Application of the UCP Directive: I know You Did Last Summer”, *IIC*, vol. 41, n.º 5, 2012, pp. 570-592, p. 572; C. WADLOW, *The Law of Passing off: Unfair Competition by Misrepresentation*, London, Sweet & Maxwell, 2011, pp. 822-824; aseverando la falta de concretismo del término “competencia leal” pero reconociendo su extenso uso en el Derecho derivado aparte del Derecho originario de la UE, puede verse, pto.88, de la Conclusiones del AG sr. MENGOZZI en el asunto *Fonnskip A/Sc. Svenska y SEKO* (C-83/13) y Considerandos 7º y 8º del Reglamento 4055/86 relativo a la aplicación de la libre circulación de servicios al transporte marítimo; en el asunto *Déserbais* (C- 286/86), en el que el AG sr. Slynn,

Institución de Derecho privado con matices de Derecho privado institucional. El término “lealtad” en las transacciones comerciales observado desde la dimensión jurídico pública e incluso la dimensión jurídico privada en el mercado interior, implica algo más que la lucha contra prácticas y actos comerciales desleales que se desarrollan en el ámbito privado⁴¹⁴. A pesar que sigue siendo considerada por el legislador europeo una institución de Derecho privado⁴¹⁵.

A. Control de la “lealtad comercial” en el mercado interior desde el Derecho originario

3. El respeto por las transacciones comerciales en este espacio económico tan singular, en el que las normas contra la competencia desleal de los EM pueden obstaculizar y perjudicar las transacciones comerciales de sus propios operadores jurídico privados y el comercio transfronterizo entre los Estados, comienza por determinar una tutela lo más uniforme posible⁴¹⁶.

consideró que no era adecuado por ejemplo, usar el término “práctica leal y tradicional” en un asunto que se relacionaba con el artículo 30 del TCE, siendo estos términos también usados en varios asuntos, como el asunto *Prantl* (C-16/83) o el asunto *Miró* (C-182/84); A. BERCOVITZ, “La propiedad industrial e intelectual en el Derecho comunitario”, en E. GARCÍA DE ENTERRÍA/J.D. GONZÁLEZ CAMPOS/S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho comunitario europeo (Estudio sistemático desde el Derecho español)*, t. II, Madrid, Civitas, 1986, p. 596: “ (...) bien es cierto que la terminología utilizada no menciona la protección contra la competencia desleal, como categoría tradicionalmente acuñada, sino que se emplean expresiones que son equivalentes, tales como la referencia a la “lealtad en las transacciones comerciales”, p. 597: “El hecho de que no se acoja la referencia a la normativa sobre competencia desleal como base suficiente para justificar restricciones a la libre circulación de mercancías tiene una trascendencia que excede a la pura terminología”

⁴¹⁴ K.J.M. MORTELMANS, “The functioning of the Internal Market: The ...”, *loc.cit.*, en P.J.G. KAPTEYN (ed.), *The law of the European Union and the European Communities...*, *op.cit.*, pp. 575-785; R. GARCÍA PÉREZ, *Libre circulación de mercancías y competencia desleal...*, *op.cit. supra*.

⁴¹⁵ A. KACZOROWSKA, *European Union Law*, 3ª ed., Abingdon, Routledge, 2013, p. 477.

⁴¹⁶ S. LEIBLE, “Competencia desleal y derecho de la Unión Europea. ¿Hacia dónde nos dirigimos”, *Comentarios de jurisprudencia europea e internacional*, *ADI*, t. XVI (1994-95), pp. 345-372, p. 345, “Las normas sobre competencia desleal de los Estados miembros también pueden perjudicar las libertades del Tratado CE, en particular las libertades de circulación de mercancías y servicios”; K. BEIER, “Propiedad industrial y libre circulación de mercancías en el mercado interior y en el comercio con terceros Estados”, *RGD*, nº 549, 1990, pp. 4507-4535, p. 4508 y pp. 4520-4521; P. OLIVER *et. al.*, *Oliver on Free Movement of Goods in the European Union*, 5ª ed., Oxford/Portland/Oregon, Hart Publishing, 2010, p. 4; P. CRAIG, “The evolution of the Single Market”, C. BARNARD, (ed.) en *The law of the European Single Market: Unpacking the premises*, Oregon, Hart Publishing, 2002, pp. 1-41; H. ULLRICH, “Anti-Unfair Competition Law and Anti-Trust Law: A Continental Conundrum?” *EUI WP LAW*, 2005/01. p. 20; art. 3 TUE; El artículo 26, en su apartado 2 del TFUE; G. GARRETT, “International Cooperation and institutional choice: European Community internal market”, *International Organization*, vol. 46, nº 2, 1992, pp. 533-560; M.V. FOURGOUX JEANNIN, “La construcción europea de la autonomía del Derecho alimentario” en, L. A. BOURGES (coord.) *et al.*, *UE: Sociología y Derecho alimentarios: Estudios jurídicos en Honor de Luis González Vaqué*, 1ª ed., Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2013, pp. 65-84; en el ámbito de la jurisprudencia del

4. Por ello, también se ha relacionado su función en el mercado interior con la caída de barreras comerciales y con los obstáculos técnicos al comercio y con ciertas discriminaciones establecidas en las legislaciones comerciales de los EM⁴¹⁷.

Estos obstáculos, -como se observó en el Capítulo I-, son considerados como actos de competencia desleal o comercio desleal desde el Derecho público, porque son normas de corte más administrativo y que organizan y controlan el comercio y el mercado así como las conductas que deben tener cabida en el mismo para que funcione de forma correcta⁴¹⁸.

5. Relaciones *ad intra* y *ad extra*. En el análisis de las dos dimensiones pública y privada deben diferenciarse: los aspectos de las relaciones comerciales *ad intra* (dimensión interna del control de la lealtad en las transacciones comerciales) en donde se establece el principio del reconocimiento mutuo (criterio del país de origen) y el de no discriminación⁴¹⁹; y las relaciones comerciales *ad extra* (dimensión externa)⁴²⁰, donde se desarrolla el principio de no discriminación mediante las cláusulas de Nación Más Favorecida, principio y el Trato nacional siendo impuestos por el legislador GATT-OMC⁴²¹.

6. Dimensión *ad intra* en el Derecho originario de la lealtad en las transacciones comerciales. Se debe relacionar en la dimensión *ad intra* del

TJUE, puede verse el asunto *Schul* (C-15/81); V. EMMERICH, “Unlauterer Wettbewerb”, en A. HELDRICH *et al* (ed.), *Festgabe 50 Jahre Bundesgerichtshof*, vol. II, Munich, 2000, pp. 627 y ss; *id.* *Das Recht des unlauteren Wettbewerbs*, Munich, Beck, 1982, aunque con mayor antigüedad.

⁴¹⁷ Supone toda restricción al comercio cualquier medida adoptada en el seno de la legislación de un Estado miembro o varios, que afecte tanto potencial como realmente al comercio intracomunitario; J. GLÖCKNER, “Europäisches Lauterkeitsrecht”, en H. BARTEBAVENDAMM/F. HENNING-BODEWIG, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*, Munich, Beck, 2013, pp. 48-179.

⁴¹⁸ A. MATTERA, *El mercado único europeo: sus reglas, su funcionamiento*, Madrid, Civitas, 1990, p. 252; C. GARCÍA MOLYNEUX, “The Trade Barriers Regulation: The European Union as a Player in the Globalization Game”, *ELJ*, vol. 5, nº 4, 1999, pp. 375-418, p.382; H. GUIMARAES/M. EGAN, “Barriers to Business in the Single Market”, 2014 disponible en: <http://www3.eeg.uminho.pt/economia/nipe/iibc2013/6.5.pdf>; de forma prolija, por todos, N. STOFFEL VALLOTTON, *La prohibición de restricciones a la libre circulación de mercancías en la Comunidad Europea (Evolución del principio en la práctica de los Estados miembros y en la jurisprudencia comunitaria)*, Madrid, Dyckinson, 2000.

⁴¹⁹ M. GARDEÑES SANTIAGO, *La aplicación de la regla de reconocimiento mutuo y su incidencia en el Comercio de mercancías y servicios en el ámbito comunitario e internacional*, Monografías, “Colección de Estudios Internacionales”, t. XXXIII, Madrid, Eurolex, 1999, pp. 105-110.

⁴²⁰ A. TROLLER, “The Concept of Competition in European Law”, *TMR*, vol. 52, 1962, pp. 974-991.

⁴²¹ M. V. CUARTERO RUBIO, “Libre circulación de mercancías”, en L. ORTEGA/S. DE LA SIERRA (eds.), *Estudios de la Unión Europea*, Toledo, Centro de Estudios Europeos D.L., 2011, pp. 121-136.

Derecho originario con la libre circulación de mercancías y servicios y sus excepciones (artículos 34 y 37 TFUE⁴²²).

7. La Comisión Europea estableció sobre esta cuestión que la mejor manera de aumentar la competitividad de la economía europea es establecer un espacio donde existan libertades de circulación a través del fomento de un “comercio leal” y unas condiciones de competencia no distorsionadas (entendida la lucha contra la competencia desleal como la búsqueda de la competencia no falseada).

8. Tanto desde el ámbito público (protegiendo las transacciones comerciales de estas distorsiones/fomentado el *level playing field* + competencia sobre los méritos) como desde el ámbito privado (tutelando a los intereses de los participantes del mercado a la vez que otorgándoles derechos privados)⁴²³.

B. Libertades de circulación como *functional rights* y la “unidad de mercado”

9. Las libertades de circulación garantizan la “unidad del mercado” en cuanto previenen medidas de proteccionismo comercial (comercio desleal o competencia desleal entre los EM; así como también, el control de la competencia regulatoria que atenta contra la “unidad del mercado interior” en cuanto impiden que los EM puedan establecer medidas discriminatorias en sus legislaciones comerciales para impedir el comercio *ad intra*⁴²⁴. Por ello, se ha

⁴²² P. RODRÍGUEZ MATEOS, “La defensa de la libre...”, *loc.cit.*; A. FONT SEGURA, *La protección del secreto...op.cit. passim*; A. TATO PLAZA/ F. ARNAU, “Competencia desleal y libre circulación de mercancías en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ...”, *loc.cit.*; F. K. BEIER, “Propiedad industrial y libre circulación de mercancías en el mercado interior y en el comercio...”, *loc.cit.*; A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “La propiedad industrial e intelectual en el...”, *loc.cit.*, en E. GARCÍA DE ENTERRÍA/J.D. GONZÁLEZ CAMPOS/S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho comunitario europeo ...*, *op.cit.*; R. GARCÍA PÉREZ, *Libre circulación de mercancías...op.cit.,inter alia*.

⁴²³ A. FROMONT/C. VERDURE, “La consécration du critère dell « accès au Marché » au sein de la libre circulation des marchandises: mythe ou réalité? », *Research Paper of Law-Department of European Legal Studies*, nº4, 2011, disponible en: https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:3u2o_CkFlrAJ:https://www.coleurope.eu/system/files_force/research-paper/researchpaper_4_2011_fromont_verdure.pdf%3Fdownload%3D1+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=es ; S. ENCHELMAIER, “The ECJ’s Recent Case Law on the Free Movement of Goods: Movement in All Sorts of ...”, *loc.cit.*, pp. 115-156; C. GLINSKI/C. JOERGES, “Chapter 14.European Unity in Diversity?; A Conflicts- Law Re-Construction of Controversial Current Developments”, en K. PURNHAGEN/P. ROTT, (eds.) *Varieties of European Economic Law and Regulation*, ..., *op.cit.*, pp. 285-313, esp. pp. 298-302.

⁴²⁴ A. SAYDÉ, *Abuse of EU Law and Regulation...*, *op.cit.*, p. 259: “To sum up, multiple Regulation is incompatible with economic integration...”; S. WEATHERILL, “Recent Developments in the law governing free movement of goods in the EC’s internal market”

llegado a considerar a las libertades de circulación como *functional rights* o instrumentos para conseguir que el mercado interior funcione de forma correcta en las relaciones *ad intra*⁴²⁵.

10. Si la función esencial de la institución del Derecho de la competencia desleal consiste en cuidar y vigilar el mercado contra determinados comportamientos que le son perjudiciales. Desde lo que puede considerarse como la dimensión más pública, entendiendo a la disciplina parte del contenido de la Constitución económica del mercado interior, su importancia es necesaria para el mantenimiento de las libertades de circulación *ad intra*, especialmente, la LCM y la LCS y con ello, el mantenimiento de la economía de mercado que existen en los EM.

C. “Deber de lealtad comercial” en el Derecho originario

11. El “deber de lealtad comercial” en la dimensión del Derecho originario se dirige hacia los legisladores nacionales de los EM, aunque posteriormente repercute en los operadores jurídico privados de los EM. Es un mandato que exige a los legisladores de los EM el mantenimiento del sistema de competencia del mercado interior mediante el establecimiento de un sistema de libre competencia y prohibición de la competencia falseada en sus ordenamientos jurídicos.

12. Este aspecto está relacionado con el deber de cooperación que tienen los legisladores nacionales de los EM con el legislador europeo.

La cooperación se determina tanto en la acción de actuar como en la obligación de abstención de actuación si sus políticas comerciales y de competencia no van a respetar lo parámetros establecidos por el legislador europeo, especialmente, los principios emanados del Derecho originario (tratados de formación y funcionamiento)⁴²⁶.

(National and Sectorial Developments), *ERCL*, vol. 1, 2006, pp. 90-111, p. 91; *Schimidberger c. Austria* (C-112/00) y el segundo *CIA Security International c. Signalson & Securitel*. (C-194/94).

⁴²⁵ J. BAQUERO CRUZ, *Entre Competencia y Libre Circulación. El Derecho Constitucional Europeo* op.cit., p. 183; Conclusiones del AG, sr. Léger, en el asunto Comisión c. Italia (C/110-05), con especial mención a la conclusión 24; G.C. RODRÍGUEZ IGLESIAS, “Consideraciones sobre la formación de un Derecho Europeo”, *GJ*, nº 200, abril-mayo 1999, pp. 11-25; B. PÉREZ DE LAS HERAS, *El mercado Interior Europeo: las libertades económicas comunitarias: mercancías, personas, servicios, y capitales*, Serie Derecho, vol. 822ª ed., Bilbao (Universidad de Deusto) Deusto publicaciones, p. 23; en la jurisprudencia temprana del TJCE, Cdo. 5º, asunto Comisión Europea c. Alemania (C-12/74).

⁴²⁶ K. LENAERTS, “Le devoir de loyauté...”, *loc.cit.*, en, J. VERHOEVEN (coord), *La loyauté: Mélanges offerts à...*, op.cit. p. 240 y p. 245, reconociendo este deber de buena fe y

13. De hecho, en el contenido intrínseco de estas libertades de circulación se abarca un cierto control sobre la actuación legislativa de los operadores jurídico públicos.

Primero, para que se abstengan de confeccionar legislaciones que son perjudiciales para el libre ejercicio de la competencia en el mercado interior europeo. Segundo, evitando la competencia desleal entre los mismos para atraer más competidores controlando las desigualdades en el *level playing field* del mercado interior.

2. Relevancia de la jurisprudencia del TJUE en materia de libertades de circulación como promotora de la lealtad comercial

14. La actuación del TJUE en materia de LCM y LCS en relación con el control de la deslealtad y la lealtad en las transacciones comerciales desleales, el desarrollo de los DPI como parte del progreso tecnológico en el mercado y el Derecho de la competencia, ha tenido y tiene un papel activo y dinámico que no debe pasarse por alto⁴²⁷.

15. Este aspecto se debe a que el TJUE no sólo es intérprete del Derecho de la UE, sino que se muestra como fuerza mediadora en los procesos de integración positiva y negativa de formación del mercado interior. Siendo parte de la formación del mercado interior y su buen funcionamiento, los aspectos que aquí se analizan: el desarrollo del control de la lealtad en las transacciones comerciales⁴²⁸.

16. El TJUE fue el promotor de la expresión de lealtad en las transacciones comerciales y su desarrollo en relación a la dimensión jurídico pública cuando comienza su análisis de determinadas cuestiones prejudiciales

lealtad como valores del Derecho internacional público que en el ordenamiento jurídico de la UE asegura tanto la autonomía como la permanencia: “*Il s’agit là tout simplement de la formulation d’un principe de base du droit international public*”. El autor considera que existe por tanto con este planteamiento ofrecido en el párrafo una “bilateralización” del deber de lealtad en la UE.

⁴²⁷ F. KARL BEIER, “Propiedad industrial y libre circulación de mercancías en el mercado interior y en el comercio...”, *loc.cit.*, p. 4518; J. GLÖCKNER, “The ECJ’s Case Law on Unfair Competition”, en R. HILTY/F. HENNING-BODEWIG (eds.), *Law against Unfair competition... op.cit.*, pp. 101-109, p. 105; S. BULMER, “El análisis de la Unión Europea como un sistema de gobernanación”, *Revistade estudios políticos (Nueva época)*, nº 90, octubre-diciembre 1995, pp. 1-28, p. 6

⁴²⁸ S. BULMER, “El papel de la Unión Europea como un sistema de ...”, *loc.cit.*, pp. 85-112, p. 99, algunas de las decisiones del TJCE, se han considerado con *status* de política constitucional, como ejemplo las adaptadas en relación al efecto directo o el principio de primacía: la relación con el Derecho de la competencia es intrínseca desde sus orígenes, A.L.CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Mercado único y libre competencia...*, *op.cit.*, p. 384.

relativas a las normativas de competencia desleal y otros aspectos comerciales de los EM⁴²⁹. Esta jurisprudencia empieza a proliferar en mayor medida, en la década de los años '90, cuando las cuestiones prejudiciales concernientes a la competencia desleal fueron excesivas, queriendo el TJUE acotar su interpretación del Derecho de la UE en materia de precios discriminatorios y en materia de restricciones a la LCM que dan la clave sobre su importante función para el mercado interior⁴³⁰.

17. Función verdadera del TJUE en materia de LCM, competencia desleal y la armonización de la disciplina en el Derecho derivado. Ha sido a través de la jurisprudencia en materia de LCM y LCS que el proceso de armonización de la disciplina en el Derecho derivado se fue desarrollando de forma progresiva.

18. SCHRICKER estableció un apunte entre las diferencias de los objetivos entre la armonización “de hecho” realizada por el TJUE, y la que debe realizar el legislador europeo. Mientras que el primero, intenta liberalizar el sector bienes y servicios mediante la unificación de conceptos y de esta forma dar sentido al acervo comunitario; la Comisión introduce estándares estrictos mediante propuestas legislativas que lleven a cabo la armonización de conceptos en el mercado interior.

19. La contradicción entre objetivos viene dada por la reducción de la aplicación del “principio de subsidiariedad” que se cristaliza en el TUE y, como consecuencia de un incremento de cuestiones prejudiciales que fueron presentados ante el TJUE, en relación a la solución de controversias en materia de competencia desleal, relacionadas con los aspectos de Derecho público de la lealtad en las transacciones comerciales.

20. De su jurisprudencia también debe destacarse la interpretación que realiza de otros conceptos relacionados con la lealtad en las transacciones comerciales como son el concepto de “mercancía”, el de “abuso de posición

⁴²⁹ Asunto *Cassis de Dijon* que impulsa el “reconocimiento mutuo” en las transacciones comerciales con estas palabras: “la lealtad en las transacciones comerciales entre EM”. Esta frase que le venía dada ya desde las fuentes del Derecho originario, esto es, de los Tratados de formación de la CE, M. LEISTNER, “Unfair Competition and Freedoms of Movement...”, *loc.cit.*, en J. BASEDOW *et al.* (eds.), *The Max Planck Encyclopedia...*, *op.cit.*, p. 1719.

⁴³⁰ G. SCHRICKER, “International aspects of the law of Unfair competition”, en VVAA, *International harmonization of competition laws*, Dordrecht/Boston/London, Martinus Nijhoff, 1995, pp. 129-137; J. GLÖCKNER, “The ECJ’s Case Law on Unfair...”, *loc.cit.* en R. HILTY/F. HENNING-BODEWIG (eds.), *Law against Unfair competition...*, p. 108; R. GARCÍA PÉREZ, “Obstáculos a la libre circulación de mercancías generados por las normas sobre competencia desleal de los Estados Miembros. (Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 13 de enero de 2000, *Estée Lauder/Lancaster*)”, *ADI*, t. XXI, 2000, pp.451-468; S. WEATHERILL, “Recent Developments in the law governing free movement of goods in the...”, *loc.cit.*; J.J. EZQUERRA UBERO, *La jurisprudencia “Cassis-Keck” y la libre circulación de mercancías: estudio de Derecho internacional privado...*, *op.cit.*

dominante”, la “discriminación de precios”, etc.⁴³¹, en cuanto han sido necesarios para entender la posición de la disciplina tanto en el ámbito del Derecho originario como el ámbito del Derecho derivado.

Los asuntos que deben destacarse, de los que fue desarrollándose la noción de “lealtad en las transacciones comerciales” son los siguientes:

21. *Cassis de Dijon- Rewe Zentral c. Bundesmonopolverwaltung*⁴³². En este asunto, empieza a percibirse la marcada tendencia del TJUE a relacionar la lealtad de las transacciones comerciales como parte del contenido de la LCM.

22. El TJUE llega a la conclusión que las divergencias en el ámbito de la publicidad o promociones comerciales aún siendo lícitas en su país de origen, podían no serlo en el país de destino, o donde se encuentre el mercado en el que los profesionales/operadores jurídico privados de los diferentes EM iban a dirigir su actividad comercial⁴³³.

⁴³¹Por ejemplo, en el asunto Comisión c. Italia (C-7/68). El concepto de mercancías, se define por el TJUE, cómo: todo bien valorable económicamente y por tanto, susceptible de ser objeto de una transacción comercial. Puede verse tal definición en B. P. DE LAS HERAS, *Las libertades económicas...*, p. 25; A. SAYDÉ, *Abuse of EU Law and Regulation of the Internal Market...*, *op.cit.*, pp. 223-224.

⁴³²*Vid.* R. W. DE VREY, *Towards a European Competition Law: A Clash Between Legal...*, *op.cit.*, p. 31; Asunto Comisión c. Italia, C- 7/61; L. W. GORMLEY, “Silver Threads Among the Gold...50 years of the Free Movement of Goods”, *Fordham Int. 'L. R.*, vol. 31, nº 6, artículo 4, 2007, pp. 1637-2008; “Communication from the Commission concerning the consequences of the Judgment given by the Court of Justice on 20 February 1979 in case 120/78 (*Cassis de Dijon*)”, *OJ C* 256, 3.10.1980, pp. 2-3; en *Cassis de Dijon* se comienza a hacer patente el deber de lealtad en el ámbito *ad intra* desde la dimensión pública. La obligación de reconocimiento mutuo entre los legisladores de los EM se explica por el hecho que el funcionamiento del Mercado interior no exige que la UE considere una armonización exhaustiva de todas las legislaciones diferentes, con el fin de eliminar obstáculos entre el comercio de los EM; K. LENAERTS, “Le devoir de loyauté communautaire” en, J. VERHOEVEN (coord), *La loyauté: Mélanges offerts à Étienne Cerexhe*, Bruselas, Larcier, 1997, pp. 229-247, p. 239; no obstante, es cierto que lo que el TJUE establecido en *Cassis de Dijon*, está siendo objeto de críticas por la doctrina, de forma reciente, K. PURNHAGEN, “Chapter 15. The Virtue of Cassis de Dijon 25 Years Later-It is Not Dead, It Just Smells Funny”, en K. PURNHAGEN/P. ROTT (eds.), *Varieties of European Economic Law and Regulation...*, *op.cit.*, pp. 315-341.

⁴³³A. TATO PLAZA/F. PALAU, “Competencia desleal y libre circulación de mercancías en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia...”, *loc.cit. infra*, p. 249 y ss; Así como Cdo. 2º del Reglamento 764/2008: “En ausencia de armonización de la legislación, las autoridades competentes de los Estados miembros pueden crear ilegalmente obstáculos para la libre circulación de mercancías entre Estados miembros (...)”; S. WEATHERILL, “Why There is No “Principle of Mutual Recognition” in EU Law and...”, *loc.cit.*, p. 405

23. El TJUE analiza el paradigma de la *neutralidad normativa* que el Derecho contra la competencia distorsionada entre operadores jurídicos privados y no sólo entre EM se debía evitar por el bien de las LCM y LCS⁴³⁴.

24. *Dassonville*. El TJUE desarrolla con mayor amplitud lo que había empezado a desarrollar en *Cassis de Dijon*. Comienza a considerar la gran importancia del “principio del país de origen” o el mutuo reconocimiento (también conocido técnicamente como el “principio de la equivalencia funcional”) como mecanismo para luchar contra las distorsiones a la competencia en el mercado interior, especialmente en materias con tantas divergencias entre los EM como son las normas de competencia desleal.

25. Tras esta cuestión prejudicial, la Comisión encontró en la interpretación que realiza el TJCE del mutuo reconocimiento un valioso instrumento para la “armonización sin armonización” en el mercado interior, incluyendo los aspectos del Derecho contra la competencia desleal. Así lo reconocía el que fue jefe de la Unidad C.1 de la regulación relativa a la LCM en la DG “Empresa e Industria”, en el año 2008⁴³⁵.

26. *Foie Grass*⁴³⁶. Este asunto se destaca porque introduce lo que se ha llamado “cláusulas de reconocimiento mutuo” que encuentran su origen y

⁴³⁴A. SAYDÉ, *Abuse of EU Law and...*, *op.cit.*, p. 241, sobre lo establecido en *Dassonville*. Para el autor, el TJUE vino también a decir que cualquier impedimento establecido en las normativas de los EM estaba distorsionando la competencia entre operadores jurídico privados y no sólo entre los operadores públicos o EM; “En ausencia de armonización de legislación, las autoridades competentes de los Estados miembros pueden crear ilegalmente obstáculos para la libre circulación de mercancías entre Estados miembros (...)” en materia de productos comercializados legalmente en otros EM, etc. Estos obstáculos pueden constituir actos de comercio desleal entre los EM. El Reglamento intenta paliar por medio de la efectiva aplicación del reconocimiento mutuo en esta materia estas situaciones.

⁴³⁵Reglamento (CE) n° 764/2008 del Parlamento europeo y del Consejo de 9 de julio de 2008 por el que se establecen procedimientos relativos a la aplicación de determinadas normas técnicas nacionales a los productos comercializados legalmente en otro Estado miembro y se deroga la Decisión n° 3052/95/CE”, *DOUE*, 13/VIII/2008, L 128/21 (conocido como el Reglamento del reconocimiento mutuo); “Documento de trabajo de la Comisión. Documento orientativo. El concepto de “comercializado legalmente” en el Reglamento sobre reconocimiento mutuo (CE) N° 764/2008”, Bruselas, 16/08/2013, COM (2013) 592 final; M. GUZMÁN ZAPATER, “El principio del reconocimiento mutuo...”, *loc.cit.*,p. 169; M. GONZÁLEZ VAQUÉ, *Libre circulación de mercancías en la UE: La Comisión propone un Reglamento que prevé un nuevo procedimiento comunitario para la aplicación del principio del mutuo reconocimiento*, Santa Fe, El Cid Editor/apuntes, 2012

⁴³⁶Asunto *Foie Grass* (C-184/06); A. MATTERA, “L’arrêt Foie Gras du 22 octobre 1998: porteur d’une nouvelle impulsion pour le perfectionnement du Marché unique européen”, *RMUE*, vol. 114, 1998, pp.113-124; L. GONZÁLEZ VAQUÉ, “El Derecho de Consumo en la Unión Europea: la problemática planteada por la *armonización mínima* en las normativas comunitarias relativas a la protección de los consumidores”, *Diritti & Diritti*, disponible en: http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/armonmin.pdf; F. PEIRCE/A. SAIJA, “L’Italia nel

desarrollo verdadero en la configuración de la dimensión pública⁴³⁷, el Derecho originario en materia de LCM y la lealtad en las transacciones comerciales⁴³⁸. Fue un paso más hacia delante en el control y garantía de la lealtad así como el respeto debido a las LCM y LCS como parte de su contenido.

27. *Deserbais*⁴³⁹. El TJUE examinó como la normativa de un EM sobre un producto determinado (en concreto un producto lácteo, el queso *Edam*) podía afectar de forma seria a la comercialización de ese producto de un operador jurídico privado de otro EM de forma discriminatoria.

28. El país de origen (país importador, Francia) disponía en este caso de una normativa diferente en cuando a la producción del mismo producto del país exportador, Holanda). El país importador, según el TJUE, no debe obstaculizar la importación y posterior distribución de ese producto, aunque en su territorio tenga otras características, puesto que es el mismo producto, mientras esté asegurado al consumidor la información de las diferencias entre el producto importado y el producto de origen nacional.

29. El TJUE consideró que a falta de normativa común sobre un determinado sector o producto, y atendiendo a la disparidad de normativas nacionales que se aplicaban de forma indistinta tanto a productos nacionales

Mercato interno: applicare le regole”, *Centro Studi Confindustria (progetto Concorrenza di Confindustria)*, disponible en: [http://ixi.confindustria.it/AreeAtt/DocUfPub.nsf/60d3fbc7e8b24801c12565fd004e8fc9/5bf88442620420eac1257132005edcc1/\\$FILE/Paper_5.pdf](http://ixi.confindustria.it/AreeAtt/DocUfPub.nsf/60d3fbc7e8b24801c12565fd004e8fc9/5bf88442620420eac1257132005edcc1/$FILE/Paper_5.pdf); J. STELZER/E. DAS NEVES CONÇALVES, “As transformações do Direito na formação do mercado europeu à luz da transnacionalidade e do princípio do reconhecimento mútuo”, disponible en: http://www.conpedi.org.br/anais/36/04_1253.pdf; A. ALEMANNI, *Trade in food: Regulatory and Judicial Approaches in the EC and the WTO*, London, Cameron May Ltd, 2007.

⁴³⁷J. PELKMANS, “Mutual Recognition: economic and regulatory logic in goods and services”, *BEE Research Paper*, nº 24, 2012, pp.1-40, p. 8; P. OLIVER, *Libre circulación de mercancías...op.cit.*, p. 122; M. GARDEÑES SANTIAGO, *La aplicación de la regla de reconocimiento mutuo...*, p.242; A. TATO PLAZA/F. PALAU RAMIREZ, “Competencia desleal y libre circulación de mercancías...”, *loc.cit.*, p. 250; J.A. GUTIÉRREZ FONS, “Las cláusulas de reconocimiento mutuo: La perspectiva comunitaria del Derecho nacional”, *REEL*, nº 10, 2005, pp. 1-43

⁴³⁸C. JANSSENS, *The principle of Mutual...op.cit.*; J.A.GARCÍA-DENCHE NAVARRO, “Reconocimiento mutuo en el mercado interior europeo. Nueva reglamentación comunitaria de aplicación”, *Boletín Económico del ICE*, nº 2975, Oct. 2009, pp. 48-59. Disponible en:

<http://www.soivre.org/Aniversario75/BICE/05.%20RECONOCIMIENTO%20MER%20INT%20EURO%20SEGUNDA.pdf>; J. PELKMANS, “Mutual Recognition: Economic and Regulatory Logic in Goods and Services”, *Bruges Economic Research Papers (College of Europe)*, nº 24, 2012, pp. 1-40; P. PETER HAUBOLD, “The judicial influence of the Principle of mutual Recognition and the free movement of goods in European Union Law and its workability”, *Revista Tribuna International*, vol. 4, nº8, 2015, pp. 143-163.

⁴³⁹Asunto *Deserbais* (C-286/86)

como los importados se pueden justificar determinadas restricciones para satisfacer exigencias de orden público entre las que se consideró: la lealtad de las transacciones comerciales y la protección de los consumidores.

30. *Keck*. Los cambios que provocó este asunto en la jurisprudencia del TJUE sobre la interpretación de la disciplina y su relación con el ámbito de la LCM causaron grandes reacciones y algunos autores la denominaron la llegaron a denominarla la “revolución de noviembre” (*November Revolution*⁴⁴⁰).

31. El TJCE consideró que tras la ingente cantidad de cuestiones prejudiciales que se le venían acumulando sobre la materia y que los EM estaban aprovechando su jurisprudencia anterior en relación a las excepciones en las restricciones de la LCM y LCS, creando medidas comerciales de tipo, debía acotar este catálogo de excepciones que había sido demasiado permisivo o exhaustivo, especialmente desde el asunto *Bauhuis*⁴⁴¹.

32. De esta forma, empieza a hacer una interpretación mucho más restrictiva con el fin de impedir las excesivas restricciones cuantitativas y cualitativas que se iban produciendo en el comercio *ad intra* de los EM y contra la lealtad en las transacciones comerciales.

33. *Resultado final de la jurisprudencia del TJUE.* Para finalizar, el resultado de esta parte de la jurisprudencia del TJUE, -desde el punto de vista de los procesos de integración negativa o “armonización de hecho”⁴⁴²-, es que se fue generando una jurisprudencia que tenía por objetivo asegurar la liberalización del comercio *ad intra*, salvaguardándolo del comercio desleal entre los EM⁴⁴³.

II. La Constitución económica de la UE y el desarrollo de un deber de lealtad contra las discriminaciones comerciales

1. El concepto de libre y leal competencia en el Derecho de los Tratados de formación y funcionamiento del mercado interior

A. Tratamiento constitucional de la disciplina en los Tratados

⁴⁴⁰ C. JANSSENS, *The principle of Mutual Recognition in EU Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013; S. WEATHERILL, “Recent Developments in the law governing free movement of goods in the EC’s internal...”, *loc.cit.*, p. 94, en relación al asunto *Mars* (C-194/94); S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho privado ...*, *op.cit.* 15-18.

⁴⁴¹ Asunto *Bauhuis* (C-46/77)

⁴⁴² C. JANSSENS, *The principle of Mutual Recognition...*, *op.cit. supra*.

⁴⁴³ F. PALAU RAMÍREZ/A. TATO PLAZA, “Competencia desleal y libre circulación de mercancías en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea”, *ADI*, t. XV, 1993, pp. 245-270, p. 268; M. LEISTNER, “Unfair Competition and Freedoms of Movement...”, *loc.cit.*, en J. BASEDOW *et al.*(eds.), *The Max Planck Encyclopedia...*, *op.cit.*,p. 1721.

34. Los Tratados de formación de la UE no solo consideran la libre competencia, sino que se incluyen en su ámbito material de forma “implícita”. la tutela de la competencia leal y no distorsionada y la lucha contra la competencia desleal como premisa fundamental en el mercado interior⁴⁴⁴.

35. La expresión establecida en los Tratados de un sistema de competencia no distorsionada que sea libre y leal, se debe empezar analizando desde el artículo 3. I g del TCE⁴⁴⁵.

36. Para que exista lealtad en el mercado interior, como se ha analizado en la jurisprudencia sobre la LCM y LCS, deben no existir discriminaciones en las normativas de los EM, por ello, se debe buscar en el Derecho originario su sentido como parte de la Constitución económica del mercado interior⁴⁴⁶.

37. Relación con los Derechos fundamentales de tipo económico, no discriminación y competencia leal y libre en el mercado interior⁴⁴⁷. Siendo todos ellos valores supranacionales reconocidos en la “Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea”⁴⁴⁸ apareciendo reflejados de una forma u otra como la base para la regulación del Derecho de los contratos de consumo, el Derecho de las prácticas comerciales desleales y el Derecho de la Competencia europeo.

⁴⁴⁴J. GLÖCKNER, “The Law Against Unfair Competition and the EC Treaty...”, *loc.cit.*, en R. HILTY/F. HENNING BODEWIG, *Law Against Unfair Competition...*, *op.cit.*, p. 96: “If the various aspects are brought together, the conclusion is that European Unfair Competition law actually already exists on a primary law basis”. Por ejemplo, entre numerosos documentos de las instituciones de la UE en donde se reconoce la necesidad de establecer la competencia leal, Agenda Europea para el Crecimiento del mercado digital europeo, “Digital Single Market”, COM/2015/0192 final, “A Digital Single Market is one in which the free movement of goods, persons, services and capital is ensured and where individuals and businesses can seamlessly access and exercise online activities under conditionsof **fair competition**”, disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1447773803386&uri=CELEX%3A52015DC0192>

⁴⁴⁵H. ULLRICH, “Anti-Unfair Competition Law and Anti-Trust Law...”, *loc.cit.*; también, F. J. SÄCKER, “The Relationship between competition law and unfair...”, *loc.cit.*, en G. HIRSCH/F. MONTAG/F. J. SÄCKER (eds.), *Competition Law...op.cit.*,p. 15, que añade también los artículos 30 y 36 del TCE; A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Mercado único y libre competencia...*, *op.cit.*, p. 384; B. VILÁ COSTA, “Las reglas generales de competencia en el Tratado Constitutivo de la CEE: su filosofía específica”, *RIE*, 1976, pp. 349-376.

⁴⁴⁶S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho privado ...*, *op.cit.*, pp. 7-8.

⁴⁴⁷A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Mercado único y libre competencia...*, *op.cit.*, esp. p. 311; J. BAQUERO CRUZ, *Entre competencia y libre...op.cit.*; *id.* “Free movement and private autonomy”, *European Law Review*, nº 24, 1999, pp. 603-618; . P. MERCADO PACHECO, “Libertades económicas y derechos fundamentales. La libertad de empresa en el ordenamiento multinivel europeo”, *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº26, 2012, pp. 341-372,p. 353

⁴⁴⁸“Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea” (texto adaptado en Estrasburgo), *DOCE*, 2000/C 364/1, disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2007:303:FULL&from=EN>, ; véase el artículo 6 TUE.

38. Se relaciona con los siguientes derechos fundamentales (entre otros de corte transversal por su importancia para el desarrollo de la vida económica⁴⁴⁹):

Con el artículo 11 del TJUE en relación a la *libertad de expresión e información* (por ejemplo, en cuestiones de publicidad, entendida como uno de los medios que tienen los profesionales para informar sobre determinados servicios, productos o bienes y hacer *marketing* a los consumidores

Con el Artículo 15, *libertad para escoger profesión y a la libre iniciativa privada*.

39. Y, de mayor importancia, el Artículo 16, que contiene el derecho a la *libertad de empresa*. En esta libertad está implícito el derecho a competir de forma libre en igualdad de condiciones sin distorsiones ni discriminaciones.

Sobre este derecho téngase en cuenta lo que el TJUE ha valorado en varias ocasiones: el derecho de libre empresa implica también el derecho a establecer un negocio y conducirlo de forma libre sin interferencias (que, a su vez, entronca con la libre circulación de establecimiento)⁴⁵⁰.

B. Evolución histórica e interpretación teleológica de su posición en los Tratados

a. Tratado CECA

40. Para encontrar las razones por las que la competencia desleal se abandona en los primeros tratados de formación de la CE, debe hacerse, como se ha propuesto con anterioridad por algún autor, un análisis histórico así como teleológico, del objetivo que perseguía el primigenio legislador europeo en la formación de los objetivos del Derecho de competencia europeo⁴⁵¹.

41. El primer Tratado de formación, el Tratado CECA (1952)⁴⁵², sí estableció normas contra la competencia desleal desde su dimensión jurídico pública. Este aspecto es así en cuanto se desprende que la materia estaba regulada para el control de la discriminación de precios (*dumping*). Prohibía de forma

⁴⁴⁹ A.L.CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Mercado único y libre competencia...*, *op.cit.*, p. 311, como consideran los autores, es una consecuencia de su horizontalidad que deriva de su control sobre cualquier actividad económica. Obliga a plantearse su incidencia en otras políticas que incluso pueden llegar a la materia de política medioambiental.

⁴⁵⁰ Se constituye como uno de los mayores principios del Derecho económico de la UE; Asunto *Nold KG* (C-4/73)

⁴⁵¹ A. CHIRITA, “A Legal-Historical Review of the EU Competition...”, *loc.cit.*, p. 282, que destaca el papel del TJUE ayudando mediante interpretación teleológica de las normas a entender los objetivos y finalidad de las normas de competencia a lo largo de su evolución histórica en la UE; una recopilación de los textos originales para analizar la evolución de los objetivos de las normas de competencia en el mercado interior, R. SCHULZE/T. HOEREN, *Dokument zum Europäischen Recht: Kartellrecht(bis 1957)*, vol. 3, Münster, Springer, 2013.

⁴⁵² “Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y el Acero” (CECA), firmado en París en 1951 y que entró en vigor en 1952, expiró el año que el Tratado Niza entra en vigor, en 2002.

expresa la competencia desleal en el ámbito del establecimiento de precios y de las ventas a pérdida (art. 60 Tratado CECA)⁴⁵³.

42. Lo que se pretendía evitar eran los monopolios en materia de precios en la zona aduanera común controlando la actividad de las empresas nacionales de los seis EM primigenios así como también, las normas relativas al control de las ayudas de Estados⁴⁵⁴.

43. Se encuentran disposiciones parecidas en el EURATOM en materia de precios. En el Tratado de Roma, algún autor del mismo quiso dejar en manos de las normas contra la competencia desleal, las conductas de tipo exclusionario de posición dominante (en materia de discriminación de precios, cárteles y monopolios). También, este autor, propuso el establecimiento de una autoridad independiente para vigilar las conductas comerciales desleales de este tipo⁴⁵⁵. Alienado con lo que había sido establecido en el GATT relativo a los cárteles de exportación.

44. Esto va unido a la idea que tuvieron los padres fundadores de la UE: establecer un Derecho de competencia para proteger el proceso de integración económica que se estaba gestando contra los intereses privados, que ponían en peligro el espacio de libre comercio que había ido configurándose tras la formación de la primigenia CEE⁴⁵⁶.

⁴⁵³ A.D. CHIRITA, *The German and Romanian abuse of market dominance in the light ...*, *op.cit.*, p. 256 y p. 349: “protéger les producteurs contre les pratiques de concurrences déloyales ou artificielles”; *id.* “Undistorted, (Un)-fair Competition, Consumer...”, *loc.cit.*, p. 435; “A Legal Analysis Review of the EU Competition...”, *loc.cit.*, pp. 305-306; “The EU Control of Unfair Competition Practices: The Interpretation of Unfair Pricing...”, *loc.cit.*, 349-356; H. ULLRICH, “Anti-Unfair Competition Law and Anti-Trust Law...”, *loc.cit.*, p. 28 y p. 46.

⁴⁵⁴ *Ibid.*; “SPAACK REPORT”, o el conocido en español como el “Informe SPAACK”, sólo disponible en inglés y francés en: <http://www.cvce.eu/recherche/unit-content/-/unit/3cb9e142-6ac4-4184-8794-fc3cf619cf33/3831629c-1aae-412b-99de-d803a84f00d7/Resources#4b91.1a0a-6bd0-4e88-bff9-4c87690aa4e8>. El « Spaack Report » fue el precursor del Tratado de Roma, su borrador.

⁴⁵⁵ H. VON DER GROEBEN, “Aufzeichnung über die Wettbewerbsregeln im Vertrag über den gemeinsamen europäischen”, Dokument 60, Bruselas, 20/10/1956; „Regierungskonferenz für den Gemeinsamen Markt und Euratom”, disponible en: <http://www.uni-muenster.de/Jura.itm/eudoc/kartell/docs/311060.pdf>

⁴⁵⁶ Cf. H. ULLRICH, “Anti-Unfair Competition Law and Anti-Trust Law...”, *loc.cit.*, p. 11; D. L. MCLAHLAN/D. SWAN, “Competition Policy in the Common Market”, *The Economic Journal*, vol. 73, nº 289, pp.54-79, ofrecen una amplia visión del nacimiento y primigenios objetivos del Derecho de la competencia en el mercado común; S. WEBER WALLER, “Understanding and appreciating EC Competition Law”, *Antitrust L. J.*, nº 61, 1992, pp. 55-77; M. WISE, « Droit et politique de la concurrence dans l’Union Européenne », *Revue de l’OCDE sur le droit et la politique de la concurrence*, vol. 9, nº1, 2007, pp. 7-98, pp. 52-55.

45. En el mismo Tratado CECA también se encontraban los mecanismos que los seis EM debían tener en sus legislaciones con el fin de poder establecer sanciones públicas contra estos comportamientos desleales (artículo 63)⁴⁵⁷, mecanismos de tipo público, así, al menos no debía existir diferencia en el ámbito del procedimiento, aunque siguió existiendo de forma sustancial⁴⁵⁸.

b. A partir del TCEE

46. A partir del TCEE ya no existe ninguna disposición que haga mención a la represión de competencia desleal desde esta dimensión jurídico-pública⁴⁵⁹.

Sin embargo, si se analizan de cerca los objetivos del Derecho europeo de competencia o sistema europeo *antitrust*, se puede apreciar sólo y hasta cierto punto una “aparente” falta de tratamiento⁴⁶⁰.

⁴⁵⁷En realidad, este artículo tiene poca aplicabilidad práctica. Los procedimientos estaban basados en la imposición de multas coercitivas para los competidores infractores que obstaculizasen de forma desleal.

⁴⁵⁸De forma concreta, entre Francia y Alemania; J. GLÖCKNER, “The Law against Unfair Competition and the EC Treaty...”, *loc.cit.*, en R. HILTY/F. HENNING-BODEWIG (eds.), *Law against Unfair Competition...*, *op.cit.*, así lo advierte, puesto que le parece inadmisibile en cuanto fue una manera de extinguir la regulación de la competencia desleal en el Derecho originario para trasladarlo al ámbito del Derecho derivado de forma posterior sin abordar su cambio de paradigma.

⁴⁵⁹*Ibid.* (CHIRITA): “Under the Treaty of Rome establishing the European Community, control of practices of unfair competition is a matter of national law”

⁴⁶⁰Preámbulo del TCEE, “Reconociendo que la eliminación de los obstáculos existentes exige una acción concertada para garantizar un desarrollo económico estable, un intercambio comercial y **una competencia leal**” (el resaltado es añadido); F. J. SÄCKER, “The Relationship between Competition Law and Unfair Competition Law”, en G. HIRSCH/F. MONTAG/F.J.SÄCKER (eds.), *Competition Law: European Community Practice and Procedure*, Londres, Sweet & Maxwell, 2008, pp. 15-20, p. 15: “The absence of concrete norms concerning unfair competition law does not mean that the EC Treaty contains no statements or fundamental decisions as regards unfair competition law”; J. GLÖCKNER, “The Law against Unfair Competition and the EC Treaty”, en R. HILTY/F. HENNING-BODEWIG, *Law against Unfair competition... op.cit.* pp. 77-99, p. 96: “(...) the conclusion is that European Unfair Competition Law actually already exists on a primary law basis.” El autor basa sus conclusiones en que el Derecho originario, a pesar de no regularla de forma directa como al Derecho *antitrust*, sí la tiene “en mente” que tanto el artículo 3.1 g del TCEE, como en la jurisprudencia desarrollada por el TJUE en línea con el asunto *Cassis de Dijon*, demuestran tal afirmación; M. VIRGÓS SORIANO, *El comercio internacional ante el nuevo Derecho contra...*, *op.cit.*, p. 38), también reconoce que la falta de regulación después de los Tratados que suceden al Tratado CECA, no significa un total abandono por parte del Derecho originario en la materia, sino que se dejaba en manos de las técnicas de aproximación de legislaciones establecidos en los artículos 100 y ss., del Tratado de Roma (en relación a la protección de los consumidores en el mercado interior); A.D. CHIRITA, “The EU Control of Unfair Competition Practices...”, *loc.cit.*, en *The German and Romanian abuse of market dominance in the light...*, *op.cit.*, p. 304; Conclusiones del AG sr. Capotorti en el asunto *Valsabbia c. Comisión* (C-154/78) y asuntos relacionados, p.365. Desde el punto de vista de Derecho comparado, R. THUMMEL, “The Setting for Comparative Reflections”, en *Legal Aspects of International...*, *op.cit.*, pp. 115-187, p. 122; C. WADLOW, “Unfair Competition in

47. Desde el análisis y siguiendo los estudios de gran parte de los autores con los que nos mostramos de acuerdo y que defienden la “unidad funcional” de ambas disciplinas⁴⁶¹, la falta de tratamiento y separación es, en esencia, superficial⁴⁶².

48. La cuestión de volver a incluir normas contra este tipo de comportamientos comerciales desleales en el TCEE (los analizados en el tratado CECA) se discutió en el marco de la “Conferencia de Messina” (1955) por vía del “Comité del Mercado Común” (en concreto, el de los Asuntos sociales y de Inversiones).

49. El mismo Comité consideró la importancia y relación de la función de las normas de la competencia desleal, el concepto de lealtad (*fairness*⁴⁶³) y el Derecho de competencia en este plano.

Muy en especial contra la lucha de la discriminación en el comercio internacional donde se reconoce, que a través de conductas como el *dumping*, los boicots, y algunos tipos de carteles, se permitía el comercio desleal. No obstante, el Comité decidió cambiar la valoración de deslealtad competitiva de forma

Community Law (Part.1)...”, *loc.cit.*, p. 434, tiene en cuenta que el legislador europeo en el Tratado de Roma hacía expresa referencia en el Preámbulo a la competencia desleal: en francés, *loyauté dans le concurrence* y en alemán, *einen redlichen Wettbewerb*.

⁴⁶¹*Vid. infra* epígrafe siguiente (2).

⁴⁶²*Vid. A.D. CHIRITA*, “A Legal-Historical Review of the EU Competition Rules”, *ICLQ*, nº 63, 2014, pp. 281; *id.* “The EU Control of Unfair Competition Practices...”, *loc.cit.*, en *The German and Romanian abuse of market dominance in the light...*, *op.cit.*, p. 304, recomienda la lectura de sobre la formación del Tratado CECA y en especial: “Note sur l’ Article 61 et la déconcentration de la Ruhr” (25/02/1951) junto con los informes *SCHUMANN* sobre la formación de las Comunidades Europeas; Sobre las diferentes formas que adopta la “discriminación” en materia de competencia en el mercado común, *vid.* “Rapport des Chefs de Délégation aux Ministres des Affaires Etrangères”, Bruxelles, 21 avril 1956, *Première partie : « Le Marché Commun », titre II, chapitre 2, section 1*, pp. 53-64 ; « The Brussels Report on the General Common Market », Brussels (26/06/1956); J. OTAMENDI, *Comentarios a la ley de competencia desleal...*, *op.cit.*, p. 50; C. HERRERO SUAREZ, *Los contratos vinculados (tying agreements)...*, *op.cit.* pp. 379-380: “El mercado funciona así, como un parámetro de determinación de la aplicabilidad del Derecho *antitrust* y marca las competencias y relaciones con un sector del ordenamiento jurídico estrechamente relacionado: la normativa en materia de competencia desleal”.

⁴⁶³F. J. SÄCKER, “The Relationship between Competition Law and Unfair Competition Law”, en G. HIRSCH/F. MONTAG/F.J.SÄCKER (eds.), *Competition Law: European Community Practice and Procedure*, Londres, Sweet & Maxwell, 2008, pp. 15-20, p. 15: “The reference to *fairness* within the flow of trade refers to the law of unfair competition”; Informe PN-02 (ex. CNC), esp. p. 6; de forma análoga a la búsqueda de un concepto que reúna lealtad y libre competencia en la configuración pública del Derecho contra la competencia desleal, E.M.FOX, “We protect Competition, you protect Competitors”, *WCR*, vol. 26, nº2, 2003, pp. 149-165, p. 163.

positiva estableciendo en la versión final del Tratado, el concepto de “competencia libre y leal”⁴⁶⁴.

50. De esta manera, hace desaparecer el concepto negativo de competencia desleal, dejando una laguna que ha quedado posicionada en el art. 102 del actual TFUE, con respecto al significado precios discriminatorios (que en el Tratado CECA sí se reguló).

La revisión histórica del artículo 102 TFUE muestra que las desavenencias que hubo entre los redactores de los primeros Tratados, especialmente entre alemanes y franceses, fue el verdadero origen de estas “conductas híbridas” a caballo entre el reproche desleal y el *antitrust* que se estudian en los siguientes apartados y que tienen incidencia en el ámbito del DIPr también.

51. Consecuencias actuales de la falta de tratamiento adecuado. El resultado en todos estos años de integración europea y de desarrollo legislativo es que de forma actual existe una desregulación del Derecho contra la competencia desleal liderada por una dispersión normativa y de objetivos que se ha considerado “irrazonable” por algunos autores⁴⁶⁵.

Este proceso por el que se han establecido los límites en materia de política de fijación de precios cuándo el Derecho *antitrust* todavía estaba naciendo⁴⁶⁶.

C. Comportamiento económico distorsionado y competencia no distorsionada/ no falseada y su relación con la competencia desleal

52. Si se analizan las normas de la libre competencia como las de la competencia desleal a la luz de una interpretación teleológica del concepto competencia “no distorsionada”, como se ha considerado al inicio, se percibe que

⁴⁶⁴ H. VON DER GROEBE, “Competition in the Common Market”, *European Economic Community Commission*, Speech made by M. VON DER GROEBEN during the debate on the Draft regulation pursuant to Articles 85 and 86 of the EEC Treaty in the European Parliament, 19 de octubre 1961, p. 11: “*The Community’s cartel legislation has and can have no other purpose than protect fair competition by efficiency, and not to promote dishonest or unfair competition. Freedom and fairness in competition are mutually dependent*”.

⁴⁶⁵ H. ULLRICH, “Anti-Unfair Competition Law and Anti-Trust Law:...”, *loc.cit.*, p. 4 y p. 18, sobre su inclusión en el art. 3 h y 94 TCEE, con el incremento de la importancia de incluir en el tratado el respeto por la lealtad en las transacciones comerciales.

⁴⁶⁶ *Ibid.*, p. 4: V. EMMERICH, “Unlauterer Wettbewerb”, en A. HELDRICH *et al* (ed.), *Festgabe 50 Jahre Bundesgerichtshof*, vol. II, Munich, 2000, pp. 627 y ss, que desarrolla esta liberalización jurisprudencial de la aplicación de la LCD, debido en parte por la aplicación de las libertades de circulación de bienes y servicios; *id.* *Das Recht des unlauteren Wettbewerbs*, Munich, Beck, 1982, aunque con mayor antigüedad.

ambas se subordinan a la protección del mercado interior y a los objetivos del legislador europeo en este mandato, pero de diferente forma⁴⁶⁷.

Algunos autores como se consideró en la parte introductoria, ya lo denominan como el Derecho de mercado (*Market Law*): que incluye en su contenido, el actual Derecho de consumo, el Derecho de la libre competencia-*antitrust* y el Derecho contra la competencia desleal o lealtad en las transacciones comerciales.

53. El TFUE recoge el objetivo de la competencia no distorsionada en el artículo. 3.1. actual letra b TFUE, -no publicada en la versión oficial la letra g del art. 3 TUE-, que contenía el mandato de establecer un sistema que asegure que la competencia en el mercado interior sea libre y leal. Esto es, no sea distorsionada sino que fue trasladada al Protocolo nº 27 del TFUE: “*El establecimiento de las normas sobre competencia necesarias para el funcionamiento del mercado interior*”.

Relación con el principio de no discriminación. El principio estructural que otorga sentido a la posición de la disciplina en los tratados es el principio de “no discriminación” consagrado de forma actual en el art. 18 TFUE⁴⁶⁸.

En la jurisprudencia temprana del TJCE también se observa la relación; Asunto Italia *c.* Consejo y la Comisión (C-32/65), sobre la interpretación del *ex.* artículo 85 en concordancia no sólo con el principio de la competencia no distorsionada sino también leal establecido en el Preámbulo; asunto *Hoffman-La Roche c.* Comisión (C-85/76) en un supuesto de abuso de posición dominante en el mercado de las vitaminas y fijación desleal de precios.

54. El concepto “distorsión a la competencia” debe encajarse en el sistema de competencia del mercado interior europeo entendiendo que es un sistema que fomenta tanto la competencia no distorsionada (libre) como la competencia leal (vertiente positiva de la competencia desleal). GOLDSMICHT

⁴⁶⁷ H. VON DER GROEBE, “Competition in the Common Market”, *European Economic Community Commission, during the debate on the Draft regulation pursuant to Articles 85 and 86 of the EEC, Treaty in the European Parliament*, 19 de octubre 1961, p. 11: “Any competition Policy aimed at establishing a system in which competition is protected against distortion **must therefore try to ensure that the law of unfair competition is made uniform by conventions or by approximating legislation in the various countries**” (el resaltado es añadido).

⁴⁶⁸ *Vid. supra*, párrafos posteriores; F. HENNING-BODEWIG, *International handbook on Unfair...*, *op.cit.* p. 45; J. GLÖCKNER, “The law on Unfair competition in the EC Treaty”, en R.M. HILTY/F. HENNING-BODEWIG, *The law Against Unfair competition...* pp. 55-77; B. KEIRSBILCK, *The new European Law of Unfair Commercial Practices and...* *op.cit.* pp. 517-520; J.J. EZQUERRA UBERO, *La jurisprudencia “Cassis-Keck” y la libre circulación de mercancías: estudio de Derecho internacional privado y Derecho comunitario*, Madrid, Barcelona, Marcial Pons, 2006, p. 92.

consideró que ambos cuerpos son parte de lo que se considera el derecho económico que regula la economía de forma organizada en el mercado⁴⁶⁹.

55. De esta forma su función es complementaria. El objetivo del Derecho *antitrust* de la UE es proteger el mercado interior contra toda forma de competencia distorsionada (*undistorted competition*) y el del Derecho de la competencia desleal el de protegerlo contra todo comportamiento económico distorsionado (*undistorted economic behaviour*)⁴⁷⁰.

Aunque el mismo concepto de “distorsión a la competencia” aparece en numerosos textos del Derecho derivado sin una explicación clara a su importancia para el mercado interior⁴⁷¹.

56. Los textos y las traducciones de las diferentes versiones idiomáticas de los Tratados tampoco han servido de ayuda a la hora de clarificar la cuestión, en cuanto al contenido de “distorsión”, el término *fairness* o la controvertida expresión “lealtad en las transacciones comerciales”⁴⁷².

57. **Expresión positiva y negativa del concepto “distorsión a la competencia”.** En el Derecho de competencia europeo, el Derecho *antitrust* está centrado en el efecto que las prácticas comerciales tienen en la competencia (de nuevo, competencia no distorsionada/no falseada; parte estructural), siendo la “expresión positiva”⁴⁷³.

⁴⁶⁹ *Ibid.* p. 18; G. SCHRICKER, “Twenty-Five Years of Protection Against Unfair...”, *loc.cit.*, pp. 794-795; W. FIKENTSCHER *et al.*, *FairEconomy: Crises, Culture, Competition and the Role of Law*, MPI Studies on Intellectual Property and Competition Law, vol. 19, Hedelberg/Berlin, Spinger, 2013; E. DOMÍNGUEZ PÉREZ, “Capítulo VII.-Competencia desleal”, en A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (ed.), *Derecho de la Competencia y Propiedad industrial en la Unión Europea*, *op.cit.*, pp. 177-202; M. ROTONDI, “Cómo clasificar los actos de competencia desleal” (traducción por M. OLIVENCIA RUIZ), *RDM*, vol. XXI, n°60, 1956, y mucho más actual, F. HENNING-BODEWIG, *International Handbook on...*, *op.cit.*

⁴⁷⁰ B. KEIRSBILCK, *The New European Law of Unfair Competition...op.cit.*, p. 20

⁴⁷¹ Por ejemplo, el Cdo. 13 del RRII: “Unas normas uniformes que se apliquen cualquiera que sea la ley que designen podrán permitir *evitar distorsiones de la competencia* entre los litigantes comunitarios” (el resaltado no es del texto original).

⁴⁷² J. GLÖCKNER, “The Law against Unfair Competition and the...”, *loc.cit.*, en R. HILTY/F. HENNING-BODEWIG (eds.), *Law against Unfair competition...*, *op.cit.*, p. 78

⁴⁷³ En relación al primigenio objetivo y sentido de “competencia no distorsionada” (*undistorted competition*); A. CHIRITA, “A Legal-Analysis Review of the EU Competition...”, *loc.cit.* pp. 290-291; *id.*, “Undistorted, (Un)fair Competition, Consumer Welfare and the Interpretation of the Article 102 TFEU”, *World Competition Law and Economics Review*, vol. 33, 2010, pp. 417-436; Asunto *Schutzverband gegen Unwesen in der Wirtschaft e.V., c. Yves Rocher GmbH (C-126/91)*, en concreto, el párrafo 22 que usa el término “distorsiones a la competencia” como sinónimo de competencia desleal y como medios en contra de la lealtad en las transacciones comerciales en base a la interpretación de la primera Directiva sobre publicidad comparativa en la UE; en el asunto *Cassis de Dijon*: “el fomento de la lealtad en las transacciones comerciales es un medio para proteger contra los comportamientos que **distorsionen** la competencia”.

58. La prohibición contra las prácticas comerciales desleales es la “expresión negativa” de este principio de leal competencia e incluso del derecho a la libre competencia, teniendo sus bases a su vez en dos aspectos: la prohibición de distorsionar los comportamientos económicos y prohibición de distorsionar de cualquier forma la competencia como también se encuentra en el derecho de libre competencia⁴⁷⁴.

59. Se encuentra en el art. 12 del TFUE (en relación con el art. 3 TFUE) obligando a los EM a coordinar sus políticas de competencia para que se incluya la protección debida al consumidor y la lucha contra las distorsiones en la competencia así como en materia de precios (art. 119 TFUE). Interrelacionándose entonces la política de competencia en sentido amplio y la política monetaria de la UE⁴⁷⁵.

60. En el contexto del Derecho Derivado. Las Directivas en la materia nos hablan de “distorsión en el mercado” e incluyen estas premisas. Por ejemplo, el Cdo.3º de la Directiva publicidad engañosa y comparativa: “la publicidad engañosa y la publicidad comparativa ilegal puede ocasionar una distorsión de la competencia en el seno del mercado interior”; y el Cdo. 3º de la Directiva de prácticas comerciales desleales: “Las leyes de los Estados miembros relativas a las prácticas comerciales desleales muestran marcadas diferencias que pueden generar distorsiones apreciables en la competencia y obstaculizar el buen funcionamiento del mercado interior”.

61. La prohibición de distorsionar el proceso competitivo, en puridad, se enfoca en el objetivo de las normas que actúan contra la competencia desleal más que en el objetivo de las normas *antitrust*⁴⁷⁶.

⁴⁷⁴ *Ibid.* (KEIRSBILCK, p. 535); C. WADLOW, “Unfair Competition in Community Law (part I): The age of the classical model”, *EIPR*, nº 28, 2006, pp. 433-441, analiza la posible dimensión jurídico pública también de las normas contra la competencia desleal tras un examen al preámbulo del TCEE. Para el autor existe relación entre ambos cuerpos jurídicos. Considera que la competencia desleal que es la prohibición de la competencia no distorsionada realmente actúa desde la dimensión jurídico pública protege las transacciones comerciales y a su vez los derechos de propiedades inmateriales; como ejemplo, el asunto *Pharmon c. HoechstAG* (C-19/84).

⁴⁷⁵ El artículo 119 TFUE, lo que hace, es relacionar la política de competencia con la monetaria ampliando la protección que deben realizar estas normas de competencia en la estabilización de precios; A. CHIRITA, “Undistorted, Un (fair) Competition, Consumer Welfare...”, *loc.cit.*, p. 430; *id.* “A Legal-Historical Review of the EU Competition...”, *loc.cit.*, pp. 312-315; “The EU Control of Unfair Competition Practices...”, *loc.cit.*, p. 375 estas medidas conllevan a que las empresas pierdan en cierta medida su libertad económica (*v.gr.*: prohibición de discriminaciones y abusos de posición dominante en el mercado) pero revierte en una mejora de la protección del consumidor; J. STUYCK, “Réflexions sur une meilleure intégration du droit de la concurrence et du droit des pratiques commerciales...”, *loc.cit.*, p. 477.

⁴⁷⁶ Considerando de la DPCD y las Directivas sobre publicidad engañosa y comparativa; R. MUSSARD, “The Regulation of the Restrictive practices under the Common Market Treaty...”, *loc.cit.*, p. 18, el cuál afirmó que la competencia leal sólo se conseguiría cuándo las diferencias normativas de los EM dejasen de existir y permitiesen a todas las empresas de los mismos, competir bajo las mismas condiciones legales.

Resultado. De esta forma se da cumplimiento al mandato establecido en el art. 3 TUE del fomento a una competencia libre y sin distorsiones (*free and fair competition*)⁴⁷⁷.

a. Escapes del artículo 102 TFUE en relación a determinados comportamientos comerciales desleales y su incidencia en el Derecho derivado

61. Este aspecto debe ponerse de forma necesaria en relación con el problema no resuelto sobre la discriminación de precios en el ámbito del abuso de la posición dominante. La laguna de la que dimos noticia tras la falta de tratamiento de la disciplina a partir del Tratado CECA. También con lo que se analiza en el siguiente apartado⁴⁷⁸.

62. ¿Cuáles son los elementos de este artículo 102 TFUE que pueden estar vinculados más al ámbito de la deslealtad que al ámbito de la libre competencia?

En materia de precios y abuso de posición dominante el hecho que el artículo 102 TFUE se ocupe sólo de la represión de las conductas individuales que están a caballo entre los objetivos del Derecho *antitrust* y el Derecho que regula las prácticas comerciales entre competidores, podría ser otra de las pruebas del posible tratamiento desde la dimensión jurídico pública⁴⁷⁹.

63. Primero. El artículo 102.2.b se encuentra en línea con la protección al consumidor que también encuentra tutela contra la competencia desleal en el

⁴⁷⁷ H. ULLRICH, “Anti-Unfair Competition Law and Anti-Trust Law...”, *loc.cit.*; también, F. J. SÄCKER, “The Relationship between competition law and unfair...”, *loc.cit.*, en G. HIRSCH/F. MONTAG/F. J. SÄCKER (eds.), *Competition Law...op.cit.*, p. 15

⁴⁷⁸ *Vid. supra* apartado anterior. R. S. MARKOVITS, “Chapter 11.- Predatory Conduct” en, *Economics and the Interpretation and Application of US and EU Antitrust Law*, Berlín, Springer, 2014, pp. 501-702.

⁴⁷⁹ A. C. CHIRITA, “A Legal-Historical Review of the EU Competition Rules...”, *loc.cit.*, p. 315; *id.* “The EU Control of Unfair Competition Practices: The Interpretation of Unfair Pricing...”, p. 347; un estudio exhaustivo en esta materia y que esclarece más cuestiones acerca de la deslealtad de estos comportamientos, M. I. NÚÑEZ OSORIO, *El abuso anticompetitivo bajo el artículo 82 del Tratado CE: rebajas y precios predatorios*, tesis doctoral inédita, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2009; C. WADLOW, “Unfair Competition in Community Law (Part. I)...”, *loc.cit.*, p. 434, que también establece la unidad de estas prácticas entre lo desleal y el *antitrust*. Destaca que fue posible que los legisladores del Tratado Roma se diesen cuenta finalmente de lo difícil que podía ser mantener la competencia leal en todos los sectores industriales de grande escala que se constituían por aquel entonces en Europea; en España, por ejemplo, el abuso de una situación de dependencia económica, M. ZABALETA DÍAZ, “El abuso de una situación de dependencia económica, ¿ilícito *antitrust* o ilícito desleal?”, *ADI*, 2006, pp. 339-377. Ministerio de Economía y Hacienda, “Libro Blanco para la Reforma del sistema español de Defensa de la competencia”, 20 de enero, 2005, disponible en: <http://www.minhap.gob.es/Documentacion/Publico/SGPEDC/Libro%20Blanco.pdf>; H. ULLRICH, “Anti-Unfair Competition Law and Anti-Trust Law...”, *loc.cit.*, p. 34, que coloca este tipo de situación entre los supuestos de redes de distribución exclusiva(dependencia económica) acercando a ambas materias de forma bastante notoria..

Modelo Social⁴⁸⁰. Lo hace de la misma forma que lo hacen las normas europeas del Derecho de consumo, existiendo de esta forma un vínculo muy estrecho entre las funciones de los tres cuerpos normativos: *antitrust*/competencia desleal/derecho de consumo (el Derecho de mercado).

64. Segundo. El apartado 2.c del mismo artículo al igual que lo hace la DPCD establece que la práctica será abusiva cuándo se establezcan prestaciones con condiciones diferentes (y discriminatorias que generen ventajas competitivas desleales⁴⁸¹).

65. Tercero. Como se ha considerado en el cuadro del Derecho derivado aparte consagrado en las Directivas relacionadas con la competencia desleal como la Directiva sobre cláusulas abusivas en contratos de consumo⁴⁸².

Tanto esta Directiva como la DPCD contienen una configuración privada de la institución, son de Derecho privado, pero han tenido el objetivo de contribuir en el control de la discriminación en materia de precios enfocado a la protección del consumidor y también con los valores del derecho de consumo contractual.

⁴⁸⁰ U. BERNITZ, “The legal concept of unfairness and the economic and social environment”, en E. BALATE (ed.), *Unfair advertising and comparative advertising, Bruselas, Story-scientia*, 1988, pp. 53-67; *id.* “Market law as a legal discipline”, en U. BERNITZ (ed.), *An Introduction to Swedish Law, The Netherlands, Springer*, 1981, pp. 54-76; R. HILTY, “The Law against Unfair Competition and Its Interfaces...”, *loc.cit.*, en R. HILTY/F. HENNING-BODEWIG (eds.), *Law Against Unfair Competition...*, *op.cit.*, p. 4: “the law of the Market behaviour” (*Marktverhaltensrecht*); J. STUYCK, “Réflexions sur une meilleure intégration du droit de la concurrence et droit des pratiques commerciales déloyales”, *Revue Internationale de Droit Économique*, n° 4, t. XXV, 2011, pp. 455-479; *id.* “L’effet réflex du droit de la concurrence sur les normes de loyauté de la loi sur les pratiques du commerce”, *RCJB*, 2001, pp. 256-269. Denomina “efecto reflejo” al efecto que produce el Derecho de la competencia sobre el Derecho de la competencia desleal (artículo 3.3 Reglamento 1/2003); J. DREXL, *Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1998; B. KEIRBILCK, *The new European law of Unfair Competition...*, *op.cit.*, p. 542; OECD (Comité de la Competencia), “The Interface between Competition and Consumer Policies”, 2008, disponible en: <http://www.oecd.org/regreform/sectors/40898016.pdf>, pp. 106-112, esp. p. 106, donde la Comisión Europea reconoce que existe un vínculo entre el Derecho de consumo y las normas contra la competencia desleal que persiguen aquéllas prácticas a las que la misma no puede perseguir, desde el ámbito de la jurisdicción ordinaria y mediante normas *antitrust*. Pone de ejemplo la DPCD que lucha contra las prácticas engañosas focalizando la competencia en los precios y la calidad; “Behavioral economics is beginning to explain the boundaries to rational consumer behaviour”; C. OSTI, “Interpreting convergence: where antitrust meets consumer law”, *ECJ*, 2009, pp. 377-408.

⁴⁸¹ En el asunto *Microsoft*, Decisión de la Comisión, caso COMP/C-3/37.792 *Microsoft Corporation/Sun Microsystems*, se desprende que las conductas de posición dominante no sólo dañan a la institución de la competencia sino que pueden llegar a cruzar la línea de la intencionalidad dañando a los consumidores de forma desleal.

⁴⁸² Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, *DOCE*, L 95, 21/04/1993, pp. 29-34.

b. Tipos de distorsiones competitivas y discriminaciones

66. Hay que diferenciar los tipos de distorsiones competitivas desde las cuales puede entenderse que la tutela de la competencia desleal y no sólo el reproche *antitrust* puede ser observada y necesaria también en el Derecho originario.

67. Son los problemas relativos a la falta de respeto por las libertades de circulación en cuanto se provoca la competencia regulatoria en los mercados (*race to the bottom*). SAYDE pone de relieve que mientras la competencia entre operadores jurídicos privados responde a lo que se denomina “neutralidad en la regulación” (*regulatory neutrality*); la competencia entre los operadores jurídicos públicos por el mercado pertenece lo establecido en el texto “competencia regulatoria” (*regulatory competition*).

68. Considera que ambas, en realidad, no son separables. Pertenecen a las dos caras de la misma moneda en el ámbito de la integración económica del mercado interior. También lamenta que tanto el legislador europeo como los académicos pierden de vista los dos paradigmas de la competencia y que por ello sigue existiendo fragmentación normativa en la materia de competencia desleal⁴⁸³.

69. De otro lado, en la regulación en materia de precios y discriminaciones de tipo fiscal y económico (*dumping*), dado que mediante este tipo de discriminaciones se puede manipular de forma desleal el juego competitivo en el mercado, fomentando el abuso de poder de mercado y perjudicando el orden establecido por el legislador europeo en el mercado interior⁴⁸⁴. Se desastabiliza entonces no sólo los intereses privados, sino todo el orden concurrencial.

⁴⁸³A. SAYDÉ, *Abuse of EU Law and Regulation in the Internal Market...*, *op.cit.*, pp. 221-299 y p. 224

⁴⁸⁴H. VON DER GROEBE, “Competition in the Common Market”, *European Economic Community Commission, Speech made by M. VON DER GROEBE during the debate on the Draft regulation pursuant to Articles 85 and 86 of the EEC, Treaty in the European Parliament*, 19 de octubre 1961, p. 11: “*For dumping is nothing but a variant of unfair competition in interstate trade*”; R. MUSSARD, “The Regulation of the Restrictive practices under the Common Market...”, *loc.cit.*, pp. 18-19: “*The Commission has been given powers to take action against the most typical form of international unfair competition which is dumping (i.e., Selling one’s goods much too cheaply on export markets)*”; A. CHIRITA, “A Legal-Historical Review of the EU Competition...”, *loc.cit.*, p. 304: “*The recognition of fairness in the international trade context of dumping proves that at least the provisions against international cartels and discrimination*

70. De hecho, cuándo el mismo legislador europeo dejó en manos de los EM la regulación de las conductas comerciales de tipo *B2B* y comportamientos comerciales de tipo unilateral como es el abuso de posición dominante en el mercado (artículo 3.3. Reglamento 1/2003), se generó esta competencia regulatoria, de nuevo por la falta de tratamiento adecuado en el ámbito del Derecho originario mediante el artículo 102 TFUE.

71. Opiniones doctrinales. Cuestión diferente es si fue un acierto y existen posiciones contradictorias. Unos autores si lo consideraron un hecho afortunado porque no consideran se puedan llegar a legislar normas nacionales con parámetros proteccionistas en materia de abuso de mercado y deslealtad competitiva⁴⁸⁵.

Los autores del lado contrario consideran que este tipo de regulaciones pueden llegar a tener un contenido proteccionista en algunos tipos de conductas comerciales híbridas (apartado anterior)⁴⁸⁶.

2. *Encuentros y desencuentros entre el Derecho antitrust europeo y el objetivo del Derecho de lealtad comercial*

A. El principio de “unidad funcional” y los objetivos del Derecho de competencia europeo: descoordinación entre el Derecho originario y derivado

72. A pesar de las diferencias que separan al Derecho *antitrust* y al Derecho de la competencia desleal y que su trayectoria legislativa-histórica es diferente⁴⁸⁷,

belong to unfair trade, i.e.: unfair competition.”; pp. 307-308: “*Dumping is defined as pricing below the published list-price or the price-matching of another supplier, irrespective of whether the supplier belongs to the Community or to a third country*” (el resaltado es añadido); en Estados Unidos, por ejemplo, la invitación para colaborar y pertenecer a un cartel recae dentro de lo que la *Section 5* de la *Sherman Act* considera “*unfair methods of competition*”, y no en el ámbito del Derecho *antitrust* porque amenazan el bienestar de los consumidores, R. CALLMANN, “Unfair Competition and Antitrust: coexistence within complementary ...”, *loc.cit.*, p. 1338; J.D., WRIGHT/K.W., WONG-ERVIN, *et al.*, “Comment of the Global Antitrust Institute, George Mason University School of Law, on the Proposed Revisions to the People’s Republic of China Anti-Unfair Competition...”, *loc.cit.*, p. 4.

⁴⁸⁵*Vid.* H. ULLRICH, “Anti-Unfair Competition Law and Anti-Trust Law...”, *loc.cit.*, p. 45.

⁴⁸⁶*Ibid.* p. 42, el autor está a favor, puesto que la competencia regulatoria parece ser vista como una alternativa a la armonización de normas en el ámbito de la UE; en contra del efecto que produce esta competencia regulatoria entre EM, J. STUYCK, “Réflexions sur une meilleure intégration du droit de la concurrence et du droit des...”, *loc.cit.*

⁴⁸⁷Mientras el Derecho *antitrust* nace con los tratados de formación de la CE, el Derecho de la competencia desleal tiene sus orígenes en las revoluciones industriales protegiendo a comerciantes y profesionales; E. J. MESTMÄCKER, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, Leinen, Beck, 2014; J.J. OTAMENDI RODRÍGUEZ BETHENCOURT, *Comentarios a la Ley de ...op.cit.*, p. 69; F. DÍEZ ESTELLA, “¿Réquiem por el artículo 7 de la Ley de Defensa de la Competencia?”, *Diario La Ley*, año XXVI, nº 6373, 2005, pp. 1-26; *id.*, “Las complicadas relaciones entre la ley de defensa de la competencia y la ley de competencia desleal”, *GJUEyC*, nº 213, 2011, pp. 11-34; quién sí está a favor de la unidad en el ordenamiento de la competencia;

como se argumentó, la “unidad funcional” de las disciplinas está viva en muchos aspectos, teniendo en cuenta que son Derecho privado institucional⁴⁸⁸.

Opinión doctrinal a favor. La Doctrina alemana, por ejemplo, entiende que esta relación viene desde los orígenes de la competencia desleal como normas protectoras contra los cárteles, cuándo todavía en Alemania, no contaban con un sólido cuerpo de normas *antitrust*.

Como consecuencia, el concepto de lealtad (*fairness*) en la competencia estaba vinculado al de abuso de posición de posición dominante. Consideran que los regímenes normativos que regulan ambos sectores en leyes especiales han establecido puentes de conexión atendiendo a esta unión en el objetivo de ambos cuerpos jurídicos (doble reproche: *antitrust* y desleal)⁴⁸⁹. Siendo beneficioso para el Derecho de la competencia en general que existan estos puentes.

autores a favor en la doctrina extranjera, A. TROLLER, “The Concept of Competition in European...”, *loc.cit.*, p. 980; desde el punto de vista comparado en Estados Unidos se reconoce el mismo solapamiento en cuestiones de *antitrust* y competencia desleal bajo la *Shermann Act*, R. S. VENNING, “Antitrust and Unfair Competition”, *Litigation*, 1977-1978, pp. 35-56; A. BEATER, *Unlautere Wettbewerb: Unlauterer Wettbewerb aus verschiedenen Perspektiven*, Munich, Mohr Siebeck, 2011.

⁴⁸⁸F. J. SÄCKER, “The Relationship between competition law and unfair competition ...”, *loc.cit.*, en G. HIRSCH/F. MONTAG/F. J. SÄCKER, *Competition Law: European Community....*, *op.cit.*, pp. 16-17; H. ULLRICH, “Anti-unfair Competition Law and Anti-Trust Law”...*loc.cit.*, p. 4 y p. 18; R. Podszun, “Spezielle Wettbewerbsförderung durch Europäisches Lauterkeitsrecht: Plädoyer für ein allgemeines Europäisches Wettbewerbsrecht”, en R. HILTY/F. HENNING-BODEWIG, *Lauterkeitsrecht und Acquis Communautaire, MPI Studies on Intellectual Property, Competition and Tax Law*, vol. 14, Munich, Springer, 2009, pp. 151-180; C. ALEXANDER, “Wege und Irrwege-Europäisierung im Kartell- und Lauterkeitsrecht”, *GRUR Int.*, 2013, pp. 636-641; A. BEATER, *Unlautere Wettbewerb: Unlauterer Wettbewerb aus verschiedenen Perspektiven*, Munich, Mohr Siebeck, 2011; E. ULMER, *La répression de la concurrence déloyale dans les États membres de la CEE....*, *op.cit.*, p. 5 ;E. Steindorff en “Unfair Competition and Passing off in Germany”, *ICLQ, Supplementary Publication* n° 4, 1962, pp. 81-85; En lo que a España se refiere, la jurisprudencia debe ser analizada caso por caso; en la doctrina española, J.I. FONT GALÁN, “La libre competencia en la Comunidad Europea”, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1986; y observando esta difícil relación en la jurisprudencia del TJUE. En el asunto *VAG-SYD* (C- 41/96); y no alimentario entre empresas en Europa”, Bruselas, 31/01/2013, COM (2013) 37 final, p. 12: “El Derecho de la competencia puede aplicarse a determinadas prácticas comerciales desleales en las relaciones entre empresas de la cadena de suministro alimentario y no alimentario. No obstante, no se aplicaría a todas las prácticas de ese tipo, puesto que su objetivo es proteger la competencia en el mercado y regula, por lo general, las situaciones de poder de mercado” ; desde el Derecho comparado, en Estados Unidos se reconoce el mismo solapamiento en cuestiones de *antitrust* y competencia desleal bajo la *Shermann Act*, R. S. VENNING, “Antitrust and Unfair Competition”, *Litigation*, 1977-1978, pp. 35-56.

⁴⁸⁹ Cf. J. D. WRIGHT/ K.W. WONG-ERVIN *et al.*, “Comment of the Global Antitrust Institute, George Mason University School of Law, on the Proposed Revisions to the People’s Republic of China Anti-Unfair Competition Law”, *George Mason University Law and Economics Research Papers Series*, 16-11, 2016, pp. disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2754270; *desleal*, Pamplona, Aranzadi, 1994, p. 72 y también R. ILLESCAS, “Hacia un orden internacional de defensa...”, en J.M. BENEYTO PÉREZ (Dir.)/J. MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS (coord.), *El nuevo Derecho comunitario y español de la Competencia: Descentralización, análisis económico...*, *op.cit.*, p. 79.

73. Aunque todavía y por la diversidad de opiniones y legislaciones, los límites son muy difusos entre ambos conjuntos normativos y su análisis exige desgranar el verdadero objetivo de cada conjunto normativo. Otra causa es precisamente el no reconocimiento de la competencia desleal en todos los niveles de forma uniforme como Derecho privado institucional, colisionando con su objetivo verdadero actual. La defensa por la unidad funcional de ambas materias en determinados aspectos es necesaria por el respeto de los valores de tipo constitucional económico que priman sobre los valores de tipo privado por el bien del buen funcionamiento del mercado interior⁴⁹⁰.

74. Posiciones doctrinales en contra. Por otra parte y de forma diferente a los que preconizan “la unidad funcional” de las dos materias en la dimensión pública, están los defensores de la “separación estricta entre ambos cuerpos jurídicos”. Estos autores han valorado el debate de la “unidad funcional” entre ambas materias como un debate infructuoso puesto que consideran que cada una de las disciplinas tiene un papel diferenciado de forma notoria.

75. OTAMENDI⁴⁹¹, por ejemplo, no trasladaría nunca al Sistema español de Derecho de competencia, la unidad funcional que propugnaban los alemanes, puesto que en su caso, se debe más a razones histórico legislativas.

⁴⁹⁰ H. ULLRICH, “Anti-Unfair Competition Law and Anti-Trust...” *loc.cit.* p. 45. Critica el autor el sistema de libre competencia, que considera controvertido e imperfecto y objeto de numerosas revisiones. De forma más especial, porque este sistema da lugar en el modelo social de la competencia desleal a la confusión entre las normas de libre competencia y competencia desleal; P. OLIVER, *Libre circulación de mercancías en la CEE*, Madrid, BEX Publicaciones, Serie CEE, 1992, p. 244 y p. 249 y ss; A. MATTERA, *El mercado único europeo: sus reglas, su ...*, *op.cit.*, p. 252; J. MASSAGUER FUENTES, “La protección de los signos distintivos y prestaciones objeto de propiedad intelectual ...”, *loc.cit.*, en R. MORRAL SOLDEVILLA (dir.) *et al.*, *Problemas actuales de Derecho de Propiedad ...*, *op.cit.*, pp. 157-197; A. JONES/B. SUFRIN, *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials*, 5ªed. Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 379.

⁴⁹¹ J.J. OTAMENDI RODRÍGUEZ BETHENCOURT, *Comentarios a la Ley de la competencia...*, *op.cit.*, p. 71, En España, más bien, dice el autor (pp. 72-73) que era al contrario. Se llenó el vacío antes de la LCD de 1991, y de la misma LDC de 1986, en la primera Ley de prácticas restrictivas de la competencia (1963) y basándose en los análisis de la doctrina mercantil española como de los URÍA, SÁNCHEZ CALERO, GÓMEZ SEGADÉ y FONT GALÁN; P. RODRÍGUEZ MATEOS, *Sistema de mercado y tráfico internacional...* *op.cit.*, p. 106. En base a lo que se estableció en la Decisión de la Comisión de 15 de julio de 1975 (DO nº L 194 de 25.07.1975, relativa a los residuos), la autora manifiesta que, mediante esta Decisión, la Comisión determinó que al margen de que la conducta sea desleal o leal lo que importa es la represión de los efectos lesivos sobre la competencia. En otra Decisión que también pone de relieve, del año 1974, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado de la CE: “Acuerdos entre fabricantes de vidrio para envases” (DO L 160 de 17.6.1974, p. 1-17) la Comisión estableció en un asunto entre empresas que establecieron precios de exportación de forma igualitaria con el de importación mediante pacto para favorecer la producción nacional y dañar las importaciones del producto, que habían falseado la libre competencia con independencia que tal acuerdo entre empresas se considerase como “competencia desleal” o no, que lo era igualmente; H. ULLRICH, “Anti-unfair Competition Law and Anti-Trust Law”...*loc.cit.*, p. 4. ULLRICH apoya y considera el debate (no sólo doctrinal, sino entre los legisladores nacionales y el europeo) para poder dotar

En la misma doctrina alemana también hay autores que no están a favor de esta unidad funcional. Primero, porque como comenta ULLRICH, en Alemania se abandonó tal pretensión (debido a la entrada del TCEE que diferenciaba ya los comportamientos *antitrust* y los de competencia desleal).

Segundo, porque como ya se ha comentado en el párrafo anterior, esta situación obedecía realmente al problema del vacío legislativo, en cuanto Alemania nunca contó con un cuerpo de normas *antitrust* y la LCD (*UWG*) suplía esta laguna, especialmente en materia de persecución de cárteles y abuso de posición dominante. En Alemania ajustaron los parámetros de la deslealtad a los intereses del mercado (con el consiguiente abandono del Modelo Profesional) mucho antes que en España, pudiendo realizarse esta analogía *iuris* ya desde finales del s. XIX.

a. *More effects based approach* y *more economic approach*: ¿qué modelo seguir?

76. *More effects-based approach*. Los problemas de delimitación surgen como los autores discuten, en torno a la orientación y verdadera función de la institución de la competencia en el Derecho europeo, sobre todo, de las normas *antitrust*, y la falta de regulación de determinadas conductas de doble reproche, dejadas al margen de la armonización material de ambos cuerpos jurídicos.

La institución de la competencia se centra o parece centrarse en los Tratados, en la protección del bienestar del consumidor desde lo que se conoce en el análisis económico como el *more effects-based approach*⁴⁹². Esto es, si las conductas comerciales tienen capacidad por sus efectos de restringir la competencia causando daño al consumidor final entonces son anticompetitivas y en algunos supuestos, desleales, cuando hay consideración de doble reproche. Esto es debido a que la orientación del Modelo Social de la disciplina es proteger

de una verdadera autonomía al concepto de la “deslealtad”, en ámbitos como el de las prácticas restrictivas del comercio, el que todavía es complicada su delimitación.

⁴⁹² R. PODSZUN, “Spezielle Wettbewerbsförderung durch Europäisches Lauterkeitsrecht: Pläyoder für ein allgemeines Europäisches Wettberbsrecht”, en R.M.HILTY/ F. HENNING-BODEWIG (eds.), *Lauterkeitsrecht und Acquis Communautaire*, MPI Studies on Intellectual Property, Competition and Tax Law, vol. 14, Munich, Springer, 2009, pp. 151-180, p. 165 sobre el cambio de la concepción *more economic approach* de las pensamientos posteriores a la Escuela de Chicago; L. PEEPROKORN/K. VIERTIÖ, “Implementing an effects-based approach to Article 82”, *Competition Policy Newsletter*, nº1, 2009, pp. 17-20; “Comunicación de la Comisión- Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes”, 2009/C 45/02, C 45/7, *DOUE*, 24/02/2009; v. gr, aunque enfocado en el Derecho *antitrust* es de interés en el problema de la relación de ambas disciplinas en el Derecho europeo de la competencia; L.-H. ROELLER/O. STEHMANN, “The Year 2005 at DG Competition: The Trend Towards a More Effects-Based Approach”, *Review of Industrial Organization*, nº29, 2006, pp. 281-304; A. JONES/ B. SUFRIN, *EU Competition...*, *op.cit.*, p. 379, que opinan que la competencia sobre los méritos (*competition on the merits*) daña a los competidores en conductas de tipo exclusionario, por ejemplo en precios predatorios más que a la eficiencia en la competencia.

al consumidor, no sólo al profesional de forma directa, teniendo este cariz institucional⁴⁹³. Por ello, algunos autores critican que exista ya un objetivo de tipo ordo-liberal instaurado desde los inicios en la Constitución económica del mercado interior que venía determinado por modelos como el alemán, y la influencia que tuvieron a la hora de hacer los Tratados.

77. *More economic approach.* Otros autores se han mostrado muy críticos con la posibilidad de esta orientación en el objetivo de las normas de Competencia en general tal y como aparecen redactadas de forma actual. Consideran que no se tutela realmente “el bienestar del consumidor” sino que se sigue manteniendo, la concepción ordo-liberal de protección de los intereses económicos de los profesionales y de la economía de mercado de forma macroeconómica⁴⁹⁴.

Esta concepción basa sus razonamientos a la luz del reparto de competencias legislativas del legislador europeo. Esto es, en materia de competencia según lo dispuesto en el TFUE en su art. 4.2.f⁴⁹⁵, no se encuentra

⁴⁹³ De otra parte, porque se apartaron de la concepción ordoliberal cuando se enfocaron en la protección de los consumidores, A. CHIRITA, *The German and Romanian Abuse of Market Dominance in the Light of Article 102 TFEU*, Baden-Baden, Nomos, 2011, p. 139; El cambio hacia un *effects-based approach* sería positivo en la protección al consumidor en cuanto permite un análisis mucho más severo del concepto de “daño a los consumidores”, *id.* “Undistorted, (Un)fair Competition, Consumer Welfare...”, *loc.cit.*, p. 423.

⁴⁹⁴ Desmontando los argumentos de AKMAN de forma muy crítica, P. BEHRENS, “The ordoliberal concept of “abuse” of a dominant position and its impact on Article 102 TFEU”, Nihoul/Takahashi, *Abuse Regulation in Competition Law*, Proceedings of the 10th ASCOLA Conference Tokyo, 2015, disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2658045; O. ANDRIYCHUK, “Can We Protect Competition Without Protecting...”, *loc.cit.*, p. 87: “Economic efficiency and consumer welfare are valuable and legitimate goals of European economic policy as well, but they are not goals of antitrust itself, they are the goals of economic-efficiency policy and consumer-welfare policy respectively”; I. HERRERA-ANCHUSTEGUI, “Competition Law through an Ordoliberal Lens”, *Oslo Law Review*, n° 2, 2015, pp. 139-174; B. KEIRBILCK, *The New European Law of Unfair Competition...*, *op.cit.* p. 521, este autor pone en duda que haya existido nunca dicha concepción (pero este debate se aleja del objeto de esta tesis); Asunto *Continental Can* (C-6/72), fue el caso clave para entender la dinámica del actual artículo 102 TFUE; se considera que mediante este asunto se establece una línea clara en la posición dominante y lo que debía entenderse como abuso, según además los criterios ordoliberales de competencia individual y eficiencia económica más que de protección a los consumidores; a favor de este argumento, A. JONES/B. SUFRIN, *EU Competition Law...*, *op.cit.*, p. 370; A. CHIRITA, “Undistorted, (Un)fair Competition and Consumer...”, *loc.cit.*, p. 427; E. M. FOX, “We Protect Competition, You Protect...”, *loc.cit.*, p. 149, que resalta que en realidad, la Comisión Europea protege a los competidores en vez de los consumidores y la misma competencia.

⁴⁹⁵ *Vid.* S. WEATHERILL, “Chapter 20.-Consumer Protection” en D. PATTERSON/A. SÖDERSTEN (eds.), *A Companion to European Union and International Law*, Oxford, Wiley Blackwell, 2016, pp. 285-296, bastante crítico con mantener todavía la protección al consumidor como competencia compartida; A. CHIRITA, “The EU Control of Unfair Competition Practices...”, *loc.cit.*, p. 369 que considera que estos aspectos son los que provocan que la UE no pueda tener

incluida la protección al consumidor pero sí la búsqueda de la “eficiencia en la competencia” (en cuanto al concepto “distorsión de la competencia”) que se sitúa por delante de este bienestar del consumidor final, en los objetivos del Derecho originario⁴⁹⁶.

Esta eficiencia se controla mediante la observación de los impactos económicos que las conductas comerciales contrarias a la competencia provocan al mercado interior, según los parámetros que nacen el Derecho *antitrust* europeo pero no del Derecho de lealtad en las transacciones comerciales, del que nacen otros parámetros y se observan otras cuestiones⁴⁹⁷.

78. Si bien es cierto que a diferencia de las políticas de protección al consumidor como materia todavía compartida entre el legislador europeo y las legislaciones nacionales de los EM (art. 4 TFUE), la política de competencia es materia exclusiva del legislador europeo (ART. 3 TFUE). Y, a pesar de lo dispuesto en el art. 12 TFUE⁴⁹⁸, que establece el mandato de adaptar las legislaciones de los EM en la medida de lo posible a los parámetros establecidos por el legislador europeo en materia de protección de consumidores que está vinculado íntimamente con la política de competencia⁴⁹⁹.

todavía un derecho contra la competencia desleal que rinda de la misma forma que el Derecho *antitrust*.

⁴⁹⁶ F.J. SÄCKER, “The relationship between competition law and unfair competition...”, *loc.cit.*, en G. HIRSCH/F. MONTAG/F. J. SÄCKER (eds.), *Competition Law...*, *op.cit.*, p. 15.

⁴⁹⁷ En este sentido y siguiendo una línea crítica con los objetivos del artículo 82 especialmente, a los cuales niega un origen y significado ordoliberal, P. AKMAN, “Consumer Welfare” and Article 82 EC: Practice and Rhetoric”, *WCL*, vol. 32, n°1, 2009, pp. 71-90; B. KEIRSBILCK, *The New European Law of Unfair Competition ...op.cit.*; en contra por entender que no existen tales bases ordoliberales sino más bien enfocadas en la protección del consumidor final

⁴⁹⁸ El artículo 12 TFUE reza así: “Al definirse y ejecutarse otras políticas y acciones de la Unión se tendrán en cuenta las exigencias de la protección de los consumidores.”

⁴⁹⁹ B. KEIRSBILCK, *The New European Law of Unfair Competition...*, *op.cit.*, p. 538: “The principle of fair competition has a “structural” (public) aspect as well. The “structural” aspect concerns the establishment and protection of a “system ensuring that competition in the internal market is not distorted”; A. CHIRITA, “Undistorted, (Un) fair Competition, and Consumer Welfare...”, *loc.cit.*, p. 429, en dónde la autora entonces se plantea que si mediante el artículo 3.b TFUE la UE tiene competencia exclusiva para el establecimiento de normas de competencia que son necesarias para el buen funcionamiento del mercado, entonces, si las normas contra la competencia desleal no están incluidas, ¿cuáles son las normas que regulan la función de proteger al mercado? Si la Comisión europea estableciese multas coercitivas o penales mediante las autoridades nacionales de competencia a comportamientos comerciales desleales, se estaría excediendo de los poderes concedidos por el Derecho originario, al menos, los que hasta ahora le conceden los Tratados de funcionamiento actuales. No obstante, hay que atender que el artículo 116 TFUE permite una función de inspección por parte de la Comisión cuándo esta Institución comprueba que existen disposiciones legales, reglamentarias o administrativas de los EM que falsea las condiciones de competencia en el mercado interior y provoca, una distorsión que deba eliminarse.

79. Por ello, estos autores se muestran críticos desde lo que son las bases de estas materias, -protección a los consumidores, Derecho de la lealtad en las transacciones comerciales y Derecho *antitrust*-, en los Tratados⁵⁰⁰. Consideran que no existe una verdadera coherencia entre las normas que conforman el Derecho de mercado y su verdadero objeto en atención al mercado interior y el proceso de integración europea, y es aquí donde está el problema de fondo a resolver.

b. Objetivo del modelo ordo-liberal y la unidad funcional del Derecho de la Competencia

80. Resulta contradictorio entender que la política de competencia de la UE sólo protege a las empresas y la eficiencia económica del mercado interior o la competencia efectiva incluso cuándo determinados comportamientos comerciales de tipo unilateral pueden afectar también los consumidores (influencia indebida, coacción o uso de la fuerza física, etc.)⁵⁰¹, aún no siendo los consumidores finales los destinatarios de las mismas, *i.e.*: sino los clientes o proveedores, por ejemplo⁵⁰². Como se desprende del apartado anterior, los autores consideran que el verdadero objetivo de las normas de Competencia europeas es la protección del interés público de la economía de mercado y los intereses

⁵⁰⁰*Ibid.* CHIRITA, p. 430: “as for common competition rules, the primary purpose of the consumer-protection rules is to achieve harmonized rules among the Member States for the establishment of the internal market”; M. NAMYSLOWSKA, “To B2C or Not to B2C. Some Reflections on the Regulation of Unfair Commercial Practices from a Polish Perspective”, *J. Consumer Policy*, nº 32, 2013, pp. 329-342, p. 330.

⁵⁰¹ Según lo establecido en el Cdo. 16 y el art. 2. J de la DPCD; A. CHIRITA, considera que el TFUE tiene una laguna en cuanto a su artículo 120 y su relación con la eficiente asignación de recursos, puesto que no hay ninguna referencia explícita a producción o procesos dinámicos de protección que apoyen la optimización del bienestar del consumidor, “Undistorted, (Un) fair Competition, Consumer...”, *loc.cit.*, p. 420

⁵⁰² A. CHIRITA, “Undistorted, (Un)fair Competition, Consumer...”, *loc.cit.*, p. 422 y p. 429, en donde la autora se plantea que si mediante el artículo 3.b TFUE la UE tiene competencia exclusiva para el establecimiento de normas de competencia que son necesarias para el buen funcionamiento del mercado, entonces, si las normas contra la competencia desleal no están incluidas, ¿cuáles son las normas que regulan la función de proteger al mercado? Si la Comisión europea estableciese multas coercitivas o penales mediante las autoridades nacionales de competencia a comportamientos comerciales desleales, se estaría excediendo de los poderes concedidos por el Derecho originario, al menos, los que hasta ahora le conceden los Tratados de funcionamiento actuales. No obstante, hay que atender que el artículo 116 TFUE permite una función de inspección por parte de la Comisión cuándo esta Institución comprueba que existen disposiciones legales, reglamentarias o administrativas de los EM que falsea las condiciones de competencia en el mercado interior y provoca, una distorsión que deba eliminarse. Si no se consigue mediante consenso, el Tratado concede al Consejo y al Parlamento mediante el trámite de procedimiento legislativo ordinario adoptar directivas para eliminar tales distorsiones.

colectivos de los consumidores y no la libertad individual, como podía ser el objetivo de los primeros Tratados⁵⁰³.

82. Esta aproximación con el ámbito del Derecho *antitrust* causa tensiones con el objeto de tutela de las normas del Derecho de competencia desleal. Especialmente en países como Alemania, Bélgica o España que tienen dos cuerpos de normas especiales que separan las materias pero con puentes de conexión, como es el caso del art. 3 LDC y el art. 15 LCD.

83. Acumulación de acciones: antitrust-desleal. El problema es más complejo cuándo la aplicación de acciones y normas (*antitrust* y desleal) puede llegar a ser cumulativa. Esto es, que la conducta comercial atentó contra la competencia no distorsionada (reproche *antitrust*) así como contra la prohibición de distorsionar el comportamiento económico (reproche desleal).

84. No obstante, sí existen medios para poder delimitar entre lo desleal y el *antitrust* a estas conductas. Así, por ejemplo, en los actos de boicot que pueden observarse desde ambos reproches puede entenderse que: como actos de competencia desleal contra el competidor se entienden desde la lucha (*fight against*) y como actos contra la propia institución de la competencia como una lucha “con” (*struggle with*)⁵⁰⁴.

Que, todavía en las legislaciones actuales, existe una clara diferencia también entre el tratamiento que reciben las conductas *antitrust* y las conductas de tipo desleal. Una diferencia suficiente para evitar solapamientos, al menos desde sus ámbitos y tratamiento diferenciado como disciplinas de Derecho público y privado respectivamente. Lo que no sucede tan claro en el ámbito del Derecho de la competencia europeo.

85. Reconociendo de forma implícita y explícita esta relación entre el reproche *antitrust* y el reproche desleal. Debate que ha sido retomado por el legislador europeo en materia de prácticas comerciales desleales de tipo *B2B* en relación a las cadenas de suministro alimentario y no alimentario que se explica en la siguiente sección, desde el ámbito del Derecho derivado.

E incluso para otro tipo de conductas anticompetitivas *antitrust* como son los cárteles, por influencia del legislador alemán, con el tradición jurídica de la

⁵⁰³ B. KEIRBILCK, *The new European Law of Unfair Competition...*, *op.cit.*, p. 540. En lo que se presenta adecuado como dice el autor, que las libertades de circulación protegen contra las distorsiones causadas por las diferencias en las legislaciones y el Derecho de la competencia contra las distorsiones causadas por los fallos del mercado; H. ULLRICH, “Anti-Unfair Competition Law and Anti-Trust Law...”, *loc.cit.*, p. 30. En referencia a las directivas de publicidad engañosa y la prohibición contra la competencia desleal protegen el interés público: un sistema de competencia no distorsionada.

⁵⁰⁴ R. CALLMANN, “Unfair competition and antitrust: coexistence within...”, *loc.cit.*, p. 1338

disciplina de la competencia desleal y su evolución histórico legislativa está totalmente unida⁵⁰⁵.

B. Análisis de la relación del Reglamento 1/2003 en relación a determinados comportamientos comerciales desleales de tipo *B2B* y la “unidad funcional”

86. La prueba de fuego para considerar que la relación entre el Derecho *antitrust* europeo y el Derecho contra la competencia desleal existe y no está bien desarrollada en el objetivo del Derecho de la competencia europeo, se encuentra en las contradicciones legislativas⁵⁰⁶.

87. Estas contradicciones legislativas se dice que empezaron a acuciarse por el Reglamento 1/2003⁵⁰⁷, en cuanto dejó total libertad a los legisladores de los EM para seguir manteniendo autonomía en relación al control de ciertas prácticas desleales en el comercio *B2B*, que tenían relación especialmente con el abuso de posición dominante y prácticas colusiones contractuales.

88. El “Cdo. 9” Reglamento 1/2003 muestra estas consideraciones anteriores; *“Por lo tanto, con arreglo al presente Reglamento, los Estados miembros podrán aplicar en sus territorios una legislación nacional que prohíba o sancione los actos de competencia desleal tanto unilaterales como contractuales.”*

89. El artículo 3 del Reglamento precitado, estableció dos excepciones que se consideran problemáticas en cuanto al tratamiento de los solapamientos *antitrust*-desleal.

90. En el apartado 2º del artículo 3º (la llamada “norma de convergencia” en relación a este Cdo. 9º) determina que se podrán aplicar normas nacionales *antitrust* más estrictas que las establecidas en las disposiciones del Derecho de la

⁵⁰⁵ R. M. HILTY/F. HENNING-BODEWIG/R. PODSZUN, “Comments of the Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law, Munich of 29 April 2013 on the Green Paper of the European Commission on Unfair Trading...”, *cit.* 6; J. GLÖCKNER, “Unfair Trading Practices in the Supply Chain, Disparities in Bargaining Power and the Co-ordination of European Contract, Competition and Unfair Competition Law”, *GRUR Int.*, nº12, 2016, pp. 1106-1120.

⁵⁰⁶ Reglamento nº1/2003 sobre la aplicación de los artículos 81 y 82 del TCEE (ahora artículos 101 y 102) y para el control del abuso de posición dominante en el mercado y prácticas restrictivas entre empresas (*undertakings*); Informe sobre la “Aplicación de las normas de competencia de la Unión Europea: aplicación de los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea”, disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=URISERV:l26092&from=ES>

⁵⁰⁷ B. KEIRBILCK, *The new European law of Unfair Commercial Practices...*, *op.cit.*, pp. 483-485.

UE pudiendo aplicarse al mismo tiempo las disposiciones del Derecho *antitrust* europeo por las autoridades nacionales y en relación a conductas de doble reproche *antitrust* y desleal⁵⁰⁸.

La primacía del Derecho *antitrust* europeo en relación al Derecho *antitrust* de los EM que debe estar en alineación está clara (asunto *Wilheim* y el Reglamento 1/2003). Lo que no ha quedado claro es el tratamiento de las conductas de doble reproche que, al no disponer de esta regulación en el ámbito del Derecho originario entra también en algunas ocasiones en colisión con lo dispuesto en las normativas de los EM.

a. Tratamiento del “doble reproche” en el Reglamento 1/2003 y en los EM

91. Los únicos ilícitos de tipo desleal que tienen “consideración de doble reproche” (híbrida) y los cuales son conflictivos, atentatorios del interés público y que a su vez afectan a la estructura misma de la competencia (y no sólo del mercado) son los ilícitos de competencia desleal contra el interés público del mercado, aunque sean considerados de tipo *B2B*, es porque en realidad, son aquellos que nacen entre prácticas dirigidas a la oferta de forma directa – prácticas de tipo horizontal (con incidencia posterior en la demanda).

92. Tipos de conductas “híbridas” a la luz del Derecho europeo y español. MARTÍN ROBLES-LABORDA, indica que son los actos de boicot, discriminación (en materia de precios), explotación del poder de demanda y actos en situaciones de dependencia económica, venta a pérdida, precios predatorios, infracción de normas y publicidad con prima (o venta con regalos). Son las conductas que tienen a la vez que afán de competencia con un carácter masivo ventas a pérdida, prohibición de ofertas conjuntas a consumidores en servicios financieros o de inmuebles, restricciones en materia de precios o medios de promoción de venta, según explica el autor.

93. Aquéllos reconocidos por el artículo 3 de la LDC española (lo que se conoce como “falseamiento de la competencia por actos desleales”⁵⁰⁹) y que, de

⁵⁰⁸*Vid.* Artículo 3.1 del Reglamento 1/2003, en cuanto a las prácticas del *ex.* artículo 81 TCEE (ahora artículo 101 TFUE) pero no en cuanto a las prácticas contenidas en el *ex.* artículo 82 (ahora artículo 102 TFUE); a su vez, Considerando 9 del mismo Reglamento; El apartado 2º, en realidad, como dice ULLRICH establece mediante el principio de subsidiariedad que sean los EM los que legislen en cuestiones menos relevantes, *i.e.*: en materia de protección de PyMES.

⁵⁰⁹El artículo 15 de la LCD (que exige que la ventaja competitiva por infracción de normas al mercado sea significativa).

forma posible, fuesen los que el legislador europeo estableció en el artículo 3.3 del Reglamento 1/2003⁵¹⁰.

94. Ejemplo español del “doble control” : la deslealtad cualificada.

En la resolución adoptada por la CNMC y la Audiencia Nacional contra Gas Natural (2013)⁵¹¹, que de forma posterior, ha sido reiterada por el Alto Tribunal español en casación, en dónde la AN reitera tras un expediente sancionador que le impuso la *ex. CNC* en el año 2011, que la campaña de información que Gas Natural realizó en el año 2009 era engañosa para sus clientes (consumidores) y desleal para con sus competidores. Se le hace responsable de una violación al artículo 2 de la LDC y el artículo 102 TFUE por obstaculización de la competencia en materia de suministro eléctrico (mediante el artículo 3 LDC se examinó la deslealtad previa del comportamiento contra el resto de los competidores)⁵¹².

95. Derecho comparado entre Estados miembros. Países como Italia y

Francia no tienen una ley especial contra la competencia desleal como sí tienen España y Alemania. En Francia⁵¹³, estas conductas se penalizan en el *Code de Commerce*, y se tienen por *pratiques restrictives de concurrence (déloyale)* diferenciándose de las *pratiques anti-concurrentielles (antitrust)*. En Alemania en la Ley contra las prácticas restrictivas de la competencia (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*); en España, la regulación de las ventas a pérdida se controla en el ámbito de la LCD, artículo 17 y otros tipos de discriminaciones en materia de precios y modalidades/condiciones de venta (artículo 16)⁵¹⁴.

96. Derecho comparado con terceros Estados. También, en Estados

Unidos. se plantea el debate de establecer o articular un vínculo de métodos

⁵¹⁰A. MARTÍN ROBLES-LABORDA, “El falseamiento de la libre competencia por actos desleales: GAS...”, *cit.*; *id.* “La distorsión de las condiciones de competencia...”, *loc.cit.*, p. 442; F. DÍEZ ESTELLA, “¿Réquiem por el artículo 7 de la ...”, *loc.cit.*, p. 11.

⁵¹¹SAN Sala de lo Contencioso Secc. 6ª, nº 476/2011, de 29/04/2013

⁵¹²A. ROBLES MARTÍN LABORDA, “El falseamiento de la libre competencia por actos desleales: GAS NATURAL”, disponible en: <http://derechocompetencia.blogspot.com.es/2016/04/el-falseamiento-de-la-libre-competencia.html>;

o las últimas resoluciones de la AN Sala de lo contencioso nº 476/2011 de 29/04/2013 contra Gas Natural (que avalaba la multa impuesta por la *ex. CNC*) y la posterior sentencia del TS del 2016 en casación reiterando la multa a Gas Natural por abuso de posición dominante. También se puede rechazar este reproche doble si se prueba que la conducta no fue susceptible de afectar por sí misma al interés público, como sucedió en el asunto FACUA/TELEFÓNICA, Expte. R/AJ/103/15 FACUA/TELEFÓNICA, de 29/10/2015; Expte. R/AJ/ 102/15 FACUA/ORANGE, 29/10/2015.

⁵¹³Tanto en Francia (*Code de la Consommation*, concretamente el artículo L-120 y siguientes) como en Italia (*Codice del Consumo*), el ilícito de competencia desleal *B2C* se protege mediante un Código de Consumo que adaptó y transpuso como en Reino Unido (*Consumer Protection from Unfair Trading Regulations*), la DPCD. A su vez, los ilícitos *B2B* tienen cabida desde la cláusula general de la responsabilidad extracontractual (art. 1382 CC) como se analizó en el capítulo I (As. *MARRIAGE FRÈRES*, Capítulo V); A. BALLOT-LÉNA, “Les pratiques des affaires saisies par le droit commun de la responsabilité civile français”, *Revue Générale du Droit*, 2016, pp.1-12

⁵¹⁴J. STUYCK, “Addressing unfair competition Practices in business-to-business...”, *loc.cit.*, p. 15; B. KEIRBILCK, *The New European Law of Unfair Competition...*, *op.cit.*, p. 488.

desleales de competencia consistente y coherente con los instrumentos que luchan contra las conductas anticompetitivas *antitrust* que pueden ser considerados a la vez, desleales.

En la *FTC* de Estados Unidos este tipo de conductas híbridas están reguladas en la *Section 5* de la *Shermann Act* y actúan para rellenar las lagunas que el Derecho *antitrust* no ha cubierto.

97. No obstante, dicen los autores, que el sistema que durante cien años ha regido en Estados Unidos por la *FTC*, al no haber contado con una definición consistente de “métodos de competencia desleal” (*unfair trade practices*), ha traído más problemas que soluciones. La *FTC* ha corregido, de forma reciente, esta falta y ha abrazado el concepto *ex ante* de deslealtad, esto es, aquél que según los autores hace a las dos disciplinas complementarias abandonando el concepto *ex post*, aquél que las hace sustitutivas y que ha sido el erróneo en una economía que debe ser a la par que competitiva, eficiente y proteger a los consumidores contra los fallos del mercado.

98. Si la conducta se puede abordar desde el ámbito del Derecho *antitrust*, entonces no se usará la *Section 5* que recoge los métodos desleales de competencia, que sólo es complementaria. Sin embargo, el Congreso de los Estados Unidos, para ser congruente con esta visión, ha preferido no se definan los métodos sino que actúan de forma complementaria al Derecho *antitrust*, cuándo así sea necesario, creando para ello una autoridad especializada encargada y que no se solapen las medidas *antitrust* con estos actos, tal como CHIRITA propone para la Comisión Europea⁵¹⁵.

b. Germen del problema: el apartado 3º del artículo 3 Reglamento 1/2003

99. El apartado 3º del artículo 3º también es problemático. En este sentido, resulta serlo en cuanto al tratamiento de estos comportamientos unilaterales *antitrust*-desleales *B2B*⁵¹⁶, no armonizados, debido a lo establecido en el apartado 2º.

⁵¹⁵J.D.WRIGHT, What's your Agenda?, *FTC*, Washington DC, 2013, pp. 1-21, p. 8, disponible en: https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/whats-your-agenda/130411abaspringmtg.pdf, D. S. CLARK (Secretary of the Federal Trade Commission), “Statement of Enforcement Principles Regarding “Unfair Methods of Competition” Under *Section 5* of the *FTC Act*”, *FTC*, Washington D.C. 20580, 13/08/2015, disponible en: https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/735201/150813section5enforcemnt.pdf; M.K.OHLHAUSEN (Commissioner *FTC*), “A SMARTER *Section 5*”, *US Chamber of Commerce*, Washington, 25/09/2015, disponible en: https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/804511/150925smartersection5.pdf

⁵¹⁶H. ULLRICH, “Anti-Unfair Competition Law and Anti-Trust Law...”, *loc.cit.*, p. 7 y p. 41, en el que está de acuerdo cuándo se dejó en manos de los legisladores esta cuestión por la gran variedad en las legislaciones de los EM en materia de abusos de posición dominante y deslealtad entre comerciantes; J. STUYCK, “Do We Need “Consumer Protection” for Small Businesses at the EU Level”, en K. PURNHAGEN/P. ROTT (eds.), *Varieties of European Economic Law and Regulation (Liber Amicorum for Hans Micklitz)*, *Studies in European*

100. STUYCK explica que tal como está redactado el apartado 3º del Reglamento 1/2003, se autoriza a los EM a la aplicación de una prohibición contra la competencia desleal de una práctica concurrencial, realmente autorizada en vista al Derecho de la competencia europeo. Por lo que existe contradicción en las sanciones, si estas prácticas las tienen que conocer las Autoridades Nacionales de Competencia de los EM y no la jurisdicción ordinaria, por la vía de las acciones privadas.

101. La aplicación de las normas nacionales en materia de prácticas comerciales desleales puede igualmente colisionar con los objetivos del Derecho de la competencia: garantizar la competencia efectiva en el mercado, en prácticas que no son restrictivas y que están autorizadas por el Derecho de la competencia europeo pero no en los EM⁵¹⁷.

102. Esta protección contra las conductas de doble reproche en el nivel legislativo nacional se otorga con independencia de los efectos de las mismas prácticas desleales en el mercado que sean de tipo *B2C* por su cierto grado de armonización. ULLRICH considera que no es que no se tengan en cuenta sino que parte de los límites establecidos en el Derecho *antitrust* europeo en contradicción con estas legislaciones nacionales a las cuales dio libertad para regular los puentes de conexión entre ambas, en su Cdo. 9º.

103. Sin embargo, el mismo autor justifica la falta de delimitación por parte del legislador europeo en cuanto, ampliar el “test de lealtad” a conductas de doble reproche de forma desmedida podría inhibir la competencia siendo una amenaza al mismo contenido del derecho a la libre competencia y un intervencionismo no justificado por parte del legislador europeo. Un excesivo intervencionismo en una institución que es de Derecho privado e incluso siendo Derecho privado institucional, no tiene cabida en nuestra tradición jurídica del Derecho contra la competencia desleal.

Economic Law and Regulation, vol. 3, Heidelberg/New York/London, Springer, 2014, pp. 359-370, p. 366: “*The Commission rightly observes that the competition rules of the Treaty do not deal expressly with exploitative conduct if it is not an abuse of a dominant position. It could be added that the fight against exploitative conduct (as opposed to exclusionary conduct) is not even a Policy priority of the European Commission in applying the Competition rules*”.

⁵¹⁷J. STUYCK, “Réflexions sur une meilleure intégration du droit de la concurrence et du droit des pratiques commerciales déloyales...”, *loc.cit.*, p. 475; lo que denomina el autor como el *effet réflexe* del derecho de la competencia en la competencia desleal, “L’ Éffet réflex du droit de la concurrence sur les normes de loyauté de la loi sur les pratiques du commerce”, note Cass., 7 janvier, 2000, *RCJB*, 2001, pp. 256-269.

104. Constante tensión entre ambas disciplinas. Existe, por tanto, una constante tensión, así como contradicción mediante esta regulación entre los objetivos del Derecho *antitrust* (proteger la competencia/estructura) y la competencia desleal (que protege la lealtad en la competencia mediante la protección de los intereses de los participantes en el mercado/comportamientos).

105. Tampoco existe la obligación de aplicar el Derecho europeo *antitrust* a los casos que afecten el comercio transfronterizo de los EM ni la norma de convergencia del apartado 2º excluirá en el tratamiento de conductas de doble reproche la aplicación de normas nacionales que persiguen un objetivo diferente a los artículos 101 y 102 TFUE (en relación a lo que se establece en el Cdo. 9º del Reglamento 1/2003).

106. En Bélgica, por ejemplo, la *Cour de cassation* considera que un comportamiento de una empresa que ha distorsionado la competencia pero que está autorizado tanto por el Derecho europeo como por el Derecho belga de la competencia, no puede ser prohibida sobre la base del respeto a los usos honestos cuándo consiste exclusivamente en una restricción de una conducta comercial desleal de tipo *B2B*⁵¹⁸.

107. STUYCK, de nuevo valora, que por esta circunstancia no se han podido prevenir conductas comerciales proteccionistas por parte de los EM, que no se consideraron como conductas anticompetitivas sino solo como desleales y por ello no se armonizaron de forma debida⁵¹⁹.

108. Nota específica. Por otra parte, es cierto que a nivel procesal y procedimental, las normas *antitrust* y de competencia desleal no van a colisionar, por ser las primeras tratadas desde procedimientos de tipo administrativo y las segundas, tratadas desde procedimientos relativos a jurisdicción no administrativa.

Sin embargo, sí pueden hacerlo en el ámbito del Derecho sustantivo⁵²⁰. Donde se ha comentado que debe repararse en su tratamiento.

⁵¹⁸Cf. J. STUYCK, “Réflexions sur une meilleure intégration du droit de la concurrence et du droit des pratiques commerciales déloyales”, *RIDE*, nº4, t.XXV, 2011, pp. 455-479, p. 475 ; B. KEIRSBILCK, *The New European Law of Unfair Commercial Practices...*, *op.cit.*, p. 551.

⁵¹⁹F. DIEZ ESTELLA, “¿Réquiem por el artículo 7 de la Ley de Defensa de la Competencia?”, *Diario La Ley*, año XXVI, Nº6373, 2005, pp. 1-25, *loc.cit.*, p. 11.

⁵²⁰J. STUYCK, “Addressing unfair competition practices in business-to-business...”, *loc.cit.*, p. 15; J. MASSAGUER FUENTES, *Comentarios a la Ley de Competencia desleal...*, *op.cit.*, p. 73: “Entre la ley de Defensa de la Competencia y la Ley de Competencia desleal no se produce, sin embargo un concurso material de acciones; en Alemania, las prácticas comerciales predatorias aunque reconocidas ya en el ámbito objetivo del derecho *antitrust* en orden a prevenir abusos de posición dominante, pero las acciones procesales que derivan del Derecho *antitrust* son concurrentes a las que se pueden establecer por competencia desleal contra estas prácticas, por razones procesales”; H. ULLRICH, “Anti-Unfair Competition Law and Anti-Trust Law...”, *loc.cit.*, p. 38.

109. Entonces, lo que el artículo 3.3 trata como un problema de división de competencias o atribución de poder a las autoridades en relación al Derecho *antitrust* europeo y el de los EM, es un problema realmente de “primacía de valores”.

110. Problema que no se resolvió con esta delegación de competencias en las autoridades de los EM en materia de conductas de doble reproche que influyen incluso en el ámbito del Derecho contractual porque debía haber sido subsanado desde la armonización material de estos cuerpos de forma coherente⁵²¹.

111. De esta forma, si las prácticas comerciales desleales *B2B*, que pueden ser perseguidas por el legislador nacional, en realidad, tienen el objetivo de cuidar la competencia efectiva en el mercado interior, deberían revisarse los apartados 2 y 3 del art. 3, especialmente cuando tienen una gran cercanía con las conductas *antitrust* y pueden ser sancionadas de forma administrativa por las autoridades de Competencia de los EM.

Eliminado o clarificando aquellas normas nacionales que persiguen otro objetivo diferente a las prácticas restrictivas de la competencia, en orden a facilitar una verdadera integración⁵²².

112. Posible solución alternativa. La clave, quizás, está en delimitar de forma adecuada la posible deslealtad “cuantificando los efectos y el daño a los consumidores” que se llegan a realizar por medio de la realización de las mismas⁵²³. Teniendo en cuenta que el consumidor ya es pieza clave en el Derecho de la competencia europeo para ambos conjuntos normativos, aunque la redacción de los artículos 101 y 102 TFUE de lugar a equívocos en cuanto a su debate en la orientación que tiene que parece más neo ordo-liberal.

c. Soluciones doctrinales a favor de la “divergencia” y delimitación total de objetivos

113. Con todo ello, la Doctrina especializada en este particular, siempre ha hecho sugerencias al legislador europeo a enmendar esta brecha que

⁵²¹*Ibid.* (ULLRICH). Es cierto que el artículo 3.3 se realizó antes que la DPCD y la armonización de máximos llevada a cabo por la misma Directiva. Es importante ponerlo de relieve, porque todavía los EM tenían capacidad para delimitar y legislar sobre lo que consideraban como conductas unilaterales de comercio desleal y prácticas comerciales desleales así como también podían establecer sus límites respetando los establecidos en el Derecho originario; B. KEIRSBILCK, *The New European Law of Unfair Competition...*, *op.cit.*, p. 493.

⁵²²*Cf.* J. STUYCK, “Réflexions sur une meilleure intégration du droit de la concurrence et du droit des pratiques commerciales...”, *loc.cit.*, p. 477.

⁵²³*Ibid.*

provocaron los apartados 2 y 3 del artículo 3 del Reglamento 1/2003 en la cuestión de los comportamientos unilaterales de doble reproche.

114. ULLRICH propone que para lograr este objetivo se deba; o bien ampliar, enmendar el Reglamento 1/2003; o bien reinterpretar el artículo 2.2 del mismo Reglamento entendiendo que sólo existe una política de competencia en el ámbito del mercado interior, la europea (y que no convive con el resto de políticas de competencia de los EM de forma aparente)⁵²⁴.

115. También considera el autor que debe dotársele de una mejor coordinación entre el Derecho europeo de la competencia, el nacional y la posibilidad de ampliar el espectro de protección del ámbito personal de la DPCD a este tipo de conductas comerciales desleales de tipo *B2B*⁵²⁵ (que sí se contiene en la Directiva de publicidad engañosa y comparativa, especialmente en contratos publicitarios).

d. Soluciones doctrinales a favor de la “convergencia” y otros aspectos relacionados con el control de las conductas de doble reproche

116. Otros autores consideran que las diferencias no son tan grandes para activar una armonización en base al artículo 114 TFUE, si realmente se necesitase⁵²⁶.

117. Solución doctrinal: concepto de deslealtad ex ante. Estos autores de lege ferenda proponen, una interpretación sistemática de las normas del Tratado y del Derecho derivado del Derecho de la competencia en general, así como la inclusión de un artículo parecido al artículo 3 de la LDC y el artículo 15 de la LCD españolas o lo establecido en la ley de competencia desleal alemana (*UGW*) y la

⁵²⁴H. ULLRICH, “Anti-Unfair Competition...”, *loc.cit.*, p. 40.

⁵²⁵J. STUYCK, “Réflexions sur une meilleure intégration du droit de la concurrence et droit des...”, *loc.cit.*, pp. 455-479; *id.* “L’effet réflexe du droit de la concurrence sur les normes...”, *loc.cit.*, pp. 256-269; J. GLÖCKNER, “Unfair Trading Practices in the Supply Chain, Disparities in Bargaining...”, *loc.cit.*, pp. 1106-1120; W. FRENZ, *Handbook of EU Competition...*, *op.cit.*, pp. 242-245 ; pp. 706-719.

⁵²⁶En contra, con razones de peso, J. STUYCK, “Réflexions sur une meilleure intégration du droit de la concurrence et du droit des pratiques commerciales...”, *loc.cit.*, p. 476: “*Il n’est pas certain que les disparités qui en résultant sont suffisamment importantes pour justifier une harmonisation au niveau européen (sur la base de l’article 114 TFUE)*”. Considera demasiado artificial y difícil una distinción en la práctica así como que no está probado que estas diferencias sean tan importantes en materia de relaciones *B2B* como para poder llegar a ser considerado un obstáculo al mercado interior. De hecho, el autor en un artículo posterior (“Do We Need “Consumer Protection” for Small Businesses at the EU Level?”, *loc.cit. supra*, p. 366) lo vuelve a considerar de la misma forma añadiendo que no se ha podido probar en el ámbito de la jurisprudencia del TJUE siendo este aspecto un *handicap*: “*Article 3.3 of Regulation No 1/2003 does not oppose to the existence of diverging rules to protect traders against abusive Practices that have another objective that of the EU Competition rules; i.e.: the protection of weaker traders against economic against trading partners on which they are dependent*”.

normativa belga, así como también lo considerada sobre el sistema de la *FTC* norteamericano (dando un concepto de deslealtad *ex ante* y no *ex post*⁵²⁷) en el TFUE⁵²⁸.

118. Estas medidas consideraron debe ser incluidas de forma clara en el ámbito del Derecho originario. De la misma forma que se establecieron para Derecho *antitrust*. Este particular tiene relación con la segunda brecha reseñada: el tipo de control que estas conductas de doble reproche merece.

119. Tanto la Comisión como las autoridades nacionales de competencia aplican lo dispuesto en el art. 101 y 102 TFUE existiendo un doble control para aquellas conductas que no son las perjudiciales para el comercio entre EM y el Derecho *antitrust* europeo⁵²⁹.

120. Asunto RAMBUS como ejemplo de propuesta de solución⁵³⁰. DREXL analiza el asunto *RAMBUS* en el que la *FTC* aplicó a un caso de infracción de patentes mediante “emboscada” (*ambush Patent*), las disposiciones de la Sección 2º de la *Sherman Act* que se puede corresponder con lo expresado en el ex. artículo 82 TCE (art. 102 TFUE) sobre abuso de posición dominante como se ha puesto de relieve.

La Sección 2º de la *Sherman Act* establece el abuso de posición de dominio estableciendo de forma clara la importancia de la intencionalidad de los sujetos en este tipo de ilícitos concurrenciales⁵³¹; a diferencia de lo establecido en

⁵²⁷J.D. WRIGHT, “What’s your Agenda?...”, *loc.cit.*, pp. 1-21, p. 8

⁵²⁸J.D. WRIGHT/K.W. WONG-ERVIN, *et al.*, “Comment of the Global Antitrust Institute, George Mason University School of Law, on the Proposed Revisions to the People’s Republic of China Anti-Unfair Competition...”, *loc.cit.*, p.4: “*Tying unfairness to antitrust principles ensures the alignment of unfairness with the economic principles underlying competition laws*”.

⁵²⁹*Ibid.* (KEIRBILCK), p. 490: Por ejemplo, ampliando el ámbito de protección de la DPCD a la protección de las relaciones *B2B* cuándo no existe un daño a los consumidores pero sí entre competidores y de forma especial a las PyMES contra abusos de poder en negociaciones comerciales (*bargaining power*). Y, que además estas prácticas no estuviesen contenidas en la Lista negra dada por la DPCD, puesto que como muchos autores han comentado, estas prácticas no afectan a los intereses de los consumidores sino a los de los competidores.

⁵³⁰Asunto *Rambus* (Caso COMP/38636): un asunto sobre patentes que incluye la acusación a la empresa *Rambus* de incitar de forma intencionada al engaño a los consumidores que podría ser también observada desde las normas contra la competencia desleal; asunto *Microsoft*, otro asunto de abuso de posición dominante en el mercado; asunto *Microsoft* (T-201/04); J. DREXL, “Deceptive Conduct in a Patent World”, en W. PRINZ/M. J. ADELMAN/ R. BRAUNEIS/J. DREXL (eds.), *Patents and Technological Progress in a Globalized World; Liber Amicorum Joseph Straus*, MPI Studies on Intellectual Property, Competition and Tax Law, vol. 6, Munich, Springer 2009, pp. 137-156, esp. pp. 144-146, que sugiere una aproximación parecida a lo aplicado en el asunto *Rambus* (*Rambus Inc. Vs. FTC- D.C. Cir 2008*); F. J. SÄCKER, “The relationship between competition law and unfair competition...”, *loc.cit.*, pp. 16-18; A. CHIRITA, “The EU Control of Unfair Competition Practices...”, *loc.cit.*, p. 364.

⁵³¹No obstante, no toda restricción, según la *Sherman Act*, es constitutiva de una infracción. En este sentido, se asemeja al Derecho de la competencia europeo, en cuanto se valoran las excepciones. Por ejemplo, no toda posición de dominio en el mercado, adquirida de forma leal y *on the merits*, no debe considerarse anticompetitiva *per se*, sino su abuso en relación a otros

el ámbito del Derecho europeo contra las conductas de abuso de posición dominante, la *Sherman Act* actúa contra las conductas “exclusionarias”.

121. DREXL considera que el legislador europeo podría tomar nota de este aspecto, puesto que el art. 102 TFUE lo que requiere es que la posición de dominio sea al mismo tiempo “abusiva”, a diferencia de lo establecido en la Sección 2º de la *Sherman Act*, siendo muchas de las conductas comerciales de tipo engañoso contra el consumidor perseguidas por las normas nacionales contra la competencia desleal.

122. De otro lado, la Sección 5.a.1 de la *Sherman Act*, está enfocada en la protección contra la publicidad engañosa *B2C* aunque no la publicidad desleal de tipo *B2B*. Declara todo método competitivo que afecte al comercio y el mercado de forma engañosa como desleal pero sin necesidad de causar el daño competitivo de forma efectiva para poder perseguirlo.

A pesar de sólo establecer los medios contra la publicidad engañosa *B2C*, la *FTC* parece que hace extensiva esta protección a cualquier participante en el mercado.

En el reciente asunto *ROCHE –NOVARTIS*⁵³², el TJUE se ha enfrentado a un supuesto de publicidad engañosa y conducta relativa al establecimiento de precios y prácticas del artículo 101 TFUE. En la misma, parece que existe un progreso actual en la relación que se viene poniendo de relieve. Destaca de la STJUE como novedad que, al considerarse en este tipo de supuestos de Derecho *antitrust* que existió publicidad engañosa y causando un considerable daño a la competencia (y no sólo al consumidor final), el TJUE la encaja en las prohibiciones que no necesitan mostrar el impacto real en la competencia de forma efectiva. Solo por el mero hecho de ponerlas en la práctica, son ya anticompetitivas.

Se muestra de nuevo que el verdadero objetivo del Derecho de competencia europeo es la protección de los consumidores o al menos, el TJUE así lo está reiterando en sus últimas decisiones, especialmente si en la práctica se realizó publicidad engañosa que es un acto reconocido de competencia desleal. Acercando a ambas disciplinas constantemente.

123. La propuesta que hacen algunos autores, como CHIRITA, es que la Comisión cuente con el poder suficiente para perseguir determinadas conductas de “abuso de posición dominante” que conlleven un elemento añadido de deslealtad (de forma parecida a la que dispone la *FTC* contra conductas de tipo

competidores del mismo mercado; A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Mercado único y libre competencia...*, *op.cit.*, p. 163, esto se basa, precisamente, en la *rule of reason* y el *equity* que deben valorar los mismos juzgadores en relación al tipo de conducta, y como establecen los autores, al valorarlo de esta forma. Se obtiene una respuesta que va más allá de la literalidad de la norma, intentando obtener una respuesta basada en la justicia material y la equidad.

⁵³² Asunto *Roche- Novartis* C-179/16; J. N. OTEGUI NIETO, “The Roche-Novartis case: is competition law widening its frontiers?”, 29/03/2018, disponible en: <https://embudojuridico.com>

híbrido). Sin la necesidad de tener que proponer una reforma del TFUE en cuanto a las competencias otorgadas de forma actual a la Comisión Europea⁵³³.

SECCIÓN II.- LEALTAD COMERCIAL EN EL DERECHO DERIVADO EUROPEO: Aspectos de Derecho privado

I. La “fallida” armonización material del Derecho contra la competencia desleal en el mercado interior: causas y desarrollo

1. Verdadero objetivo del Derecho de la lealtad comercial en el mercado interior

124. La presunta armonización material de la disciplina del Derecho de la competencia desleal se ha considerado deficiente y, en algunos casos, hasta inexistente. Ello si se tiene en cuenta el objetivo de la disciplina en su Modelo Social reconociéndola como una institución de Derecho institucional privado y no solo Derecho privado y la trilogía de intereses que tutela en su Modelo Social.

Se ha llegado a considerar que este proceso armonizador es, ha sido, y posiblemente siga siendo por el estado actual de la normativa, uno de los procesos de armonización más difíciles y complicados en la UE por numerosas razones⁵³⁴.

Algunas vienen explicadas por la “posición” y lagunas de las que se ha dado noticia en el ámbito del Derecho originario siendo de las más influyentes⁵³⁵, así como otros aspectos de política legislativa en lo referente a su tratamiento, que se explican a continuación.

125. Una de las cuestiones que más llaman la atención de este “fallido” proceso de armonización que se dice culmina (de momento) en la DPCD es, que es una Directiva de máximos (aunque este aspecto no consigue armonizar de

⁵³³F. DÍEZ ESTELLA, “¿Réquiem por el artículo 7 de la LDC...?”, *loc.cit.*

⁵³⁴F. HENNING-BODEWIG, “Secondary Unfair Competition Law”, en R. HILTY/F. HENNING BODEWIG, *Law Against Unfair Competition...*, *op.cit.*, pp. 111-125, pp.11-113; W. SCHUHMACHER, “The Unfair Commercial Practices Directive”, en *op.cit.*, *supra*, pp. 127-137, que hace un resumen de la trayectoria de la misma DPCD destacando su “*eventful legislative history*” una de las dificultades a las que siempre se enfrenta el legislador europeo con estas normas es la “heterogeneidad” de las mismas, N. BINCTIN, “Le droit de la concurrence déloyale- Perspectives français et européen”, en J. DE WERRA *et al.*, (ed.), *Défis du droit de la concurrence déloyale...*, *op.cit.*, pp. 73-99, p. 77; T. MÖLLERS/A. HEINENMANN, *The Enforcement of Competition law in Europe*, Cambridge, Cambridge University Press (The Common Core of European Private Law), 2007

⁵³⁵Por ejemplo, J. STUYCK, Do We Need Protection for Small Businesses at the EU Level?... *loc.cit.*, en K.PURNHAGEN/P. ROTT, *Varieties of European Economic Law and Regulation...*, *op.cit.*, pp. 359-371, esp. pp. 365-366, que atiende con especial atención a este problema legislativo que tiene sus bases en el ámbito del Derecho originario así como el proceso de armonización para cumplir con el objetivo del art. 114 del TFUE;.

forma total, el Derecho de lealtad comercial en el mercado interior)⁵³⁶. Esta particularidad entraba en contraste con las técnicas llevada a cabo en las anteriores Directivas como es la Directiva de publicidad comparativa y engañosa, puesto que se elaboraron en armonización de mínimos⁵³⁷.

126. Aspectos que no armoniza son, por ejemplo, el tipo de *enforcement* y medios de tutela procesal (aspecto muy criticado por la Doctrina)⁵³⁸, las cuestiones de DIPr (aunque en el proyecto de DPCD es cierto que existía una norma de conflicto que finalmente, por cuestiones de política legislativa⁵³⁹, no llegó a concretizarse⁵⁴⁰); la exclusión de la regulación de prácticas comerciales

⁵³⁶ S. WEATHERILL/U. BERNITZ, “Introduction”, *loc.cit.*, en S. WEATHERILL/U. BERNITZ (eds.), *The Regulation of Unfair Commercial Practices under...*, *op.cit.*, p.2; M. DUROVIC, *European Law on Unfair Commercial Practices and Contract Law*, Oxford/Portland, Hart publishing, 2016; B. B. DUIVERVOORDE, *The Consumer Benchmarks in the Unfair Commercial...*, *op.cit.*, p. 18; T. MÖLLERS, “Part. I. Remedies in Unfair Competition and Consumer Protection Law”, en T. MÖLLERS/A. HEINEMANN, *The Enforcement of Competition Law in Europe...*, *op.cit.*, pp. 5-8.

⁵³⁷ R. GARCÍA PÉREZ, *Libre circulación de mercancías...*, *op.cit.*; G. SCHRICKER, “Twenty-five years of protection against...”, *loc.cit.*, pp. 782-801 y últimos desarrollos del Derecho de la Competencia Desleal en Europa”, *RGD*, abril 1993, pp. 3291-3311; A. MATTERA, *El mercado único europeo...*, *op.cit.*

⁵³⁸ Causando como consecuencia de esto, mayor fragmentación normativa, B. KEIRSBILCK, *The New European Law of Unfair Commercial Practices...*, *op.cit.*, p. 561; J. M. AYALA MUÑOZ, “Aspectos jurídicos procesales del nuevo Derecho contra la competencia desleal...”, *loc.cit.*, pp. 13-14; T. MÖLLERS, “Part. I. Remedies in Unfair Competition and Consumer Protection Law”, en T. MÖLLERS/A. HEINEMANN (eds.), *The Enforcement of Competition Law in Europe...op.cit.*, p. 9, lamentan que la DPCD, a diferencia del Reglamento nº 2004/2006 sobre la protección a los consumidores no estableciese ningún tipo de acción contra las prácticas comerciales desleales, puesto que fue uno de los aspectos (la armonización de acciones procesales en materia de competencia desleal) que el legislador decidió dejar en manos de los EM. El Reglamento sí establece que se imponga una agencia que pudiese sancionar las infracciones transfronterizas; en la jurisprudencia, se destaca entre otros, el asunto *UPC Magyarország* (C-388/11) relativo a una cuestión prejudicial sobre los conceptos de práctica engañosa, diligencia profesional y consumidor/es; asunto *Köck* (C-206/11): “La Directiva deja a los Estados miembros un margen de apreciación respecto de la elección de las medidas nacionales destinadas a combatir, conforme los artículos 11 y 13 de la citada Directiva, las prácticas comerciales desleales, a condición que dichas medidas sean adecuadas, eficaces y de que las sanciones así previstas sean efectivas, proporcionadas y disuasorias”. En cierta medida puede verse la similitud con la redacción del artículo 10 *ter* CUP en cuanto deja a los Estados margen suficiente para poder establecer las medidas que quieran y para entablar recursos jurídicos necesarios para combatir estas prácticas en el ámbito europeo; M. LEITSNER, “Unfair Competition or Consumer Protection?...”, *loc.cit.*, pp. 168-172; W. FITKENTSCHER *et.al.*, *FairEconomy...*, *op.cit.*, pp. 131-147.

⁵³⁹ M. LEITSNER, “Unfair Competition Law Against Imitations...”, *loc.cit.*, en J. BASEDOW/J. DREXL/A. METZGER/ A. KUR (eds.), *Intellectual Property and Conflict of...*, *op.cit.*, p. 130.

⁵⁴⁰ Algunos autores consideraron que este particular fue favorable, por la estructura de la Directiva, P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “The Private International Law of Intellectual...”, *loc.cit.*, en S. LEIBLE/A. OHLY, *Intellectual Property and Private International...*, p. 37; *id.* “Capítulo II.-Bienes inmateriales. Derecho de la Competencia...”, *loc.cit.*, en *Derecho de los negocios internacionales*, *op.cit.* p.156.

desleales de tipo *B2B*; los aspectos relativos al ámbito del consumo en mercados financieros⁵⁴¹; la Lista Negra que contiene que se ha considerado más bien una Lista Gris en cuanto a como se redactaron las prácticas comerciales en la misma⁵⁴², etc.

127. Conclusión parcial. La DPCD es una pieza legislativa clave para el control de las conductas comerciales desleales, pero muy “incompleta” en numerosos aspectos porque deja el proceso de armonización material en mayor fragmentación. De hecho, es que no puede afirmarse existe en el mercado interior en relación a la competencia desleal⁵⁴³. Algo que generó cierta preocupación y ponían de relieve autores como MASSAGUER y que siguen poniendo de relieve⁵⁴⁴.

⁵⁴¹ H. COLLINS, “Harmonization by example: European laws against unfair competition practices”, *Modern Law Review*, vol. 72, nº1, 2010, pp. 89-118; Art. 2.9 DPCD y Cdo. 9 de la DPCD; de esta forma en materia de servicios financieros y bienes inmuebles son excluidos de la cláusula de mercado interior el consumidor no se protege de la misma forma.

⁵⁴² W. FIKENTSCHER *et al.*, *FairEconomy...*, *op.cit.*, pp. 83-85.

⁵⁴³ M. LEITSNER, “Unfair Competition and Freedoms of Movement...”, *loc.cit.*, en J. BASEDOW *et al.*, *Max Planck Encyclopedia...*, *op.cit.*, p. 1718; F. HENNING BODEWIG/“Secondary Unfair Competition Law”, en R. HILTY/F. HENNING BODEWIG (eds.), *Law Against Unfair Competition...*, *op.cit.*, pp. 111-125; W. SCHUMACHER, “The Unfair Commercial Directive...”, *loc.cit.*, en *op.cit.*, *supra*. Debe ser tenido en cuenta que los autores coinciden en que esta separación fue a la par consciente de la división de competencias que surge entre la DG SANCO y la DG *Internal Market*, y se justifica tanto en lo establecido en el “Libro Verde para la protección al consumidor” (2001) y la Propuesta de Directiva presentada por la Comisión en el año 2003, M. NAMYSLOWSKA, “To B2C or Not to B2C...”, *loc.cit.*, p. 331; J. GLÖCKNER, “Unfair Trading Practices in the Supply Chain, Disparities in Bargaining Power in European Contract, Competition...”, *loc.cit.*, que destaca que las luchas internas entre ambas Direcciones Generales en la Comisión complicó la redacción de la Propuesta.; O. LÓPEZ SANTOS, “La Directiva sobre prácticas comerciales desleales...”, *loc.cit.*, p. 14, siendo la conclusión se extrae de estas acciones, que la división artificial de la disciplina fue una decisión de política legislativa enfocada a la protección del consumidor como mecanismo para tutelar el mercado; F. HENNING-BODEWIG que realiza una crítica severa, con la que coincidimos, a esta situación en, “Nationale Eigentändigkeit und europäische Vorgaben im Lauterkeitsrecht”, *GRUR Int.*, vol. 549, nº7, 2010, pp. 549-563, la autora considera que la DPCD fragmentó aún más la noción y el alcance de la competencia desleal en los EM, en contra de su objetivo armonizador; y, de forma más reciente, F. HENNING-BODEWIG/H. HARTE-BAVENDAMM, *Gesetz gegen den Unlauteren Wettbewerb (UWG)*, 3ªed., München, Beck, 2014; A. BEATER, *Unlauter Wettbewerb...*, *op.cit.*; P. W. HEERMANN/G. HIRSCH (eds.), *Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht (Band 1: Grundlagen des Wettbewerbsrechts/Internationales Wettbewerbs- und Wettbewerbsverfahrensrecht. Europäisches Gemeinschaftsrecht. Grundlagen und sekundäreechtliche Massnahmen)*, Munich, Beck, 2016.

⁵⁴⁴ Vid. por todos, J. MASSAGER FUENTES, *El nuevo Derecho contra la competencia desleal: La Directiva 2005/29/CE sobre ...*, *op.cit.*; Un aspecto que decepcionó a los expertos en la materia, F. HENNING BODEWIG, “Secondary Unfair Competition...”, *loc.cit.*, en R. HILTY/F. HENNING-BODEWIG (eds.), *Law Against Unfair Competition...*, *op.cit.*, p. 112; J. I. PAREDES PÉREZ, “Sobre la conveniencia de una norma de conflicto bilateral sobre...”, *loc.cit.*, esp. p. 432; C. WADLOW, “Unfair Competition in Community Law: Part II: harmonizations becomes gridlocked”, *EIPR*, vol. 9, nº28, 2006, pp. 469-473, p. 471; M.A. ZURILLA-CARIÑANA, “The Defective Transposition of Directive 29/2005/EC On Unfair Trade Practices

128. Lo que termina haciendo el legislador europeo es crear un acervo de normas que se relaciona más con el control de la lealtad en las transacciones comerciales y protección a los intereses colectivos de los consumidores⁵⁴⁵, una norma con carácter esencialmente “general” y consumerista⁵⁴⁶. No obstante, por este carácter que tiene debe considerarse una norma orientada hacia el Derecho privado institucional, y no el Derecho privado únicamente.

129. Verdadero motivo para la armonización de las prácticas comerciales desleales. El verdadero *leitmotiv* no era tanto la regulación de la competencia desleal sino promover que la integración del mercado interior fuese una realidad fomentando a su vez, la confianza en los consumidores y la

To Spanish Law”, *Review of Business Information Systems* (Special Edition), vol. 15, nº5, 2011, pp. 81-86

⁵⁴⁵M. LEITSNER, “Unfair Competition or Consumer Protection? The Commission’s Unfair Commercial Practices...”, *loc.cit.*, p. 142; . HOWELS/H. MICKLITZ/T. WILHELMSSON, *European fair trading ...*, *op.cit.*, p. 50; B.B. DUIVENVOORDE, *The Consumer Benchmarks in the Unfair Commercial Practices Directive*, Studies in European Economic Law and Regulation, vol. 5, Munich, Springer, 2015, p. 14; H. COLLINS, “Harmonization by example: European laws against unfair commercial practices...”, *loc.cit.*, p. 7, que explica que fue la Comisión la que presionó para que la DPCD fuese de máximos en contra de las alternativas en materia de armonización de mínimos combinado con el principio del país de origen como el establecido en la Directiva de comercio electrónico; J. GLÖCKNER, “The Scope of Application of the UCP Directive...”, *loc.cit.*, pp. 573-574; Lo que se pretendía era priorizar la competencia en el mercado interior sobre otros aspectos y otorgar altos niveles de protección al consumidor. El autor considera esta armonización como un tipo de “*federal pre-emption*” “*in this instance, the topic concerns Regulation of competition in consumer markets but the proposed Directive on consumer rights extends the approach to the ordinary private law of contract*”; en la jurisprudencia del TJUE se ofrece también una respuesta sobre esta actuación, asunto *VTB-VAB-NV* y el asunto *Galatea* acumulados (C-261/07 y C-299/07); del lado contario; O. LÓPEZ SANTOS, “La Directiva sobre las prácticas comerciales desleales: antecedentes, descripción y comentario crítico”, *EC*, nº75, 2005, pp. 9-24, p. 17 y p. 20; L. GONZÁLEZ VAQUÉ, “La jurisprudencia del TJUE referente a la interpretación de la Directiva sobre prácticas comerciales desleales”, *Diario La ley*, nº 7934, Sección Doctrina, 2012, pp 1-31; *id.* “El Derecho del Consumo en la Unión Europea: la problemática planteada por la armonización mínima en las normativas comunitarias relativas a la protección de los consumidores”, *Gaceta Jurídica de la UE*, nº233, 2004, pp. 33-48; J. LAZIKOVÁ, “The Consumer Policy in the EU Law”, *De G.Agrárne právo EÚ*, nº1/2016, pp. 21-26, p. 26.

⁵⁴⁶F. HENNING-BODEWIG, “Secondary Unfair Competition...”, *loc.cit.*, en R. HILTY/F. HENNING BODEWIG (eds.), *Law Against Unfair Competition...*, *op.cit.*, p. 121-125; G. VITELLINO, “Consumer protection against unfair practices in cross border food trade...”, *loc.cit.*, en A. LUPONE/C. RICCI/A. SANTINI (eds.), *The Right to safe good towards...*, *op.cit.*, pp.416-418, en relación a su relación con el Derecho europeo de información en materia de alimentación, “*the relationship of UCP Directive with Regulation (EU) No 1169/2011 appears to be far from simple (...) for the sake of consistency in EU fair trading law, they should be construed and applied in a coordinated way*”; M. LEISTNER, “Unfair Competition/Contract Law”, en F. HENNING-BODEWIG /A. SPENGLER, “Framing the “hard core” of Unfair Competition Law...”, *loc.cit.*, p. 912.

protección de la LCM evitando la competencia regulatoria entre los ordenamientos de los EM⁵⁴⁷.

130. El detonante de la armonización material fue el asunto *Cassis de Dijon*. Hasta este asunto ni las normas contra la competencia desleal ni las de protección de consumidores que proliferaban en los EM, eran consideradas como un obstáculo al buen funcionamiento del mercado interior en cuanto a sus diferencias que impedían el acceso libre a los mercados de los EM⁵⁴⁸.

131. Debatiendo de esta forma su posición como disciplina o institución de Derecho privado puro en el mercado interior, posicionándose su objetivo muy por encima, de su función de mera institución de Derecho privado⁵⁴⁹. En contraste

⁵⁴⁷ M. LEITSNER, “Unfair Competition and Freedom of Movement...”, *loc.cit.*, en J. BASEDOW *et al.*, *Max Planck Encyclopedia...*, *op.cit.*, p. 1722.

⁵⁴⁸ C. GLINSKI/C. JOERGES, “European Unity in Diversity? A Conflicts-Law Reconstruction...”, *loc.cit.*, en K. PURNHAGEN/P. ROTT (eds.), *Varieties of European Economic Law and Regulation...*, *op.cit.*, pp. 297-299. S. WEATHERILL, “Chapter 20. Maximum versus Minimum Harmonisation: Choosing between Unity and Diversity in the Search for the Soul of the Internal Market”, en N.N. SHUIBHNE/L. W. GORMLEY, *From Single Market to Economic Union: Essays in Memory of John A. Usher*, pp. 175; C. FERNÁNDEZ-NOVOA, “La Directiva comunitaria sobre prácticas comerciales desleales”, *Diario La Ley*, nº 6408, 2006, pp. 1-12; J. GLÖCKNER, “The Law Against Unfair Competition and the EC Treaty...”, *loc.cit.*, en R. HILTY/ F. HENNING-BODEWIG, *Law Against Unfair Competition...*, *op.cit.*, p. 93, A. CHIRITA, “Undistorted, (Un)fair competition, Consumer Welfare...”, *loc.cit.*, p. 428: “EU unfair competition directives are intended to contribute to the proper of the functioning of the internal market by the approximation of national laws”. *If the answer to the last question is affirmative, both EU competition law and the secondary legislation on unfair commercial practices and on consumers have the same purpose, namely, not to distort genuine competition in the internal market*; A. FONT SEGURA, *La protección internacional del secreto...* *op.cit.*, p. 109: “Esta situación de desigualdad jurídica entre los EM, que existía antes de la elaboración de las Directivas sobre prácticas comerciales desleales y publicidad comparativa, se enmarca en el ámbito de las libertades comunitarias, al poder producirse una colisión entre éstas y un Derecho nacional”; M. LEITSNER, “Unfair competition or Consumer Protection?...””, *loc.cit.*, pp. 149-150.

⁵⁴⁹ Asunto *Zentrale Zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV (C-59/12)*, de forma concreta, el FJ 3º, haciendo mención a los Considerandos 5 a 8, 11, 12 y 14 de la DPCD: con atención particular al Cdo. 5º: “...los obstáculos a la libre circulación transfronteriza de bienes y servicios o a la libertad de establecimiento (...) deben eliminarse, lo cual puede conseguirse **estableciendo normas uniformes a escala comunitaria** que garanticen un alto nivel de protección del consumidor aclarando ciertos conceptos jurídicos a escala comunitaria en la medida necesaria para el adecuado funcionamiento del mercado interior y para el cumplimiento del requisito de seguridad jurídica.”; ASOCIACIÓN DE USUARIOS Y CONSUMIDORES, “Observaciones de AUC al Anteproyecto de Ley por el que se modifica el régimen legal de la competencia desleal para la mejora y la protección de los consumidores y usuarios”, Octubre 2008, pp. 1-52, p. 6; J. MASSAGUER/F. MARCOS/A. SUÑOL, “La transposición al derecho español de la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales”, *Boletín* nº 2013, pp. 1925-1963; “Nueva agenda de protección al consumidor europeo: impulsando la confianza en el crecimiento situando a los consumidores en el centro del mercado único”, Comisión Europea, IP 12/491, nota de prensa, 22/05/2012. J. GONZÁLEZ VAQUÉ, “La noción de consumidor en el Derecho Comunitario”, *EC*, nº 75, 2005, pp. 25-42; *id.* “La noción de consumidor medio según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *GJUE*, nº17, 2004, pp. 47-82, sobre la relación de la protección al consumidor y los obstáculos a la libre circulación de

con su relación con la protección al consumidor, que viene dado de la mano de la función del Modelo social y teniendo en cuenta que el Derecho de consumo europeo se considera el verdadero Derecho privado puro en el mercado interior europeo⁵⁵⁰

A. “Cláusula de mercado interior” y compatibilidad con el objetivo de la función de la disciplina como Derecho privado

132. Las “cláusulas de mercado interior” funcionan como correctivo en el proceso de integración del mercado interior y así lo muestra su objetivo de “armonizar pero sin necesidad de regular” .

El resultado de esta cláusula es asegurar que los profesionales, en los ámbitos que cubre la DPCD, cumplan con las normas de su establecimiento y que los EM donde están ofertando sus productos o servicios no restrinjan las libertades de circulación de mercancías y servicios y el comercio entre los operadores jurídicos de los EM (con ello, el mismo comercio entre EM).

Por otra parte, hay que recordar que tiene relación con la orientación del criterio del país de origen que se establece para relaciones de tipo horizontal y no vertical o en situación de asimetría⁵⁵¹.

mercancías; F. ESTEBAN DE LA ROSA, *La protección de los consumidores en el mercado interior europeo*, Granada, Comares (Estudios de Derecho privado europeo), 2003, pp. 73-149; J. DAVIS, “Locating the Average Consumer: his Judicial Origins, Intellectual Influences and Current Role in European Trade Mark Law”, *IPQ*, vol. 1, nº183,2005, pp. 183-203; R. INCARDONA/C. PONCIBÓ, “The average consumer, the unfair commercial practices directive and the cognitive revolution”, *J.Consum. Policy*, 2007, pp. 21-37.

⁵⁵⁰ J. I. PAREDES PÉREZ, *La protección de los consumidores en el sistema español de Derecho internacional privado...*, *op.cit.*, p.84; J. GLÖCKNER, “The Law Against Unfair Competition and the EC Treaty...”, *loc.cit.*, en R. HILTY/F. HENNING-BODEWIG (eds.), *Law Against Unfair Competition...*, *op.cit.*, p. 94: “*Competition law and private autonomy are two sides of the same coin. They are in an insoluble relationship of interaction*”; S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho privado europeo...*, *op.cit.*; F. HENNING-BODEWIG, *International Handbook on Unfair...*, *op.cit.*, p. 7; J. GLÖCKNER, “The Law Against Unfair Competition...”, *loc.cit.*, en R. HILTY/F. HENNING-BODEWIG, *Law Against Unfair Competition...*, *op.cit.*, pp.94-95, “*Competition and private autonomy are two sides of the same coin. They are in an insoluble relationship of interaction (...)*”; C. WADLOW, “The case for Reclaiming European Unfair Competition Law from Europe’s Consumer Lawyers”, 2007, publicado en: http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1003&context=christopher_wadlow; R. W. DE VREY, *Towards an European Unfair competition law: a Clash between legal ...*, *op.cit.*

⁵⁵¹ M. VIRGÓS SORIANO/F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “Estado de origen vs. estado de destino...”, *loc.cit.*, p. 13 y p. 19. Poner este suelo común por el legislador europeo hace que los operadores actúen de forma más uniforme. Conduce a situaciones de “indiferencia conflictual” como dicen los autores. Por otro lado, consideran la “tesis de retorno” en cuanto si la armonización material ha solucionado estos problemas y fallos del mercado se volvería al principio del Estado de origen, en las áreas que la armonización no ha llegado, como ejemplo de este tipo de áreas: contratos de consumo y obligaciones de tipo extracontractual. En materia B2C y normas de conflicto para las obligaciones de tipo extracontractual por ejemplo, la tesis de retorno es provocada por la cláusula de mercado interior de la DPCD (estos aspectos sólo pueden

133. De nuevo deja entrever cual fue el verdadero objetivo de la misma: la protección del mercado interior, de su buen funcionamiento y la protección de las libertades de circulación de bienes y servicios por encima de la protección de la trilogía de intereses de las normas del Derecho contra la competencia desleal en relación al mandato que existe en el Derecho originario de protección al consumidor en el mercado interior europeo pero no de protección a la trilogía de intereses⁵⁵².

134. Armonización de mínimos y armonización de máximos. Las Directivas relacionadas y anteriores a la DPCD⁵⁵³, como se ha argumentado en el apartado anterior, se elaboraron con la técnica de la armonización de mínimos (y con el establecimiento del “principio del país de origen” como consecuencia) en contraste con la DPCD que no sólo establece la “cláusula de mercado interior” sino que es una Directiva de máximos⁵⁵⁴, mezclando ambas técnicas

135. La Comisión explicó en su informe preparatorio que la introdujo por razones prácticas. Primero, porque de esta forma se alcanzaba la armonización de máximos que se pretendía alcanzar con la Directiva. Segundo, porque de esta forma se creaban condiciones de mutuo reconocimiento políticamente aceptables en el ámbito de la protección al consumidor en cuestiones de competencia desleal.

136. Se afirma que en las relaciones *B2B* es perfectamente aplicable el principio del país de origen. Y, que en las relaciones *B2C*, así como en la responsabilidad extracontractual, la lógica nos lleva a aplicar el principio del país de destino. Ahora bien, el establecimiento de la “cláusula de mercado interior” (*tesis de retorno*) en las relaciones *B2C* como es el establecido en el ámbito de la DPCD tiene un significado *ad intra*, para corregir el funcionamiento del mercado interior, excluyendo su aplicación a terceros Estados, desde la dimensión *ad extra*⁵⁵⁵.

manifestarse *ad intra*, o en organizaciones de tipo interregional que, como la UE tienen un alto grado de armonización en las legislaciones de sus Estados miembros). La “tesis de retorno” no vale para todos los operadores de terceros Estados en principio.

⁵⁵² *Vid.* “Libro Verde sobre la protección a los consumidores en la Unión Europea”, COM/2001/ 0531 final, Bruselas, 2/10/2001, a partir del punto 4.1 de dicho informe; Considerando 1º de la Directiva sobre prácticas comerciales desleales: El artículo 153 del Tratado CE, consagra los derechos del consumidor, en relación al artículo 95 del mismo Tratado. En Considerando 2º establece el ámbito del mercado interior, del artículo 14 del Tratado y su relación con la libre circulación de mercancías, servicios y establecimiento (la última relacionada con la libertad de servicios): tal como dice el Considerando 2º, la lealtad en las prácticas comerciales es vital para promover la expansión de las actividades transfronterizas; H. RÖSSLER, “Verbraucherbelange Während 50 Jahre EG-Vertrag”, *Iustum Aequum Salutare*, vol. III, nº4, 2007, pp. 137-144, pp. 142-143.

⁵⁵³ P. MANKOWSKI, “Internationales Wettbewerbs- und Wettbewerbsverfahrensrecht...”, *loc.cit.*, en *Münchener Kommentar...*, *op.cit.*, p. 195

⁵⁵⁴ *Ibid.* p. 18.

⁵⁵⁵ J. MASSAGUER FUENTES, *El nuevo Derecho contra la competencia desleal: La Directiva 2005/29/CE...*, *op.cit.*, p. 53. Casi todas las Directivas que han llevado a cabo una armonización de *minimis*, están basadas en el principio del “país de origen”; F. HENNING

137. Su impacto, por tanto, ha sido muy significativo⁵⁵⁶. Este controvertido aspecto⁵⁵⁷, entre el principio del país de origen y la armonización de máximos recibió numerosas críticas de la doctrina siendo el aspecto realmente problemático porque ambas técnicas siguen parámetros diferentes en función al objetivo que persiguen, al igual que la cláusula de mercado interior⁵⁵⁸.

138. Este aspecto provoca grandes tensiones entre todos estos cuerpos jurídicos a nivel de ámbito material-espacial y entre las legislaciones de los EM, que se acucian especialmente en materia de LA como se analiza en el Capítulo V. En este capítulo se observará además como la DPCD no establece ningún catálogo de excepciones al principio del país de origen cuando otras, como la de Comercio electrónico sí, provocando problemas de interpretación a la hora de ser traspuestas y aplicadas por los tribunales⁵⁵⁹.

Su efecto es que los EM no pueden restringir las libertades de circulación ni siquiera basándose en las excepciones a las restricciones⁵⁶⁰.

BODEWIG, *Internacional Handbook on Unfair...*, pp. 70 *et seq.*; M. VIRGÓS SORIANO/F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “Estado de origen vs. Estado de destino: las diferentes lógicas...”, *loc.cit.*,

⁵⁵⁶ Cf. art. 4 DPCD: “Los Estados miembros no restringirán la libre circulación de servicios ni la libre circulación de mercancías por razones pertinentes al ámbito objeto de aproximación al que lleva esta Directiva”; G. B. ABBAMONTE, “The Unfair Commercial Practices Directive and its General Prohibitions”, en *The Regulation of Unfair Commercial Practices...op.cit.*, pp. 11-31, pp. 18-21; O. LÓPEZ SANTOS, “La Directiva sobre prácticas comerciales desleales: antecedentes, descripción y comentario crítico...”, *loc.cit.*, p. 13.

⁵⁵⁷ Sobre los efectos que provoca el mutuo reconocimiento en el ámbito de las Directivas de mínimos y su relación con la competencia regulatoria, B. KEIRSBILCK, *The New European Law of Unfair Competition...*, *op.cit.*, p. 183: “(...) because the mutual recognition clause limits de regulatory competence of the Member States to apply stricter measures to purely internal situations (reverse discrimination, application of stricter national measures to domestic traders). For imports, only resort to the relatively narrow authorisation procedure in Art. 114 (3) e TFEU can secure a valid basis for a Member State to escape “upwards” from an agreed harmonised rule”.

⁵⁵⁸ Aunque se explican en el próximo apartado, sobre todo hay que destacar la Directiva de comercio electrónico y la Directiva sobre audiovisuales. También se propuso en el Reglamento de promoción de ventas (*Sales promotion Regulation*); M. LEITSNER, “Unfair Competition or Consumer Protection?...”, *loc.cit.*, p. 152.

⁵⁵⁹ *Vid. infra* apartado siguiente.

⁵⁶⁰ Cf. M. LEITSNER, “Unfair Competition or Consumer Protection?...”, *loc.cit.*, p. 151. Sólo la Directiva de comercio electrónico establece un complicado procedimiento en su art. 3.4 y 3.6, incluyendo los requisitos de notificación por medidas hechas por los EM en los cuales puedan hacer estas restricciones sobre las libertades de circulación. El motivo que se ofrece de mayor peso es que las normas del otro EM no sean de conformidad con el orden público del Estado de destino. Este procedimiento tiene mayor impacto en el ámbito legislativo puesto que dice el autor que en el ámbito práctico es de poca relevancia; reciente Decisión de la Comisión Europea del año 2018, muestra estos límites. En la misma, la Comisión establece que un EM no pueden impedir la difusión en su territorio de publicidad de alcohol a operadores de TV situados en otros EM, respetando en su máxima plenitud la aplicación del “principio del país de origen” aunque en el país de destino de la publicidad esté prohibida la publicidad relativa al alcohol; *European*

139. Mezcla “altamente” explosiva: cláusula de mercado interior/armonización de máximos. Algunos autores consideraron que este aspecto era una combinación “altamente” explosiva y que causó verdaderos ríos de tinta, porque así se amenazaba la seguridad jurídica en este sector.

No sin razón, por los peligros que conlleva. Aunque no todas las materias relacionadas con las prácticas comerciales desleales según la DPCD, merecían de una armonización de máximos (como el sector financiero ya puesto de relieve al inicio de la sección)⁵⁶¹, la gran mayoría de las contenidas en su ámbito material, sí se armonizaron con esta técnica.

B. Relación con otros cuerpos jurídicos y problemática

140. *Lex generalis* y *lex specialis*. La complejidad del proceso de armonización de una materia como la analizada parte de la relación que tiene con numerosos cuerpos jurídicos de diferente índole y ámbito material.

Ya se estableció que la DPCD con relación a los mismos es una norma de carácter general (art. 3º apartado 4º⁵⁶²), siendo el resto *lex specialis*, con lo que viene realmente a complementar aquellos aspectos que estos cuerpos normativos, también considerados “piezas todavía incompletas” en el ámbito de la armonización material, no alcanzan a cubrir de forma general⁵⁶³.

141. Su relación se establece a partir de la función que tienen ciertos sectores del mercado para la promoción de bienes y servicios en el mercado como es la Directiva sobre publicidad engañosa y comparativa (solo dirigida a regular la publicidad) aunque hay que advertir que su relación también es complicada

Commission, “Commission Decision of 31.01.2018 on the incompatibility of the measures notified by the United Kingdom of Sweden pursuant to Article 4(5) of Directive 2010/137EU of the European Parliament and of the Council on the coordination of certain provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States concerning the provision of audiovisual media services”, C (2018) 532 final, par. 35: “*Having regard to the second argument, the Commission reiterates that it is inherent to the country of origin principle and to the freedom of establishment that a company chooses its place of establishment in a Member State other than that in which revenues are made.*”

⁵⁶¹ H.W. MICKLITZ, “Minimum/Maximum Harmonization and the Internal Market Clause” en *European Fair Trading...op.cit.* pp. 27-47, p. 28. De hecho MICKLITZ nos explica que ambos principios hicieron surgir mucha tensión en el debate político en torno a la adopción

⁵⁶² “Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre las reivindicaciones relativas a los productos basadas en criterios comunes en el ámbito de los cosméticos”, Bruselas, 19/09/2016, COM (2016), 580 final, p. 4. En el mismo se pone de relieve este carácter general de la DPCD que protegerá contra las indicaciones engañosas si se han constituido como una práctica comercial desleal en el sentido de la DPCD. *Mutatis mutandis* en relación a la Directiva sobre publicidad engañosa y comparativa, que tiene en relación a la regulación sectorial de productos en la materia, un ámbito material muy amplio.

⁵⁶³ *Vid.* M. LEITSNER, “Unfair competition or Consumer Protection?...”, *loc.cit.*, p. 157.

puesto que la DPCD reguló ciertos aspectos que han entrado en colisión con la Directiva de publicidad como por ejemplos la publicidad comparativa prohibida que en la primera tutela *B2B-B2C* y en la DPCD solo las relaciones *B2C*⁵⁶⁴; la Directiva sobre “televisión sin fronteras”⁵⁶⁵, la Directiva de Servicios de medios audiovisuales (2007), la Directiva de comercio electrónico, normas sobre comercio minorista, etc.

142. De otro lado, al ser una Directiva que puede considerarse orientada al consumidor, se ha incluido de forma inevitable en el *Fitness Check* de Consumo.

143. Las normas que contiene el *Fitness Check* de Consumo que la complementan el Derecho de lealtad en las prácticas comerciales desleales como ley general son: la Directiva relativa a las acciones de cesación en la protección de los intereses de los consumidores⁵⁶⁶; la Directiva 83/2011/UE, del Parlamento Europeo, y del Consejo de 25/10/2011, relativa a los derechos de los consumidores⁵⁶⁷, la Directiva 13/93/CEE, sobre cláusulas abusivas en los contratos con consumidores (también con orientación de tipo *B2C* pero no *B2B*, totalmente excluido de su ámbito material).

144. Entre otros instrumentos relacionados que también tienen el objetivo principal de cuidar el buen funcionamiento del mercado interior a través del

⁵⁶⁴ COMISIÓN EUROPEA, “Proteger a las empresas contra las prácticas comerciales engañosas y garantizar una aplicación efectiva. Revisión de la Directiva 2006/114/CE sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa”, COM (2012) 702.

⁵⁶⁵ 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 modificada por la Directiva 97/36/CE, de 30 de junio

⁵⁶⁶ Directiva 2009/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2009 relativa a las acciones de cesación de la protección de los intereses de los consumidores, *DOUE*, L 110/30, 1/05/2009.

⁵⁶⁷ Preámbulo de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el Texto Refundido para la Defensa de Consumidores y Usuarios, así como otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 17/11/2007, *BOE* n° 76, 28 de marzo de 2014, pp. 26967- 27004. Especialmente lo que reforma para su mejora en el ámbito del Derecho de la Unión Europea y aproximación de legislaciones de los Estados miembros es el ámbito de los contratos celebrados a distancia, y los celebrados en establecimientos mercantiles. Reforma el ámbito de las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, y también algunos de los aspectos en venta y garantías de bienes de consumo. Así mismo en el punto n° III del Preámbulo se hace mención a la Directiva sobre prácticas comerciales desleales, puesto que el Texto Refundido para la Defensa de Consumidores y Usuarios debía adaptarse a esta Directiva en algunas cuestiones que posteriormente veremos.

control de las transacciones comerciales entre operadores jurídicos privados (profesionales y consumidores u oferta/demanda de forma *ad intra* y *ad extra*)⁵⁶⁸.

2. *Evolución y estructura del Derecho de la lealtad comercial: falta de coherencia con el objetivo de la disciplina*

A. Causas de la escisión de la trilogía de intereses (*Schutzzwecktrias*) en el proceso de armonización material

145. ¿Qué es lo que marcó un punto de gran diferencia con la DPCD? En principio, que el legislador europeo dejó a un lado la tutela conjunta de la trilogía de intereses (*Schutzzwecktrias*)⁵⁶⁹.

Esto es, la protección conjunta de profesionales (*B2B*), de consumidores (*B2C*) y el mercado en sí mismo contra la competencia desleal⁵⁷⁰. Una escisión que ya venía provocándose en otros cuerpos jurídicos como la Directiva de cláusulas abusivas en contratos con consumidores y que quebraba el espíritu de la protección tripartita de la competencia desleal⁵⁷¹.

146. El Cdo 8º apartado 1º de la DPCD consagra esta escisión cuando establece que⁵⁷²: “La presente Directiva protege *directamente* los intereses económicos de los consumidores frente a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores”⁵⁷³.

⁵⁶⁸ Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, *DOUE*, L 304/64, de 22/11/2011

⁵⁶⁹ Por ejemplo, J. GLÖCKNER, “Unfair Trading Practices in the Supply Chain, Disparities in Bargaining Power in European Contract, Competition and Unfair Competition Law or: Law, Economics and System in the “New Legal Order”, *GRUR Int.*, vol. 12, 2016, pp. 1106-1121: “*What appears fairly obvious at first glance becomes more blurred upon close information*”.

⁵⁷⁰ M. LEISTNER, “Unfair Competition or Consumer Protection? The Commission’s Unfair Commercial Practices Proposal 2003”, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 6, enero 2004, pp. 141-176

⁵⁷¹ R. W. DE VREY, *Towards an European Unfair competition law: a Clash between legal...*, *op.cit.* p. 11: “*The law of unfair competition from its very origin was aimed at protecting individual competitors by ensuring that all market participants should fight and compete in a fair and decent manner and in accordance with the rules of the “game” in the field of competition*”;

⁵⁷² F. HENNING BODEWIG, “Der Schutzzweck des UWG und die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken...”, *loc.cit.*, p.238; *id.* *International Handbook on Unfair...*, *op.cit.* p. 72; M.W. HESSELINK, “Post-private Law?”, en K. PURNHAGEN/P. ROTT (eds.), *Varieties of European Economic Law and Regulation...*, *op.cit.*, esp. pp. 35-36: “*It is therefore misleading to conflate weaker party protection with consumer law, even if the definition of consumers is extended to small business*”.

⁵⁷³ T. WILHELMSSON, “Introduction”, en G. HOWELLS/H-W. MICKLITZ/T. WILHELMSSON (eds.), *European Fair Trading Law: The Unfair Commercial Practices...*, *op.cit.* pp. 49-81 y pp. 241-259; M. NAMYSLOWSKA, “To B2C or Not to B2C. Some

Asunto *INNO* (C-126/11); el TJUE explica que una norma nacional no entra en el ámbito material de la DPCD cuando su principal y real objetivo es la protección de los intereses económicos del competidor⁵⁷⁴. Reconociendo de nuevo la exclusión de las prácticas comerciales desleales de tipo *B2B* de la misma DPCD.

147. Ahora bien, en el segundo párrafo del Cdo. 8º establece: “*Existen, indudablemente, otras prácticas comerciales que, aunque no perjudiquen al consumidor, pueden dañar a los competidores y a los clientes de las empresas. La Comisión deberá estudiar de forma detenida, la necesidad de una intervención del legislador europeo en el campo de la competencia desleal más allá del ámbito de la presente Directiva y, en su caso, una propuesta legislativa que incluya estos aspectos de la competencia desleal*”.

148. Además, cuando la DPCD hace mención a los comerciantes, incluye a los intermediarios de estos comerciantes también (art. 2.b). De otro lado, estas relaciones son de *tipo B2B*⁵⁷⁵ por lo que no tendrían protección directa contra las

Reflections on the Regulation of Unfair Commercial Practices ...”, *loc.cit.*, p. 332; J. GLÖCKNER, “The Scope of Application of the UCP Directive...”, *loc.cit.*, en R. HILTY/F. HENNING-BODEWIG, *Law Against Unfair Competition...*, *op.cit.*, p. 572; *VTB-VAB c. Total Belgium*. En este asunto, considera GLÖCKNER que el TJUE y la AG Sra. Trstenjak confundieron las ofertas conjuntas sólo en el ámbito de la DPCP pero en realidad tales no estaban afectando de forma directa al consumidor sino que, y aunque excluido del ámbito de aplicación de la DPCP, era una práctica dirigida a los competidores (en palabras del autor: “*The combined offer by no means aggressively influences consumers’ business decision, as the ECJ suggests, but it imply aggressive competition in the horizontal relationship towards competitors*”). En este asunto los consumidores no se veían dañados de forma directa, sino más bien los otros competidores; p. 583; “*Natural persons have a natural honour protected by the law, even a right to privacy protecting them. Natural persons in the course of doing business or moral persons do have a similar right at least with regard to the commercial dimension of this right: the market value of a good reputation. It may be questionable whether this reputation is protected beyond false allegations- Directive on Misleading Advertising – or the unfair competition law. From now on, however, it is widely governed by the UCP Directive as long as the non-misleading denigration of competitors takes place in the course of an undertaking’s directly promotion the sale of its own products to consumers*” (en relación al asunto *VTB-VAB*); no obstante, R. GARCÍA PÉREZ, “Nuevas relaciones entre la ley de marcas y la competencia...”, *loc.cit.*, p. 36, la DPCD otorga legitimidad activa a cualquier operador en el mercado interior contra las prácticas comerciales desleales, incluidos los competidores.

⁵⁷⁴ “Primer informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social europeo sobre la aplicación de la Directiva 2005/29/CE...”, p. 7; A. GARCÍA VIDAL, “La Directiva sobre prácticas comerciales desleales no permite una normativa nacional que prohíba la venta a pérdida nacional”, *Noticias breves Gomez Acebo & Pombo*, Mayo 2013, disponible en: <http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/la-directiva-sobre-practicas-comerciales-desleales-no-permite-una-normativa-nacional-que-prohiba-la-venta-a-perdida-con-caracter-general.pdf>.

⁵⁷⁵ “Documento de trabajo de los servicios de la Comisión. Orientaciones para el desarrollo/aplicación de la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales”, SEC (2009) 1666, Bruselas, 3 de diciembre de 2009, pp. 16-17.

prácticas comerciales desleales que surjan entre ellos, sino cuando la práctica comercial afecte a los intereses económicos colectivos de los consumidores.

149. Esta escisión causó estragos que todavía no se han solventado⁵⁷⁶. Aunque algunos autores consideran que no existe suficiente jurisprudencia del TJUE en las divergencias que puedan acuciar la regulación de las prácticas comerciales desleales de tipo *B2B* para activar el proceso de armonización debido. Para nosotros, estas afirmaciones no se adecuan a la realidad como la opinión de la Comisión europea, en cuanto se consideró en la Primera sección, las diferencias en la armonización ha tomado un cariz relevane, tanto como para incluir en la DPCD la tutela de los relaciones *B2B* o entre profesionales de forma directa⁵⁷⁷.

a. Primeros proyectos legislativos en el mercado interior

⁵⁷⁶ F. HENNING-BODEWIG, *International Handbook on Unfair Competition...*, *op.cit.*, p. 7; F. HENNING-BODEWIG/A. SPLENDER, “The “Hard Core” of Unfair Competition Law”, Workshop of the Max Planck Institute for Innovation and Competition (Munich), 9-11 April 2016, *GRUR Int*, 2016, pp. 911-914; J. GLÖCKNER, “The Law Against Unfair Competition and the EC...”, *loc.cit.*, en R. HILTY/F. HENNING-BODEWIG, *Law Against Unfair Competition...*, *op.cit.*, p. 95; J. LAZIKOVA, “The Consumer Policy in the EU Law”, *De Gruyter Open/ Agrárne právo EU*, 1/2016, p. 26: “However, the factionalism of legal relations *B2B* and *B2C* will provide only more complicated legislation and the consumer protection should be consist in the legal rules that are the most intelligible to consumers”; C. FERNÁNDEZ NOVOA, “La Directiva sobre prácticas comerciales desleales...”, *loc.cit.*, p. 2; M. NAMYSLOWSKA, “To *B2C* or Not to *B2C*. Some Reflections on the Regulation of Unfair Competition Practices from...”, *loc.cit.*, pp. 329-342.

⁵⁷⁷ J. STUYCK, “Addressing unfair commercial practices in business-to-business...”, *loc.cit.*, p. 5; F. HENNING BODEWIG, *International Handbook on Unfair...*, *op.cit.*, p. 7; M. NAMYSLOWSKA, “To *B2C* or Not to *B2C*. Some Reflections on the Regulation of Unfair Commercial Practices from a Polish Perspective”, *J. Consumer Policy*, nº 32, 2013, pp. 329-342; V. KÜRNER, “Die Harmonisierung des Lauterkeitsrechts im Bereich...”, *loc.cit.*, en J. GLÖCKNER, *Aktuelle Fragen des Lauterkeitsrecht-...*, *op.cit.*; J. GLÖCKNER, “Unfair Trading Practices in the Supply Chain, Disparities in Bargaining Power in European Contract...”, *loc.cit.*; ; todos los argumentos académicos y de otras organizaciones profesionales debe ser puesto de relieve son contrarios a lo establecido en los informes de la Comisión precitados, en el sentido que, la misma considera que sí existen argumentos de peso para considerar que las divergencias en esta materia de prácticas comerciales desleales *B2B* son argumento necesario para iniciar un proceso legislativo. Sin embargo, no existe suficiente jurisprudencia del TJUE para considerar que estas divergencias (a diferencia de lo ocurría en cuestiones *B2C*) constituyen un argumento suficiente para considerar el proceso de armonización; R. HILTY/F. HENNING-BODEWIG/R. PODSZUN, “Comments of the Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law, Munich of 29 April 2013 on the Green Paper of the European Commission on Unfair Trading Practices...”, *cit.*, p. 4, “The Green Paper contains no sufficient proof of specific obstacles to trade taht have their roots precisely in the existing differences in the Member States`legal situation”, en orden a poder activar el art. 114 TFUE y en referencia al Libro Verde de la Comisión sobre las prácticas comerciales desleales entre empresas en la cadena de suministro alimentario y no alimentario; “Misleading practices of “Directory companies” in the...”, *cit.*, p. Ii: “Loopholes in the application of these rules do not seem to be a major problem”.

150. Los primeros proyectos que impulsaron la armonización de la disciplina en la UE corrieron a cargo de los profesores ULMER, BEIER y SCHRICKER del MPI de *Munich*, que, en aquel entonces todavía seguían manteniendo la concepción del modelo profesional en relación al art. 10 *bis* CUP⁵⁷⁸.

151. El modelo que proponía ULMER era un modelo de armonización muy amplio que abrazaba también la protección de nombres comerciales, marcas renombradas e indicaciones de origen con una cláusula general con bases en lo establecido en el artículo 10 *bis* CUP, con ciertas diferencias adaptadas a las necesidades del mercado común y en contraste con el modelo que ya tenía su país de origen, Alemania como país pionero de la primera ley especial de competencia desleal desde finales del s. XIX⁵⁷⁹.

152. Aunque, de forma posterior, algunos autores como WADLOW⁵⁸⁰, sostienen que realmente el proyecto de ULMER que era la antesala a la armonización de la materia en el mercado común⁵⁸¹, fue dejándose de lado porque se constituía como una copia (disimulada) de la *UWG* alemana, no siendo el único o mejor camino a seguir, siendo también las delegaciones holandesa e irlandesa las que rechazaron su proyecto en la “Conferencia de Bruselas de 1972”

⁵⁷⁸ Vid. *supra* Capítulo I, esp. epígrafe II, 2.A; art. 1.2 CUP; J. GLÖCKNER, “B. Europäische Lauterkeitsrecht”, en F. HENNING-BODEWIG/F. HENNING HARTE-BAVENDAMM, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)...*, *op.cit.*, p. 59; M. LEITSNER, “Unfair Competition or Consumer Protection? The Commission’s Unfair Commercial Practices...”, *loc.cit.*, p. 147.

⁵⁷⁹ N. BINCTIN, “Le droit de la concurrence déloyale-Perspectives française et européenne”, en J. DE WERRA *et al.*, (ed.), *Défis du droit de la concurrence déloyale ...*, *op.cit.*, pp. 73-99; F. HENNING-BODEWIG, “Der Schutzzweck des UWG und die Richtlinie über...”, p. 239; *id.* *Unfair competition law: European Union and Member...*, *op.cit.*

⁵⁸⁰ Otros autores en contra de esta opinión porque ULMER no pretendía hacer una ley de competencia desleal para la CEE, E. DOMÍNGUEZ PÉREZ, “Capítulo VII.-Competencia desleal...”, *loc.cit.* en A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (ed.), *Derecho de la Competencia y Propiedad industrial en la Unión Europea...*, *op.cit.*, 2008, pp. 178-179: sobre esta argumentación explica que la adhesión de Reino Unido a la CEE, supuso una ralentización del proceso unificador de la disciplina en el ámbito comunitario; F. HENNING-BODEWIG, “Secondary Unfair Competition Law”, en R. HILTY/ F. HENNING BODEWIG (eds.), *Law Against Unfair Competition...* *op.cit.*, p. 112

⁵⁸¹ F. HENNING BODEWIG, “Secondary Unfair Competition...”, *loc.cit.*, en R. HILTY/ F. HENNING BODEWIG, *Law Against Unfair Competition...*, *op.cit.*, p. 111; *id.*, *International handbook on Unfair...*, *op.cit.*, p.3. La autora recomienda la lectura del libro escrito por W. GRANT/J. CARPER en 1968, *Dark side of the Market place*. Tal obra establece los comienzos de este movimiento “consumerista” y la importancia que tuvo en relación a la reestructuración del Derecho contra la competencia desleal en todas las naciones que hasta el presente momento contaban o empezaban a desarrollar cambios en sus modelos económicos, hacia las economías de mercado.

sobre competencia desleal considerarlo más una concepción doctrinal y no tanto un problema práctico.

153. Por estos motivos se rechazó el proyecto, y porque no respetaba, según los anglosajones, las diferencias entre modelos que existían entre los Estados miembros en la materia⁵⁸².

b. Explicación de la tendencia “consumerista” en el desarrollo de la disciplina como Derecho privado institucional

154. Corrientes consumeristas. El estudio de ULMER empezó a coincidir con los movimientos “consumeristas” que estaban transformando el modelo de las normas de la competencia desleal⁵⁸³. Así, la primera Directiva que se realiza en la materia, en 1984⁵⁸⁴, la Directiva de publicidad aunque reconocía y

⁵⁸² A. KAMPERMANN SANDERS, *Unfair Competition Law: The Protection of Intellectual Property and...*, *op.cit.*, p. 78; en palabras de BEIER, “*German-French antinomy. Roman law countries and countries like Germany*” yp. 471: “*But there was a much more important factor at work in the early 1970s than either the new accessions or the rise of consumerism, and it is one for which neither United Kingdom nor any other Member State could bear any responsibility*”; “*The Developments and Present Status of Unfair Competition Law in Germany: An ...*”, *loc.cit.*; este factor del que habla WADLOW era la armonización que se estaba llevando a cabo en base a dos factores diferentes entre sí en el ámbito de la ex.CEE para la protección de la propiedad industrial. De forma particular, en el ámbito de las grandes divergencias en los derechos de propiedad industrial registrados, se pensaba que realizar una armonización de las normas de derechos de propiedad industrial así como de la competencia desleal podrían encarnar los estándares internacionales más recientes de protección en la Comunidad internacional. El segundo problema era el “principio de territorialidad” consolidado en los derechos de exclusiva que impedía que esta armonización pudiese seguir adelante en cuanto suponía la partición de mercados nacionales en el ámbito de la armonización material del mercado común; E. ULMER, “*Unfair Competition and The Common Market*”, *The Trademark Reporter*, vol. 53, 1965, pp. 625-650, p. 648, que se oponía a la total armonización. F. HENNING BODEWIG, “*Secondary Unfair Competition...*”, *loc.cit.*, en R. HILTY /F. HENNING BODEWIG (eds.), *Law Against Unfair Competition...*, *op.cit.*, p. 112; H. COLLINS, “*Harmonization by Example: European Laws against Unfair Commercial...*”, *loc.cit.*, pp. 6-7; hay que tener en cuenta que en Reino Unido existían diferencias con la concepción de consumidor y su protección donde regía el principio del cuidado del comprador (*caveat emptor*); J.A.K. HUNTLEY/F. H. STEPHEN, “*Unfair Competition, Consumer Deception, and Brand Copying: An Economic Perspective*”, *IRLE*, nº 15, 1995, pp. 443-462.

⁵⁸³ J.A.K. HUNTLEY/F. H. STEPHEN, “*Unfair Competition: An economic...*”, *loc.cit.*, p. 445; K. J. ALBIEZ DOHRMANN, “*Mercado interior, contrato y derecho de la ...*”, *loc.cit.*, p. 108; aunque en relación a la Directiva sobre cláusulas abusivas en contratos de consumo, se considera parte del *Fitness Check* del acervo del Derecho europeo de consumo; la autora analiza los inicios de la protección al consumidor en el ámbito comunitario, M. DEAN, “*Unfair Contract Terms: The European Approach*”, *MLR*, vol. 54, 1993, pp. 581-590; F. ESTEBAN DE LA ROSA, *La protección de los consumidores en el mercado interior...*, *op.cit.*; T. J. MURRIS, “*The Interface of Competition and Consumer Protection. Preparing ...*”, *loc.cit.*, pp. 7-36.

⁵⁸⁴ “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones contra las prácticas comerciales engañosas y garantizar una aplicación efectiva. Revisión de la Directiva 2006/114/CE sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa”, Bruselas 27.11.2012, COM (2012) 702 final.

sigue reconociendo la trilogía de intereses protegidos en las normas de competencia desleal ya tenía un marcado carácter “consumerista”⁵⁸⁵. Se convierte en un proceso “consumerista” pero no en un proceso para realizar una ley de competencia desleal en el mercado interior⁵⁸⁶.

155. Sin embargo, no fue hasta finales de los años `90⁵⁸⁷ que no se hizo patente puesto que en los inicios no todos los Estados incluyeron la política de protección a los consumidores en sus legislaciones y objetivos (todavía influenciados por las tendencias *ordo-liberales*)⁵⁸⁸.

156. Derecho comparado. En Estados Unidos, esta tendencia de protección al consumidor, encuentra su origen en los movimientos a favor de tutelar sus derechos contra los monopolios que se estaban formando en los que se quería incrementar el control normativo. Estos sectores eran mayoritariamente, el

Muchos cambios que aportó la Directiva fueron limitados en algunos EM en los que ya existía la regulación contra la publicidad engañosa.

⁵⁸⁵ M. L. MARTÍN GARCÍA, *La publicidad: su incidencia en la contratación*, Madrid, Dykinson, 2015; F. HENNING-BODEWIG, “Secondary Unfair Competition...”, *loc.cit.*, en R.HILTY/ F. HENNING-BODEWIG, *Law Against Unfair Competition...*, *op.cit.*, p. 115; M. LEISTNER, “Unfair Competition or Consumer protection?...”, *loc.cit.*, p. 147.

⁵⁸⁶ H. ULLRICH, “Anti-Unfair Competition Law and Anti-Trust Law: A ...”, *loc.cit.*, p. 21.

⁵⁸⁷ J. GLÖCKNER, “The Law Against Unfair Competition...”, *loc.cit.*, en R. HILTY/ F. HENNING BODEWIG, *Law Against Unfair Competition...*, *op. cit.*, p. 93; “Since 1999 the Consumer Protection Directorate General, has, in general, recognised the consumer protection effect of Unfair Competition law”.

⁵⁸⁸ Vid. G. SCHRICKER, “International aspects of Unfair...”, *loc.cit.*, p. 131; F. HENNING BODEWIG, *International handbook on ...*, *op.cit.* p. 2: “The common ground for the repression of unfair competition became shaky around 1960/70 with the emergence of the consumer movement and the growing of unwillingness of consumers to stay on the “Dark Side of the Market Place” (as a book by Warren Grant and Jean Carper was titled)”. ; R. DE WREY, *Towards and European Unfair competition law: a clash between legal...* *op.cit.*, p. 3; J. STUYCK, “European consumer law after the Treaty of Amsterdam: Consumer Policy in or beyond the international market”, *CMLR*, nº 37, pp. 367-400; con relación a la protección del consumidor como pieza central de las economías de mercado, S. E. ROLLAND, “Are Consumer-Oriented Rules in the New Frontier of Trade Liberalization?”, *School of Law Faculty Publications*, Northeastern University, nº 262, 2013, pp. 1-93, pp. 4-16; de forma prolija, sobre la impronta del Derecho de consumo europeo y como se materializó en un mecanismo corrector del mercado, J. I. PAREDES PÉREZ, *La protección de los consumidores en el sistema español de Derecho internacional privado...*, *op.cit.*, pp. 80-87, esp. p. 82 y todas las referencias allí citadas; A. CHIRITA, “A Legal-Historical Review of the EU Competition...”, *loc.cit.*, esp. p. 284; J. GUILLÉN CARAMÉS, “El marco jurídico de la política comunitaria de protección de los consumidores”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº5, 2003, pp. 233-270; el antecedente de la DPCD, Libro Verde para la protección del consumidor en la Unión Europea de 2001, COM (2001) 531 final. En el mismo se explica la necesidad de confianza que deben tener los consumidores en las transacciones transfronterizas en relación a los objetivos de mantener el buen funcionamiento del mercado interior ya la vez, el sistema de competencia. Que tenían que ser adaptados a los principios de proporcionalidad y subsidiariedad (Cdo. 6º).

de los productos farmacéuticos, los productos cosméticos y los productos de alimentación⁵⁸⁹. Por ende, en Estados Unidos, también se relaciona desde los inicios, la protección del consumidor y la competencia desleal⁵⁹⁰.

B. Concepto europeo de lealtad comercial (*Lauterkeitsrecht*) vs. concepto de competencia desleal

157. Lealtad comercial (*Lauterkeitsrecht*). Uno de los mayores desafíos legislativos en la materia fue la búsqueda de un concepto europeo de “lealtad” y que se ajustase a las realidades y lo establecido en los sistemas jurídicos de los EM (incluido el modelo anglosajón). Esta concepción nueva con la DPCD nacía de la sutil diferencia entre acto de competencia desleal y práctica comercial desleal⁵⁹¹. Ha sido objeto de numerosas críticas doctrinales⁵⁹².

158. Algunos autores, especialmente de la Doctrina alemana, fueron los primeros que empezaron a reconocer el cambio de paradigma operado por el

⁵⁸⁹ Puede verse el discurso que dio J. F. KENNEDY el 15 de marzo de 1962, “Special message to Congress on protecting consumer interest”, que puede ser consultado de forma íntegra en el siguiente enlace, <https://www.jfklibrary.org/Asset-Viewer/Archives/JFKPOF-037-028.aspx>; J. GLÖCKNER, “Unfair Trading Practices in the Supply Chain, Disparities in Bargaining Power and the Co-ordination of European Contract, Competition and Unfair Competition Law”, *GRUR Int*, nº12, 2016, pp.1106-1120; se consideró una tendencia que fue *in crescendo* e inevitable, P. KOTLER, “What consumerism means for marketers”, *Harvard Business Review*, 1972, pp. 48-57, p. 50; y, de forma actual, la protección al consumidor en Estados Unidos puede encontrarse tanto en el ámbito del derecho contractual (*contract doctrines*) contra los ilícitos de *misrepresentation* o *unfair bargains*, como en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, contra prácticas engañosas, deceptive practices and defective products; A. OHLY, “TRIPS and Consumer Protection”, en H. ULLRICH/M. LAMPING/R. HILTY/ J. DREXL (eds.), *TRIPS Plus 20...*, *op.cit.*, pp. 682-698, p. 684.

⁵⁹⁰ El Derecho angloamericano de una cierta forma reconoce también que las normas contra la competencia desleal tal cual, están enfocadas en una parte en la protección al consumidor (*consumer protection*); pero, el término *unfair competition* es demasiado amplio para ellos incluyendo conductas desde las agresivas, a las engañosas y que tienen tipificación por separado dentro de los *economic torts*, por ejemplo, T. J. MURRIS, “The Interface of Competition and Consumer Protection”, en *Annual Proceedings – Fordham Co. L I.*, Nueva York, Kluwer Law Publishers, 2003, pp. 7-36.

⁵⁹¹ H. M. MICKLITZ, “Das Konzept der Lauterkeit in der Richtlinie 2005/29/EG...”, *loc.cit.*, en *From Single Market to Economic Union...op.cit.* pp. 297-312; “The General Clause on Unfair...”, *loc.cit.*, en *European fairtrading...op.cit.*, pp. 86-87.

⁵⁹² *Vid. v.gr.*, M. LEITSNER, “Unfair Competition or Consumer Protection?...”, *loc.cit.*, p. 173; R. HILTY/F. HENNING-BODEWIG/R. PODSZUN, “Comments of the Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law, Munich of 29 April 2013 on the Green Paper of the European Commission on Unfair Trading Practices in the Business-to-Business Food and Non Supply Chain...”, *cit.*, p. 6. En el informe se critica la falta de seguridad jurídica que estos conceptos autónomos han causado en algunos sistemas legales; H. M. MICKLITZ, “Das Konzept der Lauterkeit in der Richtlinie ...”, *loc.cit.*, en N. N. SHUIBHNE/L. W. GORMLEY, (eds.) *From Single Market to Economic Union. Essays in Memory of John A...*, *op.cit.*, pp. 297-312; L. GONZÁLEZ VAQUÉ, “Jurisprudencia del TJUE referente a la interpretación de la Directiva sobre prácticas...”, *loc.cit.*, de ahí que la Comisión se viese abocada a confeccionar una Guía de interpretación para la Directiva.

legislador europeo, por lo que procedieron a denominar el acervo de normas del Derecho europeo, tras la DPCD, el Derecho de la lealtad comercial (*Lauterkeitsrecht*).

Cuestión clave. El Cdo. 24 de la DPCD explica que el término “lealtad en las transacciones comerciales” es sinónimo de lo que este cuerpo de normas debe buscar: la justicia paritaria en el mercado entre profesionales y consumidores.

159. Diferencia entre acto de competencia y práctica comercial. Como consecuencia del establecimiento de un concepto europeo de lealtad se empieza también a diferenciar entre acto de competencia desleal y práctica comercial desleal⁵⁹³.

160. Ambos conceptos en el Derecho de la competencia desleal no son equivalentes, por lo tanto, procede su diferenciación de forma cuidadosa⁵⁹⁴.

El “acto de competencia desleal” tiene finalidad concurrencial para promover y asegurar la difusión de prestaciones (bienes, productos o servicios en el mercado). En cambio, la “práctica comercial” no está relacionada solo con esta promoción sino también con la venta y el suministro. Ambas tienen tendencia a influir en el comportamiento económico del consumidor de forma más directa (de ahí que la DPCD esté centrada de forma principal en evitar cualquier distorsión al comportamiento económico del consumidor⁵⁹⁵).

161. El concepto de práctica comercial desleal redundante en ser uno de los más conflictivos de delimitar. Los informes más recientes de la Comisión Europea lo siguen poniendo de relieve (Libro Verde del 2013)⁵⁹⁶, aunque a

⁵⁹³ J.I. PAREDES PÉREZ, “La responsabilidad civil del prestador y la obligación general de no discriminación del art. 20.2ª de la Directiva 2006/123/CE relativa a los servicios en el mercado interior”, *AEDIPr*, t. XIII, 2013, pp. 341-379, pp. 369-372; R. GARCÍA PÉREZ, “La reforma del Derecho contra la competencia desleal...”, *loc.cit.*, en J. A. GÓMEZ SEGADE/A. GARCÍA VIDAL (eds.), *El Derecho mercantil en el umbral del siglo XXI...*, *op.cit.*, pp. 436-437; L. M. MIRANDA SERRANO/J. PAGADOR LÓPEZ, “La necesidad de establecer conexiones entre el Derecho de la competencia desleal y el Derecho de ...”, *loc.cit.*, p. 3.

⁵⁹⁴ *Ibid.* (GARCÍA PÉREZ); algo que además influirá luego en el ámbito de la calificación en cuestiones de DIPr.

⁵⁹⁵ *Cf.* art. 5. 2. b (como cláusula general prohibitiva).

⁵⁹⁶ COMISIÓN EUROPEA, “Libro Verde sobre las prácticas comerciales desleales en la cadena de suministro alimentario y no alimentario entre empresas en Europa...”, *cit.*, pp. 6-8; y la crítica realizada en, R. HILTY/F. HENNING-BODEWIG/R. PODSZUN, “Comments of the Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law, Munich of 29 April 2013 on the Green Paper of the European Commission on Unfair Trading Practices in the Business-to-Business Food and Non Supply Chain...”, *cit.*, p. 6; EUROPEAN COMMISSION, “Misleading practices of “Directory companies” in the context of Current and Future Internal Market Legislation Aimed At the Protection of Consumers and SMEs”, IP/A/IMCO/FWC/2006-

veces sin éxito. En este último informe, la Comisión no llega a definir de ninguna forma qué debe entenderse por práctica comercial desleal, ni tampoco su diferencia con el concepto de acto comercial desleal.

162. Otros conceptos relacionados con la lealtad comercial y las prácticas comerciales desleales. Otros aspectos como las cuestiones de gusto, decoro y decencia quedaron en manos de los legisladores de los EM por el motivo que no era necesario que la armonización llegase hasta estos aspectos que implican cuestiones de ética y cultura social como factores culturales, sociales y lingüísticos (Cdo. 18º)⁵⁹⁷.

163. También porque se intentó separar de forma clara los conceptos de “lealtad” (como imparcialidad y justicia en el mercado) de lo que son las buenas costumbres o *bonos mores* para evitar tintes corporativistas y éticos a la hora de aplicar estas normas con función claramente ordenadora de conductas en el mercado⁵⁹⁸.

058/LOT4/C1/SC6, *European Parliament* (Policy Department Economic and Scientific Policy, 2008.

⁵⁹⁷ Cdo. nº 7 de la DPCD; Este aspecto se relaciona también con el mandato del art. 3 TFUE que promueve que la UE respete la diversidad cultural, lingüística y cultural de los EM, esto es la protección del pluralismo y la diversidad en la unidad que supone los procesos de armonización material; H-W. MICKLITZ/J. STUYCK/E. TERRY (eds.), D. DROSHOUT (coord.), *Cases, Materials and Text on Consumer Law*, Oxford/Portland, Hart Publishing (*Ius Commune Casebooks for the Common law of Europe*), 2010, pp. 106-110. De visión contraria a H-W. MICKLITZ es WILHEMSSON que argumenta que los parámetros de gusto, decoro y culturales recaen fuera del ámbito de la Directiva, “Harmonizing Unfair Commercial Practices Law: Cultural and Social Dimensions”, *Osgode Hall Law Journal*, vol. 44, nº3, 2006, pp. 461-500, p. 480; *id.*, “Das Konzept der Lauterkeit in der Richtlinie 2005/29/EG”, en N. N. SHUIBHNE/L. W. GORMLEY, (eds.) *From Single Market to Economic Union. Essays in Memory of John A. Usher*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 297-312.; F. HENNING BODEWIG, *International Unfair Competition...*, *op.cit.*; B.B. DUIVENVOORDE, *The Consumer Benchmarks in the Unfair...*, *op.cit.*, p.15; Un aspecto que ha sido motivo de numerosas críticas en la doctrina española y europea; J.I. RUIZ PERIS (dir.), *La Reforma de la Ley de Competencia Desleal (Estudios sobre la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el ...)*, *op.cit.*, pp. 18-19; *id.* “Panorámica de la reforma en materia de competencia desleal...”, *loc.cit.*, en J. A. GÓMEZ SEGADÉ/A. GARCÍA VIDAL (eds.), *Libro Homenaje al prof. Dr. Carlos Nóvoa...*, *op.cit.*, p. 383, (de acuerdo también con el artículo 3. 3 TJUE, la Unión debe velar por la diversidad cultural y lingüística y el patrimonio cultural europeo y el artículo 2 TFUE respetando el pluralismo); R. HILTY, “The Law Against Unfair Competition...”, *loc.cit.*, en R. HILTY/F. HENNING-BODEWIG (eds.), *Law Against Unfair Competition...*, *op.cit.*, p. 53; B. KEIRSBILCK, *The New European Law of Unfair Commercial Practices...op.cit.*, p. 558.

⁵⁹⁸ *Vid.* en especial, L. VOGEL, *Droit français de la Concurrence*, Paris, Lawlex, 2006, pp. 31-115; M.A. FRISON-ROCHE/M.S. PAYET, *Droit de la concurrence*, 1ªed, Paris, Dalloz, 2006, pp. 379-417; A. C. LORRAIN, “France”, y también “Italy” en F. HENNING-BODEWIG, *International Handbook on...*, *op.cit.*, pp.207-230 (Francia), pp. 313-341 (Italia); del Derecho italiano, A. SIROTTI GAUDENZI, *Proprietà Intellettuale e Diritto della Concorrenza*, Torino, Wolters Kluwer Italia S.r. l., 2008, pp. 507-532.

164. Como figura central se encuentra el “consumidor medio” (*average consumer*⁵⁹⁹) que influye en cuanto se intenta evitar la tendencia cambiante de los gustos y el decoro de los mismos para valorar su comportamiento comercial en relación a los precios y las distorsiones que puedan existir en la competencia debido a las prácticas comerciales de tipo desleal que se contienen en la DPCD y las otras normas relacionadas.

C. Aspectos relevantes de la DPCD en relación a sus cláusulas generales y la Lista Negra

162. La DPCD tiene una estructura compleja que se puede resumir en tres cláusulas: la cláusula general y otras dos “pequeñas cláusulas” que determinan los otros conceptos de la “deslealtad cualificada” de forma diferente, aunque se deben poner en relación con la cláusula general⁶⁰⁰.

163. Estas cláusulas se establecieron para determinar que se tiene que considerar como prácticas desleales *engañosas* por acción y omisión (art. 6 y 7) y,

⁵⁹⁹ Vid. de forma crítica y de acuerdo a un análisis de economía del comportamiento sobre la jurisprudencia del TJUE en la materia que en realidad tiene origen en la jurisprudencia sobre el Derecho de marcas con el asunto *Gut Spingengeite* (C-210/96); T. LETTL, “Der lauterkeitsrechtliche Schutz vor irreführender Werbung in Europa”, *GRUR Int*, n°85, 2004, pp. 85-97, donde hace un recorrido del concepto de consumidor medio desde el asunto *Gut Spingengeite* en la directiva de publicidad engañosa pero también en otras como la de publicidad de tabaco; La DPCD reconoció que el concepto de “consumidor medio” es un concepto impreciso, debiendo los tribunales de los EM tener en consideración esta afirmación para ir matizándola, R. INCARDONA/C. PONCIBÒ, “The average consumer, the unfair commercial practices directive, and the cognitive revolution”, *J. Consum. Policy*, n°30,2007, pp. 21-38; de forma reciente, B.B.DUIVERVOORDE, *The Consumer Benchmarks in the Unfair Commercial Practices...*, *op.cit.*, pp. 19-22; J. STUYCK, “La proposition de directive pratiques commerciales déloyales: quel marché unique pour le consommateur”, *Revue européenne de droit de la consommation*, n°4, 2003, pp. 248-249; deM. LEITSNER, “Unfair Competition and Freedom of Movement...”, *loc.cit.*, en J. BASEDOW *et.al.*, *Max Planck Encyclopedia...*, *op.cit.*, p. 1721: “Of late, the information model of consumer protection in the Court’s case law has increasingly been criticized in legal literature.”; L. GONZÁLEZ VAQUÉ, “La noción de consumidor en el Derecho Comunitario”, *Estudios sobre consumo*, n°75, 2005, pp. 25-42, pp. 8-11; *id.* “El Derecho de Consumo en la Unión Europea: la problemática planteada por la armonización mínima en las normativas comunitarias relativas a la protección de los consumidores”, Asociación Iberoamericana para el Derecho Alimentario, 2004, pp. 1-24; H. COLLINS, “Harmonization by example: European laws against unfair commercial practices...”, *loc.cit.*, p. 2; M. LEITSNER, “Unfair Competition or Consumer Protection?...”, *loc.cit.*, p. 15; diferencias entre el concepto de consumidor medio en la DPCD y la Directiva de publicidad engañosa y comparativa, S. NEWMAN RODRÍGUEZ, “La protección de los competidores en Europa: comentario a la Directiva 2006/114/CE sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa (versión codificada)”, *RGDE*, vol.22, 2010, pp. 1-38.

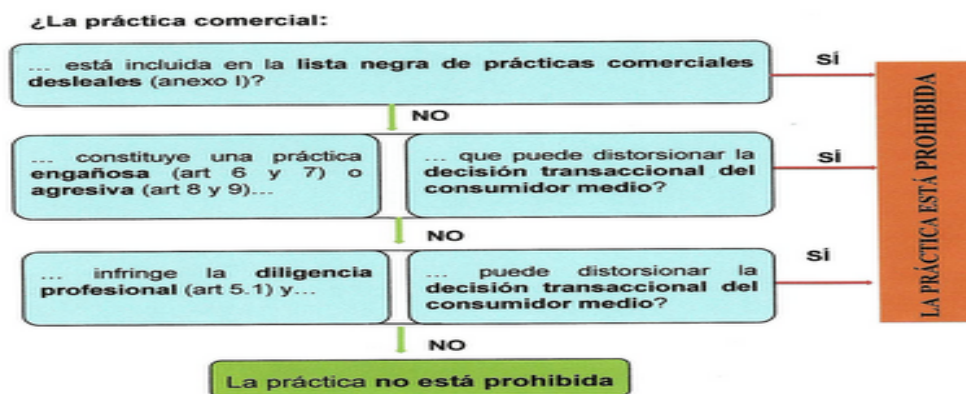
⁶⁰⁰ Vid. F. HENNING-BODEWIG, *International Handbook on Unfair...op.cit.*, pp.53-55; H-W. MICKLITZ, “The General Clause on Unfair ...”, *loc.cit.* en G. HOWELLS/H.W. MICKLITZ/T.WILHELMSSON (eds.), *European Fair Trading Law; The Unfair Commercial Practices...op.cit.*, p. 85; M. LEITSNER, “Unfair Competition or Consumer protection?...”, *loc.cit.*, p. 157

como prácticas desleales agresivas (art. 8 y 9) en las relaciones comerciales B2C⁶⁰¹.

164. Elementos de la “cláusula general” de la DPCD. Los conceptos que ofrecen para saber que es “lealtad competitiva” son el concepto de diligencia profesional (art. 5.2.a)⁶⁰² y “distorsión” del comportamiento económico del consumidor (art.5.2.b⁶⁰³). Añadiendo que se tutela solo: los “intereses colectivos” de los consumidores pero no individuales.

Ambos requisitos deben ser cumplidos a la vez y sin excepción para que pueda considerarse que la práctica comercial es desleal a efectos de la aplicación de la DPCD y este aspecto considerado el test de deslealtad fue trasladado a las normas de los EM⁶⁰⁴.

Guía para la aplicación de la “cláusula general” de la DPCD y las otras dos pequeñas cláusulas:



⁶⁰¹Por ejemplo, el concepto de “diligencia profesional” es un requisito que sólo se aplica si la práctica no es ni engañosa ni agresiva, C. TWIGG-FLESNER/D. PARRY/G. HOWELLS/A. NORDHAUSEN en, H. W. MICKLITZ/J. STUYCK/T. WILHEMSSON (eds.), *An analysis of the Application and Scope of the Unfair Commercial Practices Directive*, A report for the Department of Trade and Industry, 2005, pp. 1-202, p. 5; R. GARCÍA PÉREZ, “Consideraciones preliminares sobre la incidencia en la Ley de Competencia desleal del Anteproyecto...”, *loc.cit.*, pp. 4-5.

⁶⁰²Que fue criticado por no ser un concepto problemático que no representa realmente la esencia de las prácticas comerciales desleales, sobre todo, de los ilícitos concurrenciales B2B, F. HENNING BODEWIG, “Lauterkeit im B2B-Verhältnis- “anständige Markgepflogenheiten”, nicht “factliche Sorgfalt””, *GRUR Int.*, vol. 64, nº6, 2015, pp. 529-534.

⁶⁰³Vid. R. GARCÍA PÉREZ, “La diligencia profesional: un concepto clave del nuevo derecho contra la competencia ...”, *loc.cit.*, pp. 23-37; A pesar que, comercio leal y prácticas comerciales leales se interpretan de la misma forma, como sinónimos (cf. H-W MICKLITZ, “The General Clause on Unfair ...”, *loc.cit.*, en *European Fair Trading*, *op.cit.*, p. 83).

⁶⁰⁴H.-W. MICKLITZ, “The General Clause on Unfair ...”, *loc.cit.* en G. HOWELLS/H.W. MICKLITZ/T. WILHEMSSON (eds.), *European Fair Trading Law...op.cit.*, p. 85.

165. La “Lista Negra” (Anexo I DPCD). Esta “lista negra” *numerus clausus* tiene el objetivo de otorgar mayor seguridad jurídica contra determinadas prácticas comerciales desleales⁶⁰⁵.

166. Contiene una serie de prácticas comerciales desleales *per se*, o consideradas bajo cualquier circunstancia como desleales⁶⁰⁶.

Para poder entenderla de forma conjunta a las otras cláusulas establecidas, se cierra sólo a unos supuestos que no tendrán juicio de valor previo bajo los parámetros de “distorsión económico del comportamiento del consumidor” ni “diligencia profesional”.

O lo que es lo mismo, que no se necesitan pasar el test de la deslealtad establecido en cada una de estas cláusulas porque con la sola inclusión en la “Lista Negra” las convierte en prácticas desleales siempre⁶⁰⁷.

⁶⁰⁵ Vid. M. NAMYSLOWSKA, “Chapter 3. The Blacklist of Unfair Commercial Practices: The Black, Red Herring...”, *loc.cit.*, en W. VON BOOM/O. AKSEDI /A. GARDE (eds.), *The European Unfair Commercial Practices...*, *op.cit.*, p. 83: “The idea of a blacklist of unfair commercial practices is, therefore, praiseworthy. This makes it all the more unfortunate that the blacklist may only actually work in a simplified theory.” La idea que la autora considera respecto a que la Lista Negra, que pueda elaborarse para situaciones B2B para el futuro del Derecho contra la competencia desleal; W. FIKENTSCHER *et al.*, *FairEconomy...*, *op.cit.*, pp. 83-85. El autor considera que tal y como está redactada la “lista negra” del artículo 31, bien pudiera parecer que hace referencia a prácticas comerciales desleales al uso, o de transacciones realizadas en la calle, entre consumidores y vendedores al por menor. Por ello, piensa que la DPCD no cumple con el objetivo de su armonización máxima en todas las prácticas comerciales desleales que regula. De forma concreta, resalta sus lagunas en la cuestión de la falta de determinación de normas y de foros de competencia adecuados.

⁶⁰⁶ Cf. FIKENTSCHER, *et al.*, *FairEconomy: Crises, Culture...*, *op.cit.*, p. 83.

⁶⁰⁷ Vid. W. SCHUHMACHER, “The Unfair Commercial Practices Directive...”, *loc.cit.*, en R. HILTY /F. HENNING-BODEWIG, *Law Against Unfair Competition...*, *op.cit.*, p. 130 y p. 135; HENNING-BODEWIG, *International Handbook on Unfair...op.cit.*, p. 53; R. W. DE VREY, *Towards a European Competition Law; A clash Between Legal ...*, *op.cit.*, pp. 70-71; M. NAMYSLOWSKA, “Chapter 3. The Blacklist of Unfair Commercial Practices: The Black, Red Herring or White Elephant of the Unfair Commercial Practices Directive”, en W. VON BOOM, O. AKSEDI/A. GARDE (eds.), *The European Unfair Commercial Practices Directive: Impact, Enforcement, Strategies and National legal Systems*, Londres/Nueva York, Routledge, 2016, pp. 65-86; *id.* “Trifft die Schwarze der unlauteren Geschäftspraktiken ins Schwarze? Bewertung im Lichte der EuGH-Rechtsprechung”, *GRUR Int.*, 2010, pp. 1033-1039; F. GÓMEZ POMAR, “EC Consumer Law and EC Competition Law...”, *loc.cit.*, p. 26, la crítica del autor se centra en la “inefectividad” de algunas de las prácticas comerciales de esta “Lista Negra”. En este particular, se ha considera que muchas de las prácticas comerciales proscritas en la “Lista Negra” son dirigidas al competidor, CEACCU, *Las prácticas comerciales desleales... cit.*, p. 2, del mismo informe, C. LEMA DEVESA, “El engaño publicitario al consumidor...”, *loc.cit.*, p. 62 y M. J. MARÍN LÓPEZ, “Otras prácticas engañosas. La “Lista Negra” de las prácticas comerciales engañosas con consumidores”, *EC*, 2010, pp. 63-80, esp. p. 67, disponible en: <http://www.administracion.usmp.edu.pe/institutoconsumo/wp-content/uploads/2013/08/Practicas-comerciales-engañosas-España-2010.pdf>, considerando la lista, en vez de negra, “gris” en algunas ocasiones.

II. Estado actual y novedades del proceso de armonización material del Derecho de lealtad comercial

1. Crítica a la primera revisión de la DPCD y sobre la Directiva de publicidad engañosa y comparativa

167. La primera revisión que se hace de la Directiva sobre prácticas comerciales desleales ha dejado establecido que por el momento no existe ni la necesidad de incluir ni reformar nada de la misma DPCD⁶⁰⁸. Todo ello a pesar de la abundante jurisprudencia del TJUE que ha venido proliferando desde los últimos años⁶⁰⁹, que denota los problemas de aplicación e interpretación de la DPCD⁶¹⁰.

Así como también lo explicado de forma anterior.

⁶⁰⁸ COMISIÓN EUROPEA, “Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, y al Comité Económico y Social Europeo: “Primer informe sobre la aplicación de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) nº 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo” (“Directiva sobre prácticas comerciales desleales”), Bruselas 14.3.2013, COM (2013) 139 final, en relación a este informe interesa también leer lo que el Parlamento europeo consideró mediante la Comisión de Mercado Interior y Protección al Consumidor, PARLAMENTO EUROPEO, “Informe sobre la aplicación de la Directiva 2005/29/CE relativa a las prácticas comerciales desleales (2013/2116 (INI))”, disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2013-0474+0+DOC+XML+V0//ES#title3>

⁶⁰⁹ L. GONZÁLEZ VAQUÉ, “Jurisprudencia del TJUE referente a la interpretación de la Directiva relativas a las prácticas...”, *loc.cit.* p. 2, esta dificultad se debe a los fallos que contienen las disposiciones de la DPCD; M. DUROVIC, *European Law on Unfair Commercial Practices and Contract...*, *op.cit.*, sobre la abundante jurisprudencia del TJUE en materia de la DPCD.

⁶¹⁰ N. BARZEY, “Goodwill protection against counterfeiting in *Business to Business*”, Estocolmo, Publicaciones de la Universidad de Estocolmo, 2010, MLL, disponible en: http://www.juridicum.su.se/juruppsatser/2010/ht_2010_nina_barzey.pdf p. 40; “Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y social europeo: primer informe sobre la aplicación de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) nº 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo (“Directiva sobre las prácticas comerciales desleales”), COM (2013) 139 final, Bruselas 14.03.2013.; esp. punto 3.2.1 del informe: “necesidad de extender el ámbito de aplicación de la Directiva más allá de las transacciones entre empresas y consumidores”, p. 10; Sobre este particular, puede consultarse, la “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre “Proteger a las empresas contra las prácticas comerciales engañosas y garantizar una aplicación efectiva”, revisión de la Directiva 2006/114/CE sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa, de 27 de noviembre de 2012”, Doc. COM 2012, 702 final. La Comisión ha llegado a la conclusión que deben reforzarse los medios de aplicación transfronteriza de la normativa y el actual marco jurídico revisado a fin de combatir mejor este tipo de prácticas.

Estas manifestaciones han sido un hecho sorprendente para la Doctrina especializada en este sector⁶¹¹.

168. Estas manifestaciones contrastan con las establecidas en el Informe de la Comisión sobre los aspectos a revisar de la “Directiva de publicidad engañosa y comparativa”⁶¹², que sí pone de relieve que deben operarse determinados cambios y sobre todo en el ámbito de las prácticas de publicidad transfronteriza *ad intra*.

169. Ha llamado nuestra atención que no se haya aprovechado esta revisión para considerar la apertura de una mejora y de determinadas enmiendas a la DPCD. Por ejemplo, la ansiada ampliación y alienación del espectro de protección contra las prácticas comerciales desleales *B2B* (en correlación la Directiva de publicidad engañosa y comparativa).

170. O la posible inclusión de una “Lista Negra” contra las mismas prácticas comerciales desleales *B2B* de las que hace noticia el Informe de revisión, prácticas comerciales desleales que considera muy graves y que afectan de forma muy particular a las PyMEs. Por ejemplo, la práctica de directorios profesionales aunque incluidos en el ámbito de la Directiva de publicidad engañosa y comparativa⁶¹³.

⁶¹¹ L. GONZÁLEZ VAQUÉ, “La Directiva sobre las prácticas comerciales desleal: una cosa es predicar y otra dar trigo”, *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, nº36, noviembre-diciembre 2013., siendo uno de los críticos más duros en este particular del Informe.

⁶¹² COMISIÓN EUROPEA, “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones. Proteger a las empresas contra las prácticas comerciales engañosas y garantizar una aplicación efectiva. Revisión de la Directiva 2006/114/CE sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa”, Bruselas 27.11.2012, COM (2012) 702 final

⁶¹³ Informe de la Comisión, pp.10-11

2. En relación a la falta de puentes de conexión debidos entre el Derecho de lealtad comercial y el Derecho contractual

A. En prácticas comerciales desleales de tipo B2C

171. Abordamos en este apartado, los problemas que existen de falta de coordinación entre las disposiciones de la DPCD y el Derecho contractual y precontractual del Derecho de consumo. Siendo uno de los mayores *conundrums* a resolver todavía por el legislador europeo y el legislador de los EM⁶¹⁴.

172. Relaciones complejas pero necesarias. La relación entre el Derecho contractual y el Derecho de la competencia desleal es compleja aunque si se observa la función de cada cuerpo normativo⁶¹⁵, como por ejemplo, pone de relieve la Audiencia Provincial de Madrid se pueden obtener claves para su delimitación: *“Tratar de querer llevar el debate al ámbito de los litigios sobre el correcto funcionamiento del mercado supone desvirtuar el sentido de la normativa reguladora de la competencia desleal. Porque el puro incumplimiento contractual no constituye, en principio, un acto de competencia desleal, ni tan siquiera cuando el mismo provoque, como efecto colateral, una ventaja competitiva al incumplidor (dejando a salvo las infracciones que pudieran estar expresamente tipificadas como tales en la Ley de Competencia desleal)”*⁶¹⁶.

173. La traba que se encuentra para encontrar los debidos puentes de conexión es que la excesiva regulación de la competencia podría llegar a “ahogar” la autonomía de la voluntad de los operadores jurídicos privados y también el mismo proceso de competencia, “demasiada competencia mata la competencia”⁶¹⁷.

⁶¹⁴ L. M. MIRANDA SERRANO/J.LÓPEZ, “La necesidad de establecer conexiones entre el Derecho la competencia desleal y el Derecho de contratos”, *Diario La ley*, nº 8464, Sección Tribuna, 2015, pp. 1-9, que proponen el establecimiento de las necesarias conexiones axiológicas y normativas entre el Derecho de la competencia desleal y el Derecho de obligaciones y contratos como uno de los grandes retos actuales del legislador; en cambio, en la jurisprudencia española se observa de forma diferente, pueden verse como ejemplo algunas resoluciones de la SAP de Madrid, de 24-VI-2015; 2-VI-2014, de Alicante, en esta FJ 2 y 3, 29-01-2015; Barcelona, 13-VI-2012, 9 marzo de 2009; etc., es destacable que todas las resoluciones excluyen el reproche de deslealtad concurrencial en incumplimientos contractuales, siguiendo lo establecido por el TS en STS 25 de octubre de 2000 y tras sentencias del Alto Tribunal que establecen que el incumplimiento contractual no es *per se* constitutivo de competencia desleal aún cuando la infracción proporcione una ventaja competitiva al infractor, pues de los contratos no surgen deberes generales de conducta, sino particulares, sólo vinculantes para quienes los otorgan.

⁶¹⁵ A. SUÑOL LUCEA, “Incumplimiento de la prohibición de competencia y competencia desleal”, disponible en: <http://almacenederecho.org/incumplimiento-de-la-prohibicion-de-no-competencia-y-competencia-desleal/>;

⁶¹⁶ SAP Madrid, Secc. 28ª, nº 236/2015, de 18 de septiembre de 2015.

⁶¹⁷ R. HILTY/F. HENNING-BODEWIG/R. POSZTUN, “Comments of the Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law, Munich of 29 April on the Green Paper of the European Commission on Unfair Trading Practices...”, *loc.cit.*

174. Podemos comenzar por la relación y coordinación entre el ámbito material de la DPCD con el ámbito material de la Directiva sobre cláusulas abusivas, por ser parte del *Fitness Check* de Consumo⁶¹⁸.

La DPCD no otorga consecuencias directas de sus normas a las normas relacionadas con la formación, validez y efecto de los contratos (artículo 3.2: la DPCD debe entenderse sin perjuicio del Derecho contractual)⁶¹⁹.

Cdo. 9º: “*La presente Directiva no afecta a las normas de Derecho nacional y comunitario en materia contractual (...)*”, entre otras materias como las normas de propiedad intelectual. Ni tampoco a las normas de juegos de azar o a las normas comunitarias sobre Derecho de la competencia”

175. Esta afirmación debe ser descartada de forma amplia puesto que hay que valorar primero cual era el verdadero objetivo de establecer el apartado 2º artículo 3º por el legislador europeo, como ponen de relieve, HENNING BODEWIG y DUROVIC. El último ha llegado a afirmar que la DPCD es un poderoso instrumento para el proceso de europeización del Derecho contractual de consumo⁶²⁰.

⁶¹⁸ Vid. S. WEATHERILL/U. BERNITZ, “Introduction”, en S. WEATHERILL/U. BERNITZ (eds.), *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29*, Oxford/Portland, Hart Publishing, 2007, pp. 1-10; esta relación viene dada también mediante el Derecho originario a través del artículo 95, instrumento para la promoción y el desarrollo de la integración económica a través de la armonización legislativa (que en el Tratado de Ámsterdam era el artículo 100a, y luego se convirtió en la siguiente versión en el artículo 94): “*It is well known that the bulk of the EC’s Legislative acquis in the field of consumer law concerns the harmonisation of contract law*”; de forma más reciente, M. DUROVIC, *European Law on Unfair Commercial Practices and Contract Law*, Oxford/Portland, Hart Publishing, 2016

⁶¹⁹ F. HENNING BODEWIG, *International Handbook on Unfair Competition...*, *op.cit.*, p. 51: “*However, whether this is true in practice is questionable*” y este aspecto es cierto, por el impacto que ha tenido finalmente la DPCD sobre el ámbito del Derecho contractual, M. DUROVIC, *European Law on Unfair Commercial Practices and Contract Law...*, *op.cit.*; M. LEITSNER, “Unfair Competition or Consumer Protection?...” , *loc.cit.*, p. 157: “Article 3(2) and (3) expressly exclude from the scope of the Directiva Proposal the fields of contract law, and the determination and quantification of the types of damages, which may be caused by an unfair commercial practice”; J. I. RUIZ PÉRI, “Panorámica de la reforma en materia de competencia desleal...”, *loc.cit.*, *Libro homenaje a Fernández Nóvoa...*, *op.cit.*, p. 382.

⁶²⁰ M. DUROVIC, *European Law on Unfair Commercial Practices...*, *op.cit.*, p. 2; M. LEITSNER, “Unfair Competition/contract law” en F. HENNING BODEWIG/A. SPENGLER, “Conference Report: “Framing- The “Hard Core” of Unfair Competition Law”. Workshop of the Max Planck Institute for Innovation and Competition (Munich), 9-11 2016, *GRUR Int.*, 2016, pp. 911-914; R. STEENNOT, “Public and Private Enforcement in the Field of Unfair Contract Terms”, *European Review of Private Law*, nº4, 2015, pp. 589-619; M. DUROVIC, *European Law on Unfair Commercial Practices...*, *op.cit.*; B. KEIRSBILCK, “The Interaction between Consumer Protection Rules on Unfair Contract Terms and Unfair Commercial Practices: Perenicova and Perenic”, *CMLR*, 2013, pp. 247-264; S. WHITAKKER, “The Relationship of the Unfair Commercial Practices Directive to European and National Contract Laws”, en S. WEATHERILL/U. BERNITZ (eds.), *The Regulation of Unfair Commercial Practices...*, *op.cit.*, pp. 139-159, p. 143, la solución que da el

176. Así se desprende de la jurisprudencia del asunto *Pereničova y Perenič* (C-453/10) donde el TJUE establece que la “relación de complementariedad” que realiza la DPCD sobre el derecho de contratos, y en especial, para determinar si una cláusula en un contrato con consumidores tiene consideración de desleal y a su vez puede considerarse al mismo tiempo, una cláusula abusiva.

Considera el TJUE, que el carácter desleal que puede tener una cláusula en un contrato con consumidores, es uno de los elementos que tiene el juez para considerar a tales cláusulas abusivas, pero no por ello, considerar que este tipo de contratos pueden llegar a ser una práctica comercial *per se*.

177. La problemática en este particular se encuentra en que la conexión existente entre declarar una práctica comercial desleal derivada de un contrato o una transacción contractual y proceder a su nulidad directa para todos los afectados por la misma práctica, esto es, el establecimiento de debidos puentes de conexión entre ambos reproches (MIRANDA/PAGADOR), se convirtió por lo establecido en el art. 3.2 DPCD en una cuestión, en principio, impensable⁶²¹.

178. Viene dada por la redacción del artículo que está lejos de ser considerado pacífica, y atendiendo sobre todo a su redacción: “sin perjuicio”. Donde el legislador europeo lejos de aclarar la situación o como cambiaría o afectaría este aspecto en las legislaciones nacionales, estaba refiriéndose en realidad a otras normas de Directivas relativas al Derecho de consumo de la UE (sobre todo, a la Directiva de cláusulas abusivas en contratos con consumidores)⁶²².

autor es interpretarlo de forma restrictiva “(...) Article 3(2)’s “without prejudice” clause saves “contract law” (as specially and quite broadly understood for these purposes) from the “fully harmonizing” impact of the 2005 Directive, it does not preclude the Directive’s provisions from influencing the development of both European and national contract law”.

⁶²¹ Asunto *Nemzeti c. UPC* (C-388/13) y Conclusiones del AG sr. Wahl del 23 de octubre de 2014 en sus párrafos 27 al 35; Asunto *Pereničova-Perenič* (C-453/10); H. COLLINS, “The Unfair Commercial Practices Directive”, *ERCL*, vol. 4, 2005, pp. 417-441, pp. 424-427; en el ámbito del Derecho material español las faltas se han puesto de relieve de forma más reciente por, L. M. MIRANDA SERRANO/J. PAGADOR LÓPEZ, “La necesidad de establecer conexiones entre el...”, *loc.cit.*, pp. 1-9; “Misleading and Agressive Commercial Practices and the Defects of ...”, *loc.cit.*, en R. SCHULZE/P. PERALES VISCASILLAS, (eds.), *The formation of Contract: New Features and Develements in ...*, *op.cit.*, pp. 89-96; A. CASADO NAVARRO, “Mecanismos de protección del cliente de servicios bancarios en la fase precontractual”, *Diario La Ley*, nº 8531, mayo 2015, pp. 1-21, p. 6.

⁶²² L. M. MIRANDA SERRANO/J. PAGADOR LÓPEZ, “La necesidad de establecer conexiones entre el Derecho de la competencia desleal y...”, *loc.cit.* p. 2, los autores ponen de relieve que el el término práctica comercial en la DPCD puede encompassar: “contrato” y que, de esta forma, la mayoría de los contratos (a excepción de los celebrados entre particulares) son a la vez prácticas comerciales (art. 2.3 LCD) pero la incomunicación entre el Derecho contractual y el Derecho de

179. Se une otro problema a este particular. El cómo los legisladores nacionales lo entendieron y lo transpusieron a los ordenamientos de los EM. El resultado que ello ha tenido y está teniendo en las relaciones de tipo precontractual o contractual, entendiendo lo establecido en la DPCD como “transacción comercial”⁶²³ que difiere bastante del concepto de acto de competencia desleal en las legislaciones nacionales de los EM de competencia desleal.

B. En prácticas comerciales desleales de tipo *B2B*

180. Las desigualdades en el ámbito del poder de negociación (*bargaining power*) complican que exista verdadera autonomía de la voluntad en las relaciones entre profesionales también, especialmente en problemas de relaciones verticales donde el *bargaining power* es desigual⁶²⁴, *v.gr.*, contratación entre las PyMEs/multinacional⁶²⁵. Así como se confirman los abusos y las prácticas comerciales desleales de tipo *B2B* entre estos operadores.

a. El Libro Verde sobre suministro alimentario y no alimentario y otros proyectos

181. Con referencia a los puentes de conexión entre el Derecho contractual y el Derecho de lealtad comercial. Los últimos Libros Verdes que la Comisión ha realizado en la materia como el “Libro Verde para el suministro y la cadena alimentaria”⁶²⁶ han puesto de relieve todos los problemas que se han

competencia desleal sino nula, casi absoluta; A. SUÑOL LUCEA, “Incumplimiento de la prohibición de competencia...”, *cit.*; la autora además de realizar un análisis crítico de la transposición que llevó a cabo el legislador español, la compara con la que realizó en legislador inglés de la Directiva en su *Consumer Protection Regulation from Unfair Trading Regulation* que no menciona que el acto desleal *B2C* deba ser ni antes, ni después ni durante la realización de un contrato. Por lo que, atendiendo a su explicación, este aspecto ha dependido de cómo se transpuso a los ordenamientos de los EM el término. En Alemania, por ejemplo, se sustituyó el término acto de competencia por acto comercial, bastante más adecuado y en línea con la redacción de la DPCD; J. GLÖCKNER, “Europäisches Lauterkeitsrecht”, en H. HARTE-BAVENDAMM/F. HENNING BODEWIG (eds.), *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb...*, *op.cit.*, pp.58-179, pp. 107-130, p.126.

⁶²³ El legislador español transpuso el artículo de la siguiente forma en el art. 2 LCD (y tomando en cuenta la definición del artículo 2.k sobre “transacción comercial”: “la Ley será de aplicación a cualesquiera actos de competencia desleal realizados antes, durante o después de una operación comercial o contrato, independientemente de que llegue a celebrarse o no”. Cuestión diferente es si este aspecto hace la LCD española compatible con la redacción de la DPCD.

⁶²⁴ V. KÜRNER, “Die Harmonisierung des Lauterkeitsrechts im Bereich B2B” en J. GLÖCKNER (ed.), *Aktuelle Fragen des Lauterkeits- und Kartellrechts*, Constanza, Konstanzer Online-Publikations-System, 2015, pp. 25-49.

⁶²⁵ *Ibid.* (GLÖCKNER), p. 94. Interesa como el autor establece una diferencia entre como las normas del Derecho de la competencia protegen el ámbito de la autonomía de la voluntad para la parte débil.

⁶²⁶ COMISIÓN EUROPEA, “Libro Verde sobre las prácticas comerciales desleales en la cadena de suministro alimentario y no alimentario entre empresas en la Unión Europea”, COM (2013), 37 final, Bruselas 31.1.2013

comentado y, en especial, posibles soluciones a la tutela contra las prácticas comerciales desleales de tipo *B2B*⁶²⁷ y los debidos puentes entre la libertad contractual, el Derecho de la competencia y el Derecho de lealtad comercial.

182. No obstante, también ha sido duramente criticado, especialmente por HILTY y HENNING BODEWIG, en cuanto fomenta más segregación y sectorialización en la materia sin tener en cuenta, de nuevo, su tutela de protección tripartita en el mercado.

De forma anterior, el “Acta de Mercado Único” también destacaba que la creación de un marco de protección para las relaciones comerciales *B2B* contra las prácticas comerciales desleales iba a reforzar con creces las cadenas de suministro y abastecimiento así como la lealtad comercial en el mercado interior europeo fortaleciendo la “unidad de mercado”⁶²⁸.

b. Relaciones entre el Derecho contractual, Derecho de lealtad comercial europeo y el Derecho *antitrust*

183. Este Libro Verde en concreto, merece ser destacado porque analiza la posición de la disciplina en el ámbito del Derecho originario y todos los problemas analizados con anterioridad, siendo uno de los proyectos legislativos del legislador europeo más actuales en la materia y más trascendentales.

184. Analiza lo relativo a las conductas de doble reproche e híbridas (la deslealtad cualificada) como “el abuso de posición dominante”⁶²⁹. En estas prácticas también existe un desequilibrio en el poder de negociación (*abuse of bargaining power*) que la Comisión y la mayor parte de los legisladores de los EM consideran desleal para las PyMES.

185. Siendo este aspecto un gran avance que puede poner en movimiento la inclusión de una Lista negra como se ha propuesto en la Directiva de cláusulas abusivas en contratos con consumidores (también en la DPCD), que recoge todos los

⁶²⁷ *Vid.* “Libro Verde sobre las prácticas comerciales desleales en la cadena de suministro alimentario y no alimentario entre empresas en ...”, *cit. passim*

⁶²⁸ F. GONZÁLEZ CASTILLA, “La represión de las prácticas comerciales desleales en la cadena agroalimentaria europea”, en F. GONZÁLEZ CASTILLA/ J. I. RUIZ PERIS (dirs.), Estudios sobre el régimen jurídico de la cadena de distribución agroalimentaria, Madrid, Marcial Pons, 2016, pp. 141-155; J. JORDANA, “El sector agroalimentario y el Derecho a una competencia leal”, en *op.cit.*, supra, pp. 157-171.

⁶²⁹ *Cf.* T. COTTIER/A. JEVTIC, “The protection against unfair competition in WTO Law: Status, potential and prospects”, en J. DREXL (ed.), *Technology and Competition (Technologie et concurrence): Contributions in honour of Hans Ullrich (Mélanges en l’honneur de Hans Ullrich)*, Bruselas, Larcier, 2009, pp. 669-681; “Green Paper on Unfair Trading Practices in the Business-to-Business food and non-food supply chain in Europe”, disponible en español en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013DC0037&from=EN>, p. 7.

tipos de abuso en el ámbito contractual que son desleales y de tipo *B2B* para proteger a las PyMES⁶³⁰.

186. Este problema ha llegado a reflejarse dada su importancia, en proyectos como el “Marco de una normativa común de compraventa europea” (conocido como el CESL) que incluye en el mismo una “cláusula contra la explotación abusiva”(que se aplicará a ambas partes)⁶³¹, relacionado con este tipo de prácticas comerciales desleales, reconocimiento la función que tiene la institución

⁶³⁰ COMISIÓN EUROPEA, “Libro Verde sobre las prácticas comerciales desleales en la cadena alimentaria y no alimentaria...”, *cit. supra*, p. 3: “La expansión de las marcas propias de los minoristas ha convertido a algunos comerciantes en competidores directos de sus proveedores. Un número de operadores relativamente importantes de la cadena de suministro posee un considerable poder de negociación (*bargaining power*)”; P. CANEDO ARRILLAGA, “An attempt to increasing Competition in public procurement: One example in the Basque Country”, en J. M. BENEYTO/J. MAILLO (dirs.), *Fostering Growth in Europe: Reinforcing the internal market*, Madrid, CEU Ediciones, 2014, pp. 365-392, p. 381, con relación a un análisis de la ley autonómica vasca en materia de apoyo a emprendedores y pequeñas y medianas empresas (Ley 16/2012 de 20 de junio, de Apoyo a las Personas Emprendedoras y a la Pequeña Empresa del País Vasco, *BOE*, nº 172, de 19/VII/2012, pp. 51776-51787) y, el establecimiento en la misma de la importancia de dotar de protección a este tipo de operadores jurídicos contra la competencia desleal en su Capítulo IV que establece que la precitada ley interpondrá medidas para evitar la competencia desleal de las administraciones vascas a las Pymes y emprendedores; Comisión Europea sobre la internacionalización de las PyMES, disponible en: http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/market-access/enterprise-europe-network/intern_event_en.htm, y el Informe final: http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/market-access/files/web_internationalisation_opportunities_for_smes_final_report_aug_2011_en.pdf; WIPO INTERREGIONAL FORUM ON SMALL AND MEDIUM-SIZED ENTERPRISES (SME’s) AND INTELLECTUAL PROPERTY: R. GALLAFENT, “Fair Play for SMEsin the Marketplace: Using Laws against Unfair Competition and the Protection of Trade Secrets”, *WIPO*, IP/MOW/02/11Moscú, 22-24 mayo 2002, pp. 1-6, disponible en: http://www.wipo.int/edocs/mdocs/sme/en/wipo_ip_mow_02/wipo_ip_mow_02_11.pdf; de otro lado, las PYME se han intentado proteger pero no con relación a las prácticas *B2B* sino en relación a las prácticas abusivas en materia de contratación de las PyMES, J. STUYCK, “Do We Need “Consumer Protection...”, *loc.cit.*, en K. PURNHAGEN/P. ROTT (eds.), *Varieties of European Economic Law and Regulation...*, *op.cit.*, p. 365. Se pone de relieve en su estudio que tampoco es conveniente el exceso de regulación en la materia, porque podría sofocar la competencia (demasiada regulación “mata” la competencia); M.B.M LOOS/I. SAMOY (eds.), *The Position of Small and Medium Sized Enterprises in European Contract Law*, Cambridge, Intersentia Publishing Ltd., 2013; A. González, “Trade in the XXI...”, *loc.cit.*, en C. HERRMANN/B.SIMMA/R. STREINZ (eds.), *Trade Policy between Law, Diplomacy and Scholarship...* *op.cit.*, pp. 81-82.

⁶³¹ J. STUYCK, “Chapter 17. Do We Need “Consumer Protection” for Small Businesses...”, en K. PURNHAGEN/P. ROTT (eds.), *Varieties of European Economic...*, *op.cit.*, pp. 359-370; E. VALPUESTA GASTAMINZA, “La propuesta de normativa común de compraventa europea (CESL), un paso más hacia la unificación del Derecho de contratos en la Unión Europea, lastrado por la protección al consumidor”, *CDT*, vol. 5, nº1, 2103, pp. 199-216; K. ALBIEZ DOHRMANN, “Mercado interior, contrato y Derecho de la competencia...”, *loc.cit.*: J. GLÖCKNER, “The Law Against Unfair Competition and the EC Treaty...”, *loc.cit.*, en R. HILTY/F. HENNING BODEWIG (ed.), *Law Against Unfair Competition...*, *op.cit.*, p. 94, “*Competition and private autonomy are two sides of the same coin*”; M.W.HESSELINK, “Chapter 2. Post-Private Law” en K. PURNHAGEN/P. ROTT (eds.), *Varieties of European Economic Law...*, *op.cit.*, pp. 31-41, esp. pp. 35-36.

como parte del Derecho privado en la tutela de la lealtad relacionado con el deber de buena fe contractual.

187. Dumping: relación con los precios, poder de mercado y Derecho contractual⁶³². Estas situaciones pueden encontrarse cuándo dos compañías líderes en un determinado sector han llevado a cabo durante un largo período de tiempo una guerra de precios y mediante esta conducta comercial predatoria, terminan desbancando a las PyMEs tanto a nivel transfronterizo como a nivel nacional, mediante cláusulas contractuales abusivas que las someten de forma desleal a una posición todavía más inferior de la que ostentan frente al competidor de mayor tamaño.

c. La situación de la regulación en el mercado interior europeo contra las prácticas comerciales desleales hacia las PyMES

188. Todo ello se relaciona por una problemática que está siendo cada vez mayormente considerada (que nos interesa, sobre todo, en el ámbito del comercio transfronterizo bien se desarrolle *ad intra* o bien se desarrolle *ad extra*⁶³³): la protección de las PyMEs en el ámbito de la contratación frente a grandes multinacionales (producción-fabricación-distribución) incluyendo su tutela contra prácticas comerciales desleales que se desarrollan en el ámbito de la contratación entre estos operadores⁶³⁴.

⁶³²P. KËLLEZI/ B. KILPATRIC/P. KOBEL (eds.), *Antitrust for Small and Middle Size Undertakings and Image Protection from Non-Competitors (LICD Contributions on Antitrust Law, Intellectual Property and Unfair Competition)*, Génova/Londres, Springer, 2014; A. CHIRITA, “The EU Control of Unfair Competition Practices...”, *loc.cit., supra*, p. 359, “In particular the prohibition of unfair hindrance applies only to non-dominant undertakings that enjoy “superior market power in relation to small and medium sized competitors” if they hinder any such competitors in an “unfair” manner”.

⁶³³COMISIÓN EUROPEA, “Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Ejercicio de supervisión del mercado interior del comercio y de la distribución más justo y eficaz en la perspectiva 2020, p.12, *Propuesta n° 9*: “La Comisión propondrá una iniciativa orientada a crear un Grupo de Alto Nivel sobre los Servicios a las Empresas, a fin de estudiar las deficiencias del mercado y los aspectos relacionados con la normalización, la innovación y el comercio internacional en sectores tales como los de logística, gestión de instalaciones, mercadotecnia y publicidad”.

⁶³⁴COMISIÓN EUROPEA, <http://ec.europa.eu/growth/smes/> ; Recomendación de la Comisión de 3 de mayo de 2003 sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas, 2003/361/CE, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:124:0036:0041:es:PDF> , este último informe se realizó intentando limitar la proliferación de definiciones de PyME en el ámbito intracomunitario; Informe OMPI, “Simposio Internacional OMPI-IFIA: Los inventores ante el nuevo milenio”, 2000, pp. 1-14, esp. p. 8; OMPI, “La propiedad intelectual para las empresas”, División Pyme (OMPI), Ginebra, disponible en: http://www.wipo.int/export/sites/www/sme/es/ip_business/pdf/ip_business.pdf ; “Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Comunicación del Parlamento, al Consejo, al Comité

189. Las PyMEs tienen además un problema de acceso al capital del mercado interior que las dificulta en gran medida la entrada al mercado y el ejercicio de su derecho a poder competir en un mercado libre con las empresas de mayor tamaño, por ello, se plantean estas cuestiones. Primero, sobre el Derecho *antitrust* europeo. Segundo, la relación que tiene con el desarrollo de la lealtad comercial y la buena fe en la contratación.

190. Relaciones de tipo precontractual y lealtad comercial de tipo B2B-PyMES. En el terreno precontractual también existen abusos considerados desleales y también abusivos, especialmente, en contratos de suministro, derivado del poco poder de mercado que tienen los pequeños operadores frente a los grandes operadores.

191. Opiniones doctrinales. En el ámbito académico, las posiciones son contradictorias. Algunos autores consideran que no es necesario otorgarlas de mayor protección puesto que no existe suficiente jurisprudencia del TJUE para poder activar el art. 114 del TFUE (como se comentó en el apartado correspondiente⁶³⁵). Y porque podría ser problemática para la libre competencia en el mercado interior⁶³⁶.

192. Estos autores consideran que la protección que debe hacerse a las PyMEs en las relaciones comerciales de tipo *B2B* debe hacerse sólo cuándo esté en peligro el interés general del mercado y se pueda afectar a la estructura de la competencia (en este aspecto, para ello están las normas *antitrust*).

Excederse en esta protección cuándo no exista el daño potencial al interés general del mercado interior podría perjudicar no sólo la autonomía de la voluntad que ostentan las partes en el ámbito del Derecho privado, sino también el ejercicio de la libre competencia y también la libertad contractual de las partes⁶³⁷.

Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Proteger a las empresas contra las prácticas comerciales engañosas y garantizar una aplicación efectiva – Revisión de la Directiva 2006/114/CE sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa”, COM (2012) 702 final, 2013/C 271/11, *DOUE*, C 271/61, de 19/09/2013, en su punto 3.1.1.8.; asimismo, “Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones. Revisión sobre el *Small Business Act* para Europa”, COM (2011)78 final, Bruselas, 23/02/2011, pp. 13-16; J. STUYCK, “Do We Need “Consumer Protection” ...”, *loc.cit.*

⁶³⁵ G. SCHRICKER/F. HENNING BODEWIG, “New Initiatives for the Harmonization of...”, *loc.cit.*, p. 273: “*Cross border commercial activities consequently have to facethe application of several national laws; the free flow of goods and services may be hindered. This justifies the harmonization of national laws within the Common Market.*”

⁶³⁶J. STUYCK, “Do We Need “Consumer Protection” for Small Businesses...”, *loc.cit.*, en K. PURNHAGEN/P. ROTT (ed.), *Varieties of European Economic Law...*, *op.cit.*, pp. 369-370:

⁶³⁷*Vid.* M. W. HESSELINK, “Post-private Law...”, *loc.cit.*, en K. PURNHAGEN/P. ROTT (eds.), *Varieties of European Economic Law...*, *op.cit.*, p. p. 40: “*The principal aim should not be consumer protection, but contractual Justice*”.

193. También porque bajo el Derecho europeo se ha observado su posición desde dos perspectivas que han entrado en conflicto a la hora de tutelarlas⁶³⁸; por una parte, en algunas normas se las entiende como consumidores “cualificados” y por otra parte, como empresarios atendiendo al volumen de transacciones realizadas⁶³⁹.

194. La Comisión en el Libro Verde establece un cambio y un concepto amplio de PyMEs, teniendo a su vez relación con la variedad del concepto sobre “profesional” que se ha dado en diferentes Directivas como la Directiva contrato de Agencia (que reconoce al agente como parte débil de la contratación), la Directiva contra la morosidad y la Directiva de Servicios.⁶⁴⁰

195. Solución futura para las PyMEs en relación a su protección frente a prácticas comerciales desleales en el mercado interior europeo. “El CESE, no obstante, estima que el marco jurídico de la Directiva 2005/29/CE deberá ampliarse a su debido tiempo (...) a la protección de determinadas microempresas y pequeñas empresas, cuando su situación sea comparable, como ya sucede en el ordenamiento jurídico de algunos Estados miembros y como reclaman justamente las asociaciones y organizaciones representativas de estas empresas”

⁶³⁸ Puede verse el nuevo concepto de PyME que se ha llevado a cabo desde la primera recomendación que hizo la Comisión Europea en 1996, el nuevo informe es de 2015, “Guía del usuario sobre la definición del concepto de PyME”, COMISIÓN EUROPEA, puede encontrarse la guía

en <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:Hoh0nFOUjvIJ:ec.europa.eu/DocsRoom/documents/15582/attachments/1/translations/es/renditions/pdf+&cd=4&hl=es&ct=clnk&gl=es&client=safari>. En cierta medida, se reconoce que no teniendo un *status quo* de consumidores, puesto que, en realidad no son consumidores, sí se les puede otorgar la misma protección, en parte como parte débil de las relaciones con las grandes empresas sobre todo, en cadenas de suministro (más aspectos de este problema son puestos de relieve en apartados posteriores). En la “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre “Proteger a las empresas contra las prácticas comerciales engañosas y garantizar una aplicación efectiva”, revisión de la Directiva 2006/114/CE sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa, de 27 de noviembre de 2012”, COM 2012, 702 final, pp. 10-11; M. EBERS, “De la armonización mínima a la armonización plena”, *InDret*, nº2, 2010, pp. 1-47, pp. 14.

⁶³⁹ Sobre el análisis del ámbito subjetivo de las Directivas relacionadas puede verse, M.B.M. LOOS/I. SAMOY, “The Position of Small and Medium Sized Enterprises in European Contract Law: An Introduction” en, M.B. M. LOOS/I. SAMOY (ed.), *The Position of Small and Medium Sized Enterprises in European Contract Law*, Cambridge, Intersentia, 2013, pp. 1-8, esp. pp. 4-5, destacan que la Directiva contra la lucha de la morosidad en operaciones comerciales sí establece protección, por vez primera en el ámbito intra-europeo para todo tipo de relaciones *B2B*. La pregunta que se hacen los autores es interesante y está en relación con lo analizado: “*Is there a need for a kind of “consumer law for professionals”?*”; M. HESSELINK, “SMEs in European Contract Law” en K. BOELE-WOELKIE/W. GROSHEIDE (eds.), *The Future of European Contract Law. Essays in honour of Ewoud Hondius*, Alphen, Kluwer, 2007, pp. 359-371.

⁶⁴⁰ J. STUYCK, “Do We Need “Consumer Protection” for Small Businesses at the EU Level?”, en K. PURNHAGEN/P. ROTT (eds.), *Varieties of European Economic Law and Regulation; Liber Amicorum for Hans Micklitz*, Studies in European Economic Law and Regulation, nº3, Rotterdam/Kassel, Springer, 2014, pp. 359-371, pp. 365-366

C. Algunas propuestas alternativas a la armonización como solución a la fragmentación normativa

196. Soluciones alternativas a la armonización material de las prácticas comerciales de tipo B2B. Las soluciones que se están valorando para arreglar estos problemas también se encuentran al margen de la armonización y para los autores es más coherente en orden a evitar la excesiva fragmentación ya precitada en reiteradas ocasiones.

197. Listas Negras. Por ejemplo, se ha propuesto la elaboración de una Lista Negra al estilo de la DPCD pero enfocada en las prácticas comerciales desleales B2B. Se han propuesto en la Directiva de cláusulas abusivas, en la DCPD y en la Directiva de publicidad engañosa y comparativa en base a la técnica de los Directorios engañosos. Las Listas Negras siendo una tercera técnica de armonización y mecanismo favorito de la Comisión son⁶⁴¹, en cierta medida, cuando tienen un carácter flexible un instrumento positivo como lo es una buena cláusula general en materia de competencia desleal⁶⁴².

La Comisión las ha planteado en esta materia para reforzar la seguridad jurídica sin afectar indebidamente a la libertad contractual y con ello, a la autonomía de la voluntad que deben tener los operadores en el mercado

198. Mecanismos de cooperación transfronteriza. Otra solución que se ofrece de mano de la Comisión Europea y el CESE para acabar con este tipo de conductas comerciales, o al menos mitigarlas, es reforzar los mecanismos de cooperación transfronteriza. Estos mecanismos se han propuesto sobre todo en materia de publicidad engañosa y comparativa.

⁶⁴¹ H. COLLINS, “Harmonization by example: European Laws against Unfair competition...”, *loc.cit.*, p. 21.

⁶⁴² “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Proteger a las empresas contra las prácticas comerciales engañosas y garantizar su aplicación efectiva (informe sobre la revisión de la Directiva 2006/114/CE...”, *cit.*, p.11; *Policy Department Economic and Scientific Policy*, “Misleading Practices of “Directory Companies” in the context of Current and future internal market legislation...”, *cit.*, pp. V, 24; también consideran introducirla en la Directiva sobre cláusulas abusivas en contratos con consumidores, *Fitness Check*, “Description of Directives covered by the public consultation”, disponible en: http://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item_id=31689

3. *Nuevos modelos de conducta en el mercado: El desafío de la regulación de los movimientos de la economía colaborativa (sharing economy) como práctica comercial desleal en el mercado interior*

199. Otros aspectos puestos de relieve en la Introducción como es el desarrollo de nuevos modelos de negocio que se han venido a considerar como negocios disruptivos o “alborotadores” (*disruptive business*) son los movimientos de economía colaborativa (*sharing economy-economie du partage*). También han estado en el punto de mira de las novedades del legislador europeo, en relación a la normativa de prácticas comerciales desleales y relacionada⁶⁴³. Esto es así porque la mayor parte de las plataformas que han llevado a cabo y han desarrollado estos modelos, como son *Uber* y *Airbnb*, han sido demandadas por competencia desleal por los sectores de tipo tradicional.

Todos los problemas que derivan de este fenómeno que no sólo es de índole económica sino que abarca todos los sectores de la vida jurídica, no pueden manifestarse en este estudio. No obstante, caben mencionar algunos aspectos que puedan tener relación con futuras reformas de la DPCD y los otros cuerpos normativos en su ámbito personal.

200. Interesan como novedad para la disciplina, puesto que pueden llegar a cambiar (incluso lo están haciendo ya) el paradigma de las relaciones que se tutelan en el mercado contra prácticas comerciales desleales y otro tipo de prácticas relacionadas, como las prácticas anticompetitivas *antitrust*.

Tanto es así que se ha llegado a introducir una figura nueva que se denomina el “prosumidor” (las relaciones comerciales de tipo C2C). Así como se valoran ahora otros conceptos de mercados que se tienen en cuenta para medir el daño competitivo realizado a la competencia en este tipo de intercambios comerciales, que no siendo nuevos sí están representando desafíos importantes para los legisladores, como en materia de prácticas comerciales desleales⁶⁴⁴.

⁶⁴³ A. TOURIÑO, “La economía colaborativa desde la óptica de la competencia desleal. Análisis de los autos de medidas cautelares dictados en los casos de *Uber*, *Bla Bla Cary Cabify*”, *La Ley Digital* 360, 2016, pp. 1-15; E. LEIÑENA, “Los nuevos sistemas de utilización compartida de vehículos de transporte (*carpooling* y *car sharing*) entre la economía colaborativa y la competencia desleal”, *RDM*, n 296, 2015, pp. 283-334; COMISIÓN EUROPEA, “Una Agenda Europea para la economía colaborativa”, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2001_es.htm; “Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: A European agenda for the collaborative economy”, Bruselas, 2/06/2016, COM (2016) 356 final, esp. pp. 9-11.

⁶⁴⁴ Sobre el concepto de mercado como elemento *sine qua non* en los litigios de competencia desleal, *vid.* Parte II, Capítulo III.

SEGUNDA PARTE

**DERECHO DE LA COMPETENCIA DESLEAL EN
EL ÁMBITO DERECHO INTERNACIONAL
PRIVADO EUROPEO**

CAPÍTULO III

PARTICULARIDADES Y CARACTERIZACIÓN DEL ILÍCITO CONCURRENCIAL DE TIPO DESLEAL EN EL DIPr

I. Configuración del ilícito concurrencial de tipo desleal como ilícito de mercado y Derecho privado institucional: particularidades

1. Aspectos clave del ilícito concurrencial de tipo desleal en litigación internacional

A. Configuración actual en el DIPr

1. La institución del Derecho de competencia desleal responde, de forma general, a una configuración de tipo privado en el ámbito del DIPr encajándose en el ámbito de la responsabilidad extracontractual clásica⁶⁴⁵. Esto es, sigue siendo observada por estas normas como una institución de Derecho privado.

2. Sin embargo, esta afirmación que es conocida por todos⁶⁴⁶, necesita matizarse porque el ilícito concurrencial de tipo desleal ya cuenta con características

⁶⁴⁵ Vid. por todos, A. L. CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado...*, vol. II, *op.cit.*, ; P. BOUREL, “Du rattachement de quelques délits spéciaux en Droit international privé”, *R. Des C.*, vol. 220, 1990, pp. 261-398 ; A. DYER, “Unfair Competition in Private International ...”, *loc.cit.*, pp. 377-443, p. 408, la caracterización de la competencia desleal como *tort*, dice el autor es: *almost universally*; en Italia, R. FRANCHESCELLI, “Sulla concorrenza ...”, *loc.cit.*; C. PASTERIS, *Lezione di diritto industriale: i segni distintivi, la concorrenza sleale*, Turín, 1970; T. KADNER GRAZIANO, *La responsabilité délictuelle en droit international privé européen*, Munich/Bruxelles/Paris, L.G.D.J., 2005, esp. p. 87; W. FIKENTSCHER, “Anthropological and Economic Foundations of *FairEconomy* as a Free ...”, *loc.cit.*, en W. FIKENTSCHER, P. HACKER / R. PODSZUN, *FairEconomy: Crises, Culture, Competition and ...*, *op.cit.*, p.32; F. HENNING BODEWIG, “Was gehört zum Lauterkeitsrecht?”, en R. HILTY / F. HENNING-BODEWIG (eds.), *Lauterkeitsrecht und Acquis Communautaire...*, *op.cit.* pp. 9-27, p. 18; J. MARTÍN PASTOR, “Algunas reflexiones sobre la tutela cautelar frente a actos de competencia desleal (Comentario al Auto nº38/2008, del Juzgado de lo Mercantil nº2 de Bilbao, asunto Iberdrola c. *Electricité de France*)”, *Diario La Ley*, nº 6938, Sección Doctrina, año XXIX, Ref. D-141, mayo 2008; M. MONTAÑA MORA, “Posibles modelos para la regulación de la competencia...”, *loc.cit.*, en A. REMIRO BROTONS/ C. ESPÓSITO (Dir.), *La Organización Mundial del Comercio y el...*, *op.cit.*, p. 375; C. KESSEDJIAN, “Chapter 10. Competition”, *loc.cit.*, en *Transnational Tort Litigation...*, *op.cit.*, p. 173; B. VILÁ COSTA, “How to apply Articles 5(1) and 5(3) Brussels I Regulation...”, *loc.cit.*, p. 22; , M. DANOV, “EU Competition Law Enforcement: Is Brussels I suited to dealing with all the challenges?”, *ICLQ*, vol. 61, 2012, pp. 27-54; V. PIRONON, “IV. Conflict of Jurisdictions. Note sur l’arrêt Fédération Internationale de Football Association c. M. Laurent Plau”, *Rev. crit. dr. int.pr.*, vol. 102, nº2, 2013, pp. 464-471 ; entre otros autores ; K. TROLLER, *Das internationale Privatrecht des unlauteren Wettbewerbs...*, *op.cit.*

⁶⁴⁶ T.W.DORNIS, *Trademarks and Unfair Competition Conflicts...*, *op.cit.*, p. 295-308, esp. p. 296 y 298.

que lo alejan de ser un mero ilícito de responsabilidad extracontractual⁶⁴⁷, como se ponía de relieve en la Introducción y el análisis de la primera parte de la tesis doctoral.

3. Incluso esta misma evolución como ilícito de mercado, se ha considerado en el ámbito del *common law*, donde el ilícito concurrencial de competencia desleal que siempre ha sido considerado como *terra incognita* (también comentado anteriormente). Este aspecto se hace percibir en el *tort* del *passing off*, siendo el ilícito más próximo a lo que se conoce como *unfair competition* en el *continental law*, en cierta medida ya no sólo tutela a los titulares del Derecho de marca, sino que también lo hace a los intereses de los consumidores y el buen funcionamiento del mercado⁶⁴⁸.

⁶⁴⁷ *Ibid* (DORNIS), pp. 308-315 que analiza que ya sobre la mitad del siglo XX empieza a mostrar estas diferencias; “*Yet a functional concept of market effects not only allows for a separation of tort and unfair competition law on the basis of the respective subject matter of regulation but also helps draw a clear line between the sectors of unfair competition and antitrust law*”

⁶⁴⁸ T.W.DORNIS, *Trademarks and Unfair Competition Conflicts...*, *op.cit.*, pp. 361-365, esp. p. 365, que, del lado contrario, sigue considerándolo un ilícito B2B pero que la DPCD lo incluye por las todavía lagunas que existen en ambas materias entre B2C y B2B « *Of course, liability for passing off exists only between competitors, consumers and consumers associations has no standing to sue* »; en relación a la inclusión del *passing off* en la DPCD; N. BINCTIN, “Le droit de la concurrence déloyale...”, *loc.cit.*, en J. DE WERRA (ed.), *et.al., Défis du droit de la concurrence déloyale...*, *op.cit.*, p. 80. El autor constata con ejemplos jurisprudenciales que en los últimos 20 años, los tribunales ingleses han reconocido la existencia del *tort* de *unfair competition* y la relación con la protección al consumidor como “cabeza de turco” (necesitando que haya sido “engañado” para poder interponer acciones por *passing off*). Por ejemplo, en el asunto *Emaco c. Dyson* (*High Court of Justice, Chancery Division*, 26 de enero de 1999), y el asunto *L’Oreal c. Bellure* (*High Court of Justice*, 2007); R. GARCÍA PÉREZ, *Libre circulación de mercancías y competencia desleal en ...*, *op.cit.*, pp. 121-123, p. 122; De otro lado, P.TORREMANS/J.FAWCETT, *Intellectual Property in Private international law...*, *op.cit.*, p. 449; A. BREITSCHAFT, “The future of the Passing-off Action in the Law Against Unfair competition-An Evaluation From a German Perspective”, *EIPR*, vol. 32, nº 9, 2010, pp. 427-436: “*The action of passing off is said to be the most important common law instrument in the fragmented system of protection against unfair competition in the United Kingdom*”; R. ARNOLD, “English Unfair Competition...”, *loc.cit.*, p. 77; A. FONT SEGURA, *La protección internacional del secreto...*, *op.cit.*, p. 167; C. BUNN, “The National Law of Unfair Competition”, *Harv. L’Review*, vol. 62, 1948/1949, pp. 987-1001; D. BAHN PRICE, “Symposium: Selected Business Torts in Civil and Systems. Unfair Competition: A Comparative Study of its Role in Common and Civil Law Systems”, *Tul. L. Review*, vol. 53, 1978/1979, pp. 164-253; M. LAFRANCE, “Passing off and Unfair Competition: Conflict and Convergence in Competition Law”, *Mich. St. L. Rev.*, vol. 2011, 2011, pp. 1412-1442; T. J. MURRIS, “The Interface of Competition and Consumer Protection”, en *Annual Proceedings – Fordham Corporate Law Institute*, Nueva York, Kluwer Law Publishers, 2003, pp. 7-36; ; C. WADLOW, *The Law of Passing-off main work: Unfair competition by misrepresentation*, London, 2011; R. Callman, “Unfair competition without...” *loc.cit.*, p.38; J.A.K. HUNTLEY/F. H. STEPHEN, “Unfair competition, Consumer Deception, and Brand Copying: An Economic Perspective”, *Int. Rev. Law & Economics*, vol. 15, nº4, 1995, pp. 443. J. LOVE HOPKINS, *The law of Trademarks, Tradenames and Unfair Competition*, 3ªed., Cincinnati, 1919, esp. pp. 2-4 y pp.39-53, del mismo autor; *The law of unfair trade: including*

4. Las normas actuales de la institución de la competencia desleal desbordan, por tanto, el objetivo previsto y función de las normas de responsabilidad civil o extracontractual, por lo que deben recibir un tratamiento diferenciado en el ámbito clásico de la responsabilidad de tipo extracontractual.

5. Esto es, que a diferencia de las acciones típicas de responsabilidad de tipo extracontractual, no sólo se pretende solamente resarcir a la víctima (*i.e.*: competidor afectado por un presunto/s acto de competencia desleal) de los daños cometidos por el infractor (competidor/es presunto/s de haber cometido el ilícito desleal) sino a su vez, proteger el orden y buen funcionamiento del mercado⁶⁴⁹. De forma actual, es cierto que de acuerdo a lo argumentado en la primera parte de la investigación, la disciplina algunas veces es considerada como Derecho privado y otras veces como Derecho privado institucional. No obstante, no es óbice para que su tratamiento responda al adecuado, especialmente en el DIPr patrimonial europeo⁶⁵⁰.

6. El verdadero bien jurídico protegido es la competencia leal en el mercado y con ello, determinados “deberes de conducta” que tienen sus participantes en el ejercicio de estos derechos económicos que tienen, como puso de relieve ALFARO⁶⁵¹.

trade marks, trade secrets, and good-will, Chicago, 1900; A. DYER, “Unfair Competition in Private International...” *loc.cit.*, pp.381-443.

⁶⁴⁹Vid. J. M. BISCHOFF, “La concurrence déloyale en droit international...”, *loc.cit.*, pp. 53-78; P. RODRÍGUEZ MATEOS, *Sistema de mercado y tráfico internacional de mercancías...*, *op.cit.*; S. BARONA VILAR, *Competencia desleal: Tutela jurisdiccional (especialmente proceso civil) y extra-jurisdiccional. Doctrina, legislación ...*, t. I., *op.cit.*, p. 85: “Es obvio que, como punto de partida, la posible consideración del ilícito concurrencial desde una perspectiva de tutela de derechos subjetivos absolutos choca con lo que dispone el artículo 38 CE”; P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “La protección transfronteriza de los bienes inmateriales en el comercio ...”, *loc.cit.*, pp. 403-404; A. L. CALVO CARAVACA / L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *Derecho mercantil internacional...*, *op.cit.*

⁶⁵⁰S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho privado europeo...*, *op.cit.*; P. JIMÉNEZ BLANCO, “Las acciones de cesación de actividades ilícitas transfronterizas”, *AEDIPr*, t. XI, 2011, pp. 119-146, p. 121.

⁶⁵¹J. ALFARO ÁGUILA REAL, “Delitos de peligro y Derecho de la competencia”, 26/12/2013, disponible en: <http://derechomercantilesmana.blogspot.com.es/2013/12/delitos-de-peligro-y-derecho-de-la.html> el autor no los considera como ilícitos de peligro, porque no se amenaza exactamente al mantenimiento de la competencia. Sin embargo, sí el buen funcionamiento del mercado a través de conductas prohibidas; También reconocen los autores anglosajones que es un ilícito objetivo que tutela intereses económicos, C. WADLOW, “The new private international law of unfair competition and the Rome II Regulation” (State of the Art), *J.I. Property L. & Prac.*, vol. 11, n° 4, 2009, pp. 789-797; *id.* *The Law of Passing-Off (Unfair competition by misrepresentation)*, 4ªed, Londres, Sweet & Maxwell (Thomson Reuters), 2011, p. 10, son *economic torts*, porque su función principal es la protección de intereses económicos.

B. Ilícito institucional de conductas en el mercado (*economic tort*)

7. Se debe añadir que es un ilícito de mercado pero con las siguientes características: es de tipo objetivo en cuanto se valora el daño realizado por la conducta de forma económica. Y, de tipo abstracto⁶⁵² (*a social and economic evil, not a legal wrong*)⁶⁵³, puesto que su reproche no está basado ya en aspectos subjetivos (las relaciones de competencia que unen a las partes) sino en parámetros relacionados con el abuso del Derecho y que otorga de forma objetiva y positiva el legislador.

C. Diferenciación de los ilícitos concurrenciales desleales en torno a la trilogía de intereses protegidos (*Schuzzwecktrias*)

8. El modelo social se tiene que tener en cuenta también en los litigios transfronterizos por competencia desleal.

Aunque sólo se ha reconocido de forma explícita esta diferencia de intereses tutelados en sede de ley aplicable⁶⁵⁴, debe realizarse, de momento, de forma implícita, en sede de CJI puesto que en el análisis de la jurisprudencia relativa a estas cuestiones se desprende que los diferentes intereses tutelados tienen un tratamiento diferenciado.

⁶⁵² No hay necesidad de *intencionalidad* por parte del autor, baste el mero hecho de haber infringido un deber legal, de haber quebrantado la ley. Pero, hay que advertir que no en todos los supuestos se obviará el *dolo* o la culpa del agente que ha causado el acto de competencia desleal para poder determinar su responsabilidad subjetiva por el daño causado; S. BARONA VILAR, *Competencia desleal. Tutela jurisdiccional (especialmente proceso civil...)*, t. I, *op.cit.*, p. 135; N. PIRES DE CARVALHO, “Current Trends in the Multilateral Evolution of Unfair Competition Law”, en J. DE WERRA (ed.) *et al*, *Défis du droit de la concurrence déloyale ...*, *op.cit.*, pp. 1-29, esp. pp.11-13

⁶⁵³ R. ARNOLD, “English Unfair Competition Law...”, *loc.cit.*, pp. 63-78; N. S. MARSH, “Unfair Competition and English Law: An Introductory Note with Particular Reference to Passing Off”, *ICLQ, Supplementary Publication*, nº 4, 1962, pp. 67-80, p. 68; T. WEIR, *An Introduction to Tort Law*, 2ªed., Oxford, Oxford University Press, 2006, pp. 191-202; en el ámbito angloamericano y la figura del *economic tort* y la competencia desleal, se acepta en cierta manera el término en el sentido continental, M.C. QUINN, “Predatory Pricing Strategies: The Relevance of Intent Under Antitrust, Unfair Competition and Tort Law”, *St. John’s L. Rev.*, vol. 64, 1989/1990, pp. 607-628; C. GROVE HAINES, “Efforts to Define Unfair Competition”, *The Yale Law Journal*, vol. 29, nº1, nov. 1919, pp.1-28, p. 4; M. HANDLER, “Unfair competition”, *Iowa L. Rev.*, vol. XXI, nº2, 1936, pp. 175-262; D. EDWARD, “Economic law as an Economic Good: Reflections of a European Judge”, en K. M. MEESSEN (ed.), *Economic law as an Economic Good (Its Rule Function and its Tool Function in the Competition of Systems)*, Munich, Sellier (European law publishers), 2009, pp. 91-113; C. BUNN, “The National Law of Unfair ...”, *loc.cit.*, pp. 987-1001; D. BAHN PRICE, “Symposium: Selected Business Torts in Civil and Common law Systems. Unfair Competition...”, *loc.cit.*, pp. 164-253; R. GARCÍA PÉREZ, *Libre circulación de mercancías y competencia desleal en la Comunidad...*, *op. Cit.*, pp. 121-123, pp. 122-123; E. STEINDORFF, “Unfair Competition and Passing off in Germany”, *ICLQ, Supplementary Publication* nº4, 1962, pp. 81-85; T. ALKIN, “Should there be a tort of “unfair competition” in English Law?”, *J. Int. P. L & P.*, vol. 3, nº1, 2008, pp. 48-54.

⁶⁵⁴ *Vid. infra* Capítulo V, Sección II, epígrafe I, apartado 3º

a. Intereses *B2C* (y *C2C*)- actos hacia la demanda

9. Atendiendo a la escisión y desorden existente el Derecho derivado europeo de la competencia desleal (Capítulo II), se debe diferenciar a la hora de tutelarlos también desde el DIPr europeo el tratamiento correcto para los ilícitos concurrenciales desleales de tipo *B2C* del tratamiento que pueden recibir los ilícitos concurrenciales de tipo *B2B*. Esta diferenciación se realiza tanto en sede de CJI como en sede de LA, porque cambian cuestiones relevantes en ambos foros y reciben otra tutela diferente.

10. Se añade que, en DIPr de consumo y cuando existan supuestos de competencia desleal transfronteriza existe la consideración entre consumidor pasivo y activo para ilícitos concurrenciales de tipo desleal *B2C*. Este acervo de normas de la UE es ya un cuerpo sólido y diferenciado de los otros aspectos relativos a la competencia desleal y debe tenerse en cuenta a la hora de valorar tanto el foro como la norma de conflicto adecuados, de corte especial y no general dadas por el legislador europeo para los diferentes supuestos.

b. Intereses *B2B*- actos hacia la oferta

11. Los supuestos de ilícitos concurrenciales de tipo *B2B* se desarrollan con bastante asiduidad en la práctica profesional y ámbito de los negocios internacionales: la parasitación de las inversiones y la explotación indebida de la reputación ajena; supuestos de denigración del competidor mediante anuncio publicitario (publicidad comparativa y además engañosa especialmente de productos o / y servicios); actos de boicot; robo de secreto empresarial y *know how*; y, la inducción a la infracción contractual en contratación internacional, sobre todo en contratos de distribución exclusiva y selectiva, contratos de agencia, de franquicia⁶⁵⁵, etc.

Una peculiaridad en este tipo de contratos *B2B* es que la mayor parte de ellos, incluyen pactos/cláusulas de no competencia (prohibición de competencia) y confidencialidad, limitan de forma geográfica y temporal el ejercicio de la libre competencia por las partes a las que vinculan y han de tenerse en cuenta a la hora de establecer un foro u otro. Así como cláusulas de sumisión expresa que pueden tener

⁶⁵⁵ *Vid.* algunos supuestos de actos de competencia desleal en contratos de franquicia internacionales, A. CEBRIÁN SALVAT, *Contratos Internacionales de Franquicia*..., *op.cit.*

alcance y validez para otorgar CJI a tribunales que en principio, no la tenían por infracción de actos de competencia desleal.

12. Por ello, los foros de CJI podrán ser variados y no todos atenderán al uso del criterio clásico de la disciplina, el “criterio del mercado afectado”⁶⁵⁶, para su determinación por la representación procesal de las partes en la búsqueda del tribunal competente adecuado.

2. Criterios de conexión propios del ilícito concurrencial de tipo desleal en el marco del DIPr

A. Mercado como elemento *sine qua non* para determinar la deslealtad competitiva

a. Delimitación normativa y económica del concepto “mercado”

13. Se entiende que el “mercado” se constituye en el elemento clave para delimitar el acto comercial desleal. Actúa como el criterio delimitador para determinar la cuota de pérdida de los competidores contrarios y el daño realizado a los consumidores entre otras cuestiones⁶⁵⁷. Un concepto clave en el Derecho de mercado y económico con repercusión en el Derecho de la competencia en general.

Nota específica. Antes de precisar si existió un acto o práctica de competencia desleal, se necesita precisar que existía un “mercado” como el lugar o zona geográfica en el que se pruebe que se realizó dicho acto y práctica comercial⁶⁵⁸.

⁶⁵⁶Vid. *infra*, apartado siguiente (2).

⁶⁵⁷C. KESSEDJIAN, “Chapter 10.- Competition”, *loc.cit.* en *Transnational Tort Litigation...*, *op.cit.*. 185: “Competition cannot be understood without a market where the parties are in competition with one another, where they are present in one way or another, either directly through active business or indirectly through their products or services, where their interest may clash with one another”; J. M. BISCHOFF, “La concurrence déloyale en droit...”, *loc.cit.*; en cuestiones relativas al ilícito de competencia en general desde la perspectiva económica; G. J. WERDEN, “Why (Ever) Define Markets? An Answer to Professor Kaplow”, *Antitrust L. J.*, vol. 78, n°3, 2013, pp. 729-748; sobre la importancia de la definición de “mercado” en asuntos de Competencia en general relacionados con cuestiones de propiedad intelectual, Informe del *MPI for Innovation and Competition* de Múnich, “Copyright, Competition and Development”, Diciembre 2013 (Informe encargado por la OMPI al MPI), p. 7, disponible en su página web: http://www.ip.mpg.de/en/pub/news/copyright_competition_develop.cfm#i62381, en donde se establece la importancia de la determinación de un mercado como cuestión previa a resolver para localizar el acto, comportamiento o práctica comercial desleal para que pueda ser sancionado.

⁶⁵⁸A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado...*, vol. 2, *op.cit.*, p. 1353; El Tribunal General de la UE en relación a un asunto relacionado con el abuso de posición dominante en el mercado interior establece en su Cdo. 4º: “(...) la adecuada definición del mercado de referencia como un requisito necesario y previo a la valoración de un comportamiento que puede llegar a ser contrario a la Competencia. Antes de acreditar la existencia de del abuso de posición dominante, hay que acreditar la existencia de una mercado determinado, lo que implica que dicho mercado haya sido previamente delimitado.”; T.W.DORNIS, *Trademarks and Unfair Competition Conflicts...*, *op.cit.*, p. 275.

14. Mercado geográfico y mercado del producto como mecanismos para delimitar las conductas comerciales desleales. Los conceptos que se manejan en el Derecho de la competencia son, en puridad, económicos, y vienen a representar “actividades y conductas económicas”⁶⁵⁹.

Así como los productos vienen a delimitar de forma geográfica los mercados también. Esto es, muchas veces se hace necesario para determinar el poder de mercado, determinar el “mercado geográfico” y el “mercado de producto” al que dice respecto, y valorar con ello, barreras de entrada o el poder de negociación (*bargaining power*) de la demanda entre otros factores que bien puedan ser impuestos por factores públicos y por factores privados⁶⁶⁰.

15. La dificultad para definir y acotar qué es el mercado ha recaído siempre en la tarea de los legisladores⁶⁶¹, intentando adaptar el control de este espacio al ámbito normativo, del que tiene tendencia a escapar⁶⁶². El mercado siendo un concepto fundamentalmente de tipo económico, encuentra límites en lo jurídico para ser acotado de forma abstracta⁶⁶³.

⁶⁵⁹ J. D. GONZALEZ CAMPOS, “Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles...” *loc.cit.*, pp. 223-226.

⁶⁶⁰ R. BAHAMONTE DELGADO, “El poder de mercado y su relevancia en el Derecho de la Competencia europeo”, *AFDUC*, vol. 17, 2013, pp. 487-499.

⁶⁶¹ R. PODZNUN, “The Arbitrariness of Market Definition and an Evolutionary Concept of Markets”, *The Antitrust Bulletin*, vol. 61, 2016, pp. 212-132, p. 124: “*Market definition is instrumental only to the assessment of Market power*”. La definición ayuda a encontrar el test para valorar los daños competitivos; M. SOUSA FERRO, “Judicial Review: Do European Courts Care about Market Definition?”, *European Competition Law & Practice*, vol. 6, nº6, 2015, pp.400-410, p. 410: “*The recent Telefónica case demonstrated whay may be the most important obstacle to be overcome: the ECJ needs to start caring about market definition, just a little bit*”; C. KESSEDJIAN, “Chapter 10.-Competition”, *loc.cit.*; P. NYGH (eds.), *Transnational Tort Litigation...*, *op.cit.*, Kessedjian a su vez, se adhiere a la idea de BISCHOFF sobre que el mercado es el elemento fundamental en conflictos surgidos tanto del Derecho contra la competencia desleal como del Derecho *antitrust*; J. GUTIÉRREZ GILSANZ, “Aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno, a propósito de la SJMER de Barcelona(nº2) de 25 de abril de 2008”, *Revista del Derecho de la competencia y la distribución (La Ley)*, nº4, Sección Comentarios de jurisprudencia, Enero-Junio 2009, pp. 213 y ss., p. 218; C. GARCÍA MIRETE, *La adaptación de las bases de datos...*, *op.cit.*, pp. 71-83, p. 71

⁶⁶² *Ibid.* (GARCÍA MIRETE) p. 72.

⁶⁶³ COMISIÓN EUROPEA, “Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia”, *DOCE*, C 372/05, 9/12/1997, disponible en: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:31997Y1209\(01\)&from=ES](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:31997Y1209(01)&from=ES), sobre la función de la definición de “mercado”, pto. 2: “La definición de mercado permite determinar y definir los límites de la competencia entre empresas, así como establecer el marco dentro del cual la Comisión aplica la política de competencia. El principal objetivo de la definición de mercado es determinar de forma sistemática las limitaciones que afrontan las empresas “afectadas” desde el punto de vista de la competencia”; A veces, la delimitación jurídica de mercado se constituye más como un ejercicio de la lógica del tribunal no basada en datos económicos sino en cuestiones de carga de la prueba, M.

Ejemplo: Un producto de un mercado como el de los *Smartphones*, productos de alta tecnología, tienen un margen temporal de éxito muy estrecho, en cuanto los productos se devalúan rápidamente. Si queremos definir el poder de mercado de estas empresas, quizás lo hagamos valorando su capacidad de renovarse constantemente atrayendo así a un gran número de consumidores, generando poder de mercado y gran competencia, a su vez.

Como se ha observado, es lo que sucede con el término “desleal” a la hora de delimitar el reproche jurídico contra las conductas comerciales prohibidas en el mercado y su alto grado de variabilidad dependiendo del sistema jurídico en el que se hayan producido⁶⁶⁴.

b. Delimitación del concepto “mercado” en las normas actuales

16. De las dificultades para definirlo y acotarlo se puede observar además que el término “mercado” o “mercado afectado” y como tendremos ocasión de volver a expresar, se omite o no se define, en casi todos los textos normativos analizados, considerándose su operación de limitar este espacio por los economistas.

17. Por ejemplo, la norma de conflicto del artículo 6.1 del RRII reconoce el término “mercado” de forma implícita y lo sustituye por los términos, “relaciones de competencia” e “intereses de los participantes”⁶⁶⁵.

La LCD española (2009) en sus artículos 1º y 2º hablan de “mercado” pero no lo definen sino que se debe hacer un ejercicio de interpretación del texto para valorar qué es mercado a efectos de su aplicación en competencia desleal. En Estados Unidos tampoco se hace mención a la palabra “mercado”, puesto que ni en la *Clayton Act* ni en la *Shermann Act* se pueden encontrar referencias al mercado sino más bien al comercio (*trade* o *commerce*).

SOUSA FERRO, “Judicial Review: Do European Courts Care about Market Definition...”, *loc.cit.*, p. 409: “*European courts generally do not feel comfortable interfering in market definitions carried out by administrative authorities. This malaise is rooted in the notion that defining a market involves complex economic assessments that a Court should not overrule except in case of manifest error (...)*”; G. WESTKAMP “Direct Appropriation, Unfair Competition and Quasi-Proprietary Rights: The...”, *loc.cit.*, p. 74: “*(...) the Court still has the duty to clearly delineate the types of markets on which such competition would arise in the future. (...) the boundaries of the markets are to be evaluated from the perspective of the specific services offered*”.

⁶⁶⁴ Los economistas reconocen que no existe en economía una definición para lo que supone la deslealtad competitiva sino que la competencia desleal responde en economía o desde el punto de vista económico a lo que se conoce como fallos del mercado, de forma concreta, al problema de la información asimétrica, el Derecho *antitrust* se relaciona con otros fallos del mercado, por ejemplo, C. OSTI, “Interpreting convergence: where antitrust meets consumer law”, *ECJ*, 2009, vol. 5, nº2, pp. 377-408, p.385

⁶⁶⁵ *Vid.* sobre el origen de estas frases en la jurisprudencia alemana, Capítulo V, en relación al establecimiento del criterio en la norma de conflicto del art. 6.1 RRII.

18. Por otro lado, existen numerosas acepciones de mercado y definiciones que tampoco clarifican muchas veces como entender este espacio en orden a determinar la CJI y la LA⁶⁶⁶. Una de ellas, es el lugar donde se desarrolla el intercambio de bienes y servicios, la oferta y la demanda (siendo esta definición una de las más simples, económicamente hablando)⁶⁶⁷.

Muy básica, en cuanto los supuestos litigiosos de competencia se analizan ante los tribunales y organismos especializados⁶⁶⁸.

c. Otros mercados como lugares de manifestación de la práctica comercial desleal transfronteriza

i. Mercados conexos/vecinos y mercados con reproducción nacional en el extranjero

19. Nos encontraremos mayores dificultades, si los mercados son conexos (dando lugar a una conexión entre lugares localizados en diferentes Estados, como sucede en el criterio del mercado relevante); o, si el acto comercial desleal se localiza en diferentes niveles del proceso competitivo (*i.e.*: mercados de conexión: primarios y secundarios); o, cuándo el acto comercial ha tenido impacto en varios lugares dañando a consumidores de varios Estados y a competidores del mismo Estado que los consumidores, o del mismo Estado de establecimiento del profesional⁶⁶⁹.

⁶⁶⁶ Vid. D. ZIMMER, “The Emancipation of Antitrust from Market-Share-Based Approaches”, *The Antitrust Bulletin*, vol. 61, nº6, 2016, pp. 132-154, pp. 147-150.

⁶⁶⁷ *Ibid.* p. 150: “Market definition” in this sense can also include the important question of whether and to what degree product differentiation can be assumed to exist”.

⁶⁶⁸ Vid. por ejemplo, el análisis de J. SÁNCHEZ CALERO GUILARTE, “La ampliación del concepto de competencia...”, *loc.cit.*, pp. 394-395. En la jurisprudencia del Alto TS español no existe ninguna elaboración del concepto como explica el autor, que se ha limitado a reproducir la idea expresada en el preámbulo de la LCD. No obstante, en la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales se parte de un concepto económico más que jurídico de lo que constituye un mercado, entendido como en sentido amplio: “equivalente al ámbito económico de las relaciones humanas, al ámbito en que se adoptan decisiones económicas”. Esta amplitud ha dado lugar a determinar la existencia de un mercado, a los efectos de aplicación de la LCD, en una variedad de situaciones, resueltas de forma mayoritaria a favor de la apreciación que existe una actuación en el mercado con independencia de que afecte a un número ínfimo o reducido de personas; SAP Madrid de 16 de marzo de 2005, en la que la AP de Madrid desestimó considerar que se estaba considerando una conducta relevante a los efectos del art. 2 LCD, a pesar de que afectara a un número reducido de clientes, incluso ridículo con respecto a la totalidad del mercado en cuestión.

⁶⁶⁹ Vid. Informe OMPI, “Protección contra la competencia desleal. Análisis de la situación mundial actual” (1994); algunos ejemplos de mercados de transporte aéreo de pasajeros y mercancías, mercados de los servidores de Internet y el de contenidos *on line*; mercados de suministro de instalaciones y el de prestación de servicios; de programación televisiva y guías semanales de televisión; *duty free* y *duty paid* en los aeropuertos; mercado de fabricación de tabaco y el de distribución de tabaco, etc (aunque explica los mercados conexos en cuestiones *antitrust*, F. DÍEZ ESTELLA, “La teoría del abuso de mercados “vecinos” o “conexos” y el *monopoly leveraging*”,

20. Puede ocurrir lo que se ha llamado las situaciones de “mercados nacionales que se reproducen en el extranjero” (en supuestos de internacionalización empresarial, cuándo las empresas se establecen en mercados diferentes al suyo a través de intermediarios).

21. *Ejemplo:* problemática de los viajes combinados en las que el profesional (agencia de viajes: establecimiento en el domicilio del consumidor) lanza la oferta desde el Estado de origen de ambos (profesional que oferta/consumidor que acepta la oferta “publicidad engañosa”) de un viaje combinado con gastos incluidos en otro país (país de destino)⁶⁷⁰.

22. La oferta es engañosa si el consumidor llega al país de destino donde debe disfrutar su viaje y cualquiera de los elementos que implican estos contratos de viajes combinados (“pack”) no son los que en principio se habían ofertado, siendo por tanto un acto de publicidad engañosa y desleal.

ii. *Mercados de conexión “meramente anecdótica”* (tag jurisdiction)

23. Otro ejemplo son los mercados de conexión “meramente anecdótica” (*tag jurisdiction*⁶⁷¹) que también deben ser analizados de forma meticulosa por los tribunales, en cuanto suelen llevar a engaño en la valoración de cual fue el mercado verdaderamente afectado por la práctica y el acto de competencia desleal.

Revista mensual de Competencia, Albiñana & Suárez de Lezo, nº10, 2002); STS nº 6100/2012, Sala de lo Civil, 26/07/2012 (asunto *Microsoft*) que aúna cuestiones de Defensa de la competencia y competencia desleal y donde el Alto Tribunal establece el problema de los mercados conexos. Según esta resolución del TS en su FJ 3º, los mercados conexos se conectan cuándo el principal tiene por objeto el desarrollo del producto y servicio y el conexo y a la vez dependiente tiene el objeto de la actividad y promoción del producto y servicio. De esta forma, como se desprende del Asunto *Ryanair c. Rumbo*, aunque en la escala de producción y distribución cada factor productivo esté localizado en una fase, no impide que la competencia desleal pueda surgir entre ambos; asunto *Ryanair c. Edreams*, STS nº 630/2012, Sala de lo Civil, de 30/10/2012; STS nº 167/2014, Sala de lo Civil, de 7 de abril de 2014, resolviendo la casación del asunto que llevó a la empresa *Ryanair* contra otro buscador de vuelos *on line*, Rumbo; cuando el daño realizado se ha realizado contra el intermediario y no contra un competidor directo, que, a su vez, está marginando al consumidor e indirectamente daña a sus competidores directos.

⁶⁷⁰ En LA este profesional desleal estará sujeto a las normas del Estado del país de los consumidores (en principio, diferente a su Estado, A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado...*, vol. 2, cit., p. 1360; aunque, es cierto que el legislador europeo estableció ya una solución a los problemas derivados de los viajes combinados con la Directiva sobre viajes combinados y servicios de viaje vinculados con la Directiva (UE) 2015/2302, *DOUE*, L 326/1, de 11/12/2015 y con el establecimiento de foros de CJI de protección especial para los consumidores. El ejemplo se muestra sólo de forma ilustrativa para explicar el problema de este tipo de mercados y trasladándolo a situaciones de prácticas comerciales *B2B*; más precisiones así como una visión crítica sobre esta Directiva y las normas de conflicto, pueden verse en S. FELIU ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, *Viajes combinados y servicios de viajes vinculados (Directiva (UE) 2015/2302)*. *Cuestiones de ley aplicable*, Reus editorial, 2018.

⁶⁷¹ *Vid.* F. K. JUENGER, “Forum Shopping, Domestic and International”, *Tul. Law Rev.*, vol. 63, 1988-1989, pp. 553-574, p. 555.

Esta conexión, que suele ser débil y aprovechada como táctica procesal de las partes, no genera un vínculo suficientemente estrecho, el vínculo de proximidad necesarios para valorar que entre el mercado afectado por la deslealtad competitiva y el tribunal existe cercanía⁶⁷².

24. Ejemplo: suele producirse en situaciones donde el hecho dañoso (el acto de publicidad desleal) comienza en un mercado nacional (donde ambas partes tienen su establecimiento) aunque su efecto o consecuencia se producen en mercados o en un mercado extranjero. En este tipo de supuestos el profesional lo que hace es ofertar y demandar en un solo mercado con aparente repercusión en otro, pero el impacto y efecto directo y sustancial se produce en otro mercado⁶⁷³.

B. El criterio de “mercado afectado” como criterio clave de los litigios transfronterizos de competencia desleal

a. Acotación territorial del criterio en las normas del DIPr

25. El criterio clásico para las cuestiones de competencia desleal en el ámbito del DIPr es el “criterio del mercado afectado” (*market based test/la règle du marché affecté*)⁶⁷⁴. Este criterio entiende que el lugar donde se ha cometido el hecho

⁶⁷² A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado...*, vol. 2, *op.cit.*, p. 1360, que ponen el ejemplo de aquellos mercados “artificialmente aislados”, especialmente en supuestos en los que un empresario (foro A) contacta con los consumidores que tienen residencia habitual en ese mismo país (foro A) pero están de vacaciones en otro Estado (foro B), pudiendo ser considerados mercados meramente anecdóticas porque tanto la oferta como la demanda se encuentran realmente en el foro A, aunque se les ofrezcan servicios y bienes a distancia mientras están de vacaciones.

⁶⁷³ *Ibid* (CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ), p. 1358; M. VIRGÓS SORIANO, *El comercio internacional en el nuevo derecho...*, *op.cit.*, pp. 64-65.

⁶⁷⁴ Cf. P. MANKOWSKI, “Special Jurisdictions...”, *loc.cit.*, en H. ULRICH/ P. MANKOWSKI (eds.), *Brussels I Regulation...*, pp. 211-212: “The PIL of unfair commercial practices does not follow the principle of ubiquity, but developed its own rule. Applying the ordinary principle of ubiquity when jurisdiction in unfair commercial practices has to be judged, does not therefore coincide with the revered PIL rule”; para supuestos por denigración a un competidor, se posicionan de la misma forma, J. FAWCETT/ P. TORREMANS, *Intellectual Property and Private International...op.cit.*, p. 484; Asunto CDC (C-352/13); en supuestos de infracciones privadas al Derecho de la competencia, B. VILÀ COSTA, “How to Apply Articles 5(1) and 5 (3) Brussels I Regulation to Private...”, *loc.cit.*, en J. BASEDOW/ L. IDOT / S. FRANCO, *International Antitrust Litigation...*, *op.cit.*, p. 27: “Competition law rules are per se linked to a particular market, since the criterion of the affected market is precisely the key factor which sets in motion the applicability of the antitrust rules. And the affected market can be analysed, inter alia, from a territorial or geographical point of view. Therefore, it is submitted that this geographical localisation in terms of the competition infringement should be seen a first step also as regards the localisation of the harm, for the interpretation of the jurisdiction rules”.

dañoso o donde se llevó a cabo el hecho ilícito, se debe localizar en un “mercado” afectado⁶⁷⁵.

De esta forma, entendemos que es un punto de conexión territorial, localizado en un ámbito geográfico concreto. Queda entonces precisar “cuál” es ese lugar, y “cuales” deben ser los criterios determinantes para considerar ese espacio como “mercado afectado por una práctica o acto comercial desleal”⁶⁷⁶.

26. Para determinar cuál es el “mercado afectado” o el lugar donde se encuentran los intereses económicos de los participantes en el mercado, se puede seguir el ejemplo que en clave negativa nos ofrece MANKOWSKI⁶⁷⁷.

27. En su ejemplo, el autor sostiene que no será o no deberá considerarse “mercado afectado” aquél en el que sólo existe una simple recepción de los productos imitados esto es, dónde el competidor no vende ni comercializa sus productos sino sólo los distribuye para su posterior comercialización⁶⁷⁸.

⁶⁷⁵Cf. D. MOURA, “La Propriété Intellectuelle en droit international privé... », *loc.cit.*, p. 419 ; el criteri en España, fue consagrado en la norma que existía antes de la reforma de la LCD española de 2009, establecido por el legislador español, el ex. art. 4. El artículo rezaba así: « Será de aplicación de la ley española a los actos de competencia desleal que produzcan efectos en el mercado español ».

⁶⁷⁶Vid. M. A. MICHINEL ALVÁREZ, *La OPA transfronteriza: determinación y ámbito de la ley aplicable en el marco del control europeo*, Santiago de Compostela, Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, 2007, en relación a la aplicación territorial del Derecho nacional en cada mercado de valores afectado por un acto comercial desleal, pp. 87 y ss.; y, también C. GARCÍA MIRETE, *La adaptación de las bases de datos... op.cit.*, p. 78; de la misma opinión es B. UBERTAZZI, “The Law Applicable to Unfair Competition” en J. DE WERRA (ed.) *et al.*, *Défis du droit de la concurrence...*, *op.cit.*, pp. 31-72.

⁶⁷⁷También, J. VON HEIN, “Protecting Victims of Cross-Border Torts under Article 7 No. 2 Brussels Ibis: Towards a more Differentiated and Balanced Approach”, *YPIL*, vol. XVI, 2014/2015, pp. 241-275, esp. pp. 247-248; J. GLÖCKNER, “Internationales Lauterkeitsprozessrecht...”, *loc.cit.*, en H.HARTE-BAVERNDAMN/ F. HENNING-BODEWIG, (eds.) *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)...*, *op.cit.*, pp. 234-250.

⁶⁷⁸B. UBERTAZZI, “The Law Applicable to Unfair Competition in Switzerland and in the European Union”, en J. DE WERRA (ed.) *et al.*, *Défis du droit de la concurrence... op.cit.*, pp. 31-72, p. 58, y pp. 60-61, dice la autora, que así es en la teoría y porque el uso de criterios de conexión personal obliga a los actores económicos a diferenciar sus políticas comerciales dependiendo de la localización de los establecimientos (*registered offices*) de sus competidores; P. JIMÉNEZ BLANCO, *Las denominaciones de origen en el derecho de comercio internacional...*, *op.cit.*, p. 30; R. LARA GONZÁLEZ, *La denigración en el derecho de la competencia desleal*, Madrid, Civitas, 2007; en la jurisprudencia española, SAP León nº 405/2013 de 12 de noviembre, FJ3º: (...) “La comisión de algunas de las infracciones cometidas en la Ley de Competencia Desleal requiere una proyección material y efectiva en el mercado que es el que se trata de proteger (...)”; STS 5626/2014, Sala de lo Civil, 2 de diciembre de 2014, asunto *Ryanair Limited* c. *Facua*, FJ 5º; STS 1762/2014, de 8 de abril de 2014, *Wolters Kluwer España S.A.* c. *El Derecho Editores S.A.*, en su FJ 3º: A. SUÑOL LUCEA, “Adquisición de empresas en el mercado de valores, obstaculización y competencia desleal...”, *loc.cit.*, que destaca dos cuestiones que deben atenderse en las actuales leyes de competencia desleal para poder enjuiciar el acto como desleal: primero, que se haya realizado en el

28. Extrapolación del criterio a la CJI. El “criterio del mercado afectado” entiende al aplicarse el foro de la responsabilidad de tipo extracontractual que es el “lugar donde hubiere sucedido el hecho dañoso o donde pudieren producirse sus efectos” de forma directa y sustancial: esto es el contacto mínimo que debe existir para acciones la protección debida al mercado afectado contra la competencia desleal.

b. Mercado afectado como mercado de ataque (*delicti commissi*) o como mercado de recepción (*loci damni*)

29. El mercado afectado se puede localizar tanto en el *forum delicti commissi* (como mercado de ataque-ilícitos concurrenciales *B2B*), o en el *forum loci damni* (como mercado de recepción de los daños producidos por el acto comercial desleal-ilícitos concurrenciales *B2C*)⁶⁷⁹.

30. Se muestra como el más adecuado en los litigios transfronterizos de competencia desleal transfronteriza porque limita los efectos de la aplicación de la teoría de la ubicuidad y de la teoría del mosaico (*Mosaikberung*).

En los supuestos de aplicación del criterio del mercado afectado, ninguna teoría relativa a la aplicación de los foros de CJI en materia de responsabilidad extracontractual, sería de aplicación (incluso si el daño que ha provocado el acto o la práctica comercial desleal se ha manifestado en varios lugares)⁶⁸⁰, puesto que este criterio siempre busca limitar el lugar del daño o de ataque al lugar donde a través del test de *minimis* se haya realizado el daño directo y sustancial.

31. En litigios de ilícitos concurrenciales desleales de tipo *B2B*, donde lo que se tutela es la esfera interna del competidor afectado (la oferta y no la demanda) se usará normalmente, el criterio del mercado afectado pero como el “mercado de ataque”⁶⁸¹.

mercado y segundo que tenga una finalidad concurrencial; H. BAYLÓS CORROZA, *Tratado de Derecho Industrial*,..., *op.cit.*, p. 412.

⁶⁷⁹Vid. de forma comparada con el ilícito *antitrust*, B. VILÁ COSTA, “How To Apply Articles 5(1) and 5(3) Brussels I Regulation to Private Enforcement...”, *loc.cit.*, p. 20 y p. 27; P. RODRÍGUEZ MATEOS, “Capítulo IV-Competencia desleal”, *loc.cit.*, en J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, *Derecho del comercio...op.cit.*, p. 188; SJPI A 4/2014, nº 1 Alicante, Carolina Herrera c. *Equivalenza Retail*; C. HONORATI, *La legge applicabile alla concorrenza sleale*, Studi e Pubblicazioni della Rivista di Diritto Internazionale privato e processuale, nº 45, Padua, CEDAM, 1995, pp. 237-239

⁶⁸⁰ P. MANKOWSKI, “Special Jurisdictions...”, *loc.cit.*, en H. ULLRICH/ P. MANKOWSKI, *Brussels I Regulation*..., pp. 213.

⁶⁸¹Vid. C. I. CORDERO ÁLVAREZ, *La protección al derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen en el tráfico privado internacional*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, tesis doctoral, 2012, p. 351; de nuevo lo establecido en nota a pie anterior, J. FAWCETT / P. TORREMANS, *Intellectual Property and Private International*...,*op.cit.*, p. 494, los supuestos por denigración a un competidor, no presentan las características propias de la difamación en prensa de

En estos litigios el lugar del mercado afectado como *loci damni* no es entonces la conexión más adecuada⁶⁸². En este sentido, la denigración siendo consecuencia de información no veraz ni verdadera, debe causar un perjuicio importante a la reputación del competidor (*reputation*), y debe haberle causado pérdidas y daños económicos (*goodwill*).

Ejemplo: Sirva como botón de muestra, lo sucedido en el asunto que llevó a la empresa surcoreana de telefonía móvil ante la Oficina de Comercio justo de Taiwán por verter información denigratoria contra la empresa taiwanesa *HTC*, a través de una página *web*, un blog que iba dirigido al público en general y en contra de una nueva campaña en la que se pretendía dar a conocer su nuevo modelo *HTC One*, que la precitada quería lanzar en primer lugar, en el mercado taiwanés, su mercado de origen (si todo iba de forma correcta, hacerlo en el mercado internacional de forma posterior).

32. Se considera en este supuesto que el “mercado de ataque” era el lugar donde la empresa infractora (*Samsung*) emitió las declaraciones denigratorias siendo también el mercado dónde la empresa denigrada estaba compitiendo con una posición en el mercado fuerte⁶⁸³.

Las declaraciones de tipo denigratorio se habían realizado a través de una página *web* con dominio taiwanés, esto es, del mismo Estado que la empresa denigrada (*stream of commerce*), y aquél mercado en el que la empresa iba a lanzar su nuevo modelo *HTC One*.

33. En el supuesto de hecho comentado, no fue difícil para la Autoridad Competente localizar el mercado de ataque o mercado afectado pero existen algunos supuestos de ilícitos concurrenciales desleales de tipo *B2B*, en los que el mercado

los asuntos como *Shevill*, en este sentido, sino más bien los que establecen en supuestos por contaminación transfronteriza, tal como se estableció en el asunto de Minas de Potasio, teniendo en cuenta que se establezca la acción desde la denigración como acto de competencia desleal y no como violación al honor del competidor. La cuestión es incierta, comentan.

⁶⁸²*Ibid.* (MANKOWSKI, p. 212); también existe una opinión parecida aunque en cuestiones de infracciones a los derechos de personalidad sobre los límites que deben existir para evitar la pluralidad de foros competentes, C.I. CORDERO ÁLVAREZ, *Litigios internacionales sobre difamación y derechos de la personalidad...*, *op.cit.*

⁶⁸³*Vid.* v. *gr.*, sobre el asunto en líneas generales <http://www.theguardian.com/technology/2013/oct/24/samsung-fined-taiwan-campaign-against-smartphone-htc>; R. TUSHNET, “NY statutory law covers *B2B* false advertising, but *common law* unfair competition doesn’t”, disponible en: <http://tushnet.blogspot.com.es/2014/07/ny-statutory-law-covers-b2b-false.html>, el asunto *Leason Ellis LLP vs. Patent & Trademark Agency LLC*, No. 13 CV 2880 (S.D.N.Y. July, 2, 2014), la resolución está disponible aquí: <http://ipwatchdog.com/blog/leason-ellis-pta-dismiss.pdfv>. *Leason Ellis LLP* demandó a *Patent & Trademark Agency LLC* por actos de competencia desleal entre los que incluía publicidad engañosa, competencia desleal, prácticas comerciales engañosas (entre profesionales) y, a su vez, intervención en futuros contratos con otros profesionales que la demandante tenía previstos (*tortious interference*).

aparecerá como “elemento secundario” donde será un elemento menos determinante para la consideración de la existencia del daño (no significando que no existe, sino que no es el elemento determinante⁶⁸⁴), *i.e.*; violación de un secreto empresarial, industrial o *know-how* o en indicaciones geográficas⁶⁸⁵.

También, puede presentarse en supuestos de competencia parasitaria o explotación de la reputación ajena de un tercero para obtener ventaja competitiva, *parasitisme* o *passing off*, en donde se tutela la reputación del competidor (*reputation*) y su producto (*goodwill*), más que los intereses de los participantes y el buen funcionamiento del mercado en general⁶⁸⁶.

34. Para determinar cuál es el lugar de “mercado de ataque” como *loci delicti commissi*, en ilícitos concurrenciales desleales de tipo *B2B*, existen otros elementos determinantes que la jurisprudencia ha ido poniendo de relieve, como es el lenguaje empleado en las transacciones, la naturaleza del producto comercializado, los costes de transporte, las medidas que tuvo en consideración el comerciante para minimizar los riesgos jurisdiccionales que puedan ser detectados a la hora de la comercialización y distribución del producto, etc.⁶⁸⁷.

⁶⁸⁴ *Vid. v.gr.*, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Daños punitivos. Aspectos de Derecho internacional privado y europeo...”, *loc.cit. infra*, en M. J. HERRADOR GUARDIA (dir.), *Derecho de daños...*, *op.cit., infra*, pp. 428-429, que diferencia tres tipos de mercados relevantes que deben tenerse en cuenta en cuanto se realice el “test de vinculación espacial”: el mercado de venta del productos (al alcance del consumidor o cliente); el mercado de publicidad del producto o servicio (donde se difunden los productos o servicios por las empresas o profesionales); el mercado de fabricación del producto, donde se elaboran y confeccionan los productos que posteriormente son ofrecidos en ése u otro mercado nacional.

⁶⁸⁵ *Vid.* P. JIMÉNEZ BLANCO, *Las denominaciones de origen en el derecho del comercio...*, *op.cit.*, pp. 23-40; C. OTERO GARCÍA CASTRILLÓN, “Territorialidad y estado de origen en las denominaciones de origen, indicaciones geográficas y especialidades ...”, *loc.cit.*, en B. UBERTAZZI/E. MUÑIZ ESPADA, *Le indicazione di qualità degli alimenti. Diritto internazionale ...*, *op.cit.*, pp. 65-79.

⁶⁸⁶ *Vid.* O. SOSNITZA, “Unfair competition. Consequences”, en J. BASEDOW, K. J. HOPT/R. ZIMMERMANN /A. STIER, *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 1715.

⁶⁸⁷ *Vid.* P. MANKOWSKI, “Special Jurisdictions”..., *loc.cit.*, en P. MANKOWSKI / U. MAGNUS, *Brussels I Regulation...*, *op.cit.*, p. 213: “*It marketing takes place at the market in one country whereas the final supply is executed in another country, the relevant place either as the Marketplace or the place where the damage was sustained, is in the former country of marketing*”; P.A.DE MIGUEL ASENSIO, “Ejercicio de acciones por infracción de los derechos de marca comunitaria...”, *cit.*, desde el asunto *Pickney*. Esto es que se puede establecer la CJI en todo el territorio de protección del derecho de exclusiva.

C. “Criterio del mercado relevante” y “criterio de los efectos” : adecuación y uso en ilícitos concurrenciales de tipo desleal

a. Características de los criterios del “Mercado relevante” y del “Mercado de referencia”

35. Existen algunos supuestos de competencia desleal transfronteriza como los ilícitos concurrenciales desleales en publicidad o comercialización de productos transfronteriza los cuales no les será de aplicación del “criterio del mercado afectado” por sus características, sino el criterio del “mercado relevante” , típico criterio de los ilícitos concurrenciales de tipo *antitrust* para la determinación de los ilícitos concurrenciales de abuso de posición dominante en el mercado⁶⁸⁸.

36. En algunos supuestos que se estudian en el Capítulo II y que se estudian también en sede de ley aplicable en el Capítulo V; y considerando que el abuso de posición dominante como conducta unilateral se encuentra a caballo entre el ilícito concurrencial *antitrust* y el desleal en algunos EM, el criterio del “mercado relevante” como criterio de conexión para determinar un lugar concreto, puede mostrarse más adecuado que el criterio del mercado afectado (aunque, en realidad, en la práctica pueden coincidir).

37. El lugar donde se encuentra el “mercado relevante” servirá para determinar tanto el mercado de distribución o el mercado dónde el daño se realizó (el mercado de *marketing* y publicidad). El “mercado relevante” ayuda en estos caso a localizar los productos característicos sobre todo en mercados de tipo sectorial (*legal sub markets*)⁶⁸⁹. Son, además, delineados de acuerdo a criterios económicos de oferta y demanda de forma sectorial. Con ello, se intenta evitar que la operación de delimitación para medir daños se vuelva imposible en muchos supuestos.

⁶⁸⁸ D. GONZALO RUIZ, “Definición de mercado relevante y políticas de competencia”, *Thémis*, nº41, 2000, pp. 297-310; sobre la dificultad en definirlo, F. JIMÉNEZ LATORRE/ E. CAÑIZARES PACHECO, “Dificultades para la definición de mercado relevante”, *NERA*, 2005, disponible en: <https://www.uv.es/~frequena/estructura/NERA.pdf>

⁶⁸⁹ G. VITELLINO, “Consumer protection against unfair practices in cross border food trade...”, *loc.cit.*, en A. LUPONE, C. RICCI / A. SANTINI (eds.), *The Right to safe good towards...*, *op.cit.*, p. 447; S. FRANCO/W. WURMNEST, “International Antitrust Claims under the Rome II Regulation...”, *loc.cit.*, pp. 120-121, que no olvidan la complejidad de delimitar lo que es un mercado relevante a efectos de evaluar el impacto económico causado por el daño competitivo.; D. ZIMMER, “The emancipation of Antitrust from Market-Share-Based...”, *loc.cit.*, p. 150: “*In very few cases can we today talk of completely homogeneous products. Whether sweets, soft drinks, preserved vegetables, Smartphones, furniture of cars: all these products’ manufacturers try to use actual differences, or invent a Brand or product image-which at times is no less effective-to create a preference among among consumer for their specific product*”.

Habrá que identificar en los mismos el conjunto de bienes o servicios que rivalizan entre sí, satisfaciendo las necesidades de los consumidores, el área o áreas geográficas donde se desarrollaron las relaciones de competencia de las áreas geográficas próximas pero no las principales⁶⁹⁰.

38. O en mercados donde existe un producto principal y otro producto vinculado al principal que se encuentran en situación complementariedad o dependencia, y estas relaciones deben ser resultas de acuerdo a un “esquema económico” de proporciones variables para poder determinar de forma territorial, cual fue el mercado relevante y buscar el foro de CJI adecuado así como de forma posterior la ley material más adecuada al fondo del asunto⁶⁹¹.

39. Ejemplo. Un distribuidor de lechugas que compite en el mercado sectorial de las lechugas, como producto referencia para determinar los daños, no est  afectando con determinadas conductas que pueden ser anticompetitivas al mercado de pomelos a no ser que en este mercado se vendan ambos productos de referencia en relación de accesoriedad o de sustitución a través de contratos de distribución o relaciones paralelas.

De forma reciente, el TJUE en el asunto *ROCHE-NOVARTIS*⁶⁹², ha considerado que, los productos que determinan el mercado de referencia son los que sirven para valorar este mercado a la luz del examen que se realiza de la oferta y la demanda, al menos según lo establecido en el art. 101 TFUE. Sin embargo, si es necesario tomar como referencia otros productos relacionados que no tengan el mismo uso o propiedades pero que en dicho mercado podría ser considerado “sustituible” se deberá usar de referencia para medir el daño competitivo si así se requiere. Esto es, que debe existir como en este ejemplo dado, una “relación de sustituibilidad”. Estas consideraciones est n basadas en la teoría de las

⁶⁹⁰Vid. F. JIMÉNEZ LATORRE/ E. CAÑIZARES PACHECO, “Dificultades para la definición de...”, *loc.cit.*

⁶⁹¹C. HERRERO SUAREZ, *Los contratos vinculados (tying agreements)...*, *op.cit.*, pp. 396 y ss, así dice la autora que son bienes complementarios en los supuestos en los que el incremento del precio del bien A d  lugar a una reducción de la demanda del bien B.

⁶⁹²Asunto *Roche-Novartis*, C-179/16. Fue nombrado en la Primera parte de la tesis doctoral, Capítulo II, sección 1^a. Es una cuestión prejudicial reciente en un supuesto de infracción al artículo 101 TFUE, en concreto prácticas colusorias y publicidad engañosa en el mercado de medicamentos; párr.. 48: “ (...) una autoridad nacional de defensa de la competencia puede incluir en el mercado de referencia, además de los medicamentos autorizados para las patologías de que se trate, otro medicamento cuya AC no cubre dicho tratamiento, pero que se usa con ese fin”. En Estados Unidos, en el asunto *PEPSICO Inc., c. COCA COLA COMPANY* (2002), el tribunal de apelación de los Estados Unidos se pronunció de la siguiente forma sobre el mercado relevante: “*A relevant product market consists of products that have reasonable interchangeability for the purposes for which they are produced-price, use and qualities considered*”.

“restricciones accesorias” del Derecho *antitrust*, entendiendo que esta sustitución también puede nacer de una relación entre lo accesorio y lo principal⁶⁹³.

Además, en la STJUE, párrafo 50, recuerda el TJUE su jurisprudencia en la definición de “mercado de referencia” a la luz del Derecho *antitrust* europeo: “El mercado de productos de referencia comprende la totalidad de los productos o servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos”. Continúa el TJUE estableciendo que este mercado de referencia implica que pueda existir “competencia efectiva” entre los productos que lo conforman. La intercambialidad y sustituibilidad no se aprecian solo por las características del producto sino también por esta competencia efectiva y como estructura la oferta y demanda en ese mercado.

No obstante, habría que tener en cuenta si pueden realizarse estas precisiones, *mutatis mutandis*, para supuestos de competencia desleal transfronteriza. Esto es, valorando si esta “sustituibilidad” entre productos del mismo mercado de referencia, y hasta que punto la misma, era una referencia en el mercado donde los competidores tenían sus relaciones de competencia, para entender que el daño causado por el acto de competencia desleal no se hubiere realizado o causado el daño sin la misma.

b. “Criterio de los efectos”

40. En litigios de daños multilaterales o ilícitos mosaico (*multistate torts*) en los que se pueden incluirse, los ilícitos de competencia desleal cuando se desarrollen en multitud de Estados sus efectos, se ha reconocido de forma jurisprudencial y doctrinal, que el uso del “criterio de los efectos” es válido en ilícitos concurrenciales desleales, especialmente en ilícitos desleales de tipo *B2C*⁶⁹⁴. Debe entenderse que es en los mismos, una variación y adaptación del “criterio del mercado afectado” para supuestos que producen daños o efectos en más de un mercado.

41. No obstante, requiere decirse que el “criterio de los efectos” en sede de CJI se relaciona con la teoría del mosaico (*Mosaikberung*) para la prevención de situaciones de (*bad*) *fórum shopping*. Límites que ha ido estableciendo la jurisprudencia del TJUE⁶⁹⁵, aunque de forma general para todos los ilícitos de

⁶⁹³ Para mayor información sobre la “teoría de las restricciones accesorias” en Derecho *antitrust*, puede verse: L.M. MIRANDA SERRANO, “Restricciones accesorios y ...”, *loc.cit.* pp. 1-50.

⁶⁹⁴ M. PAZDAN/M. SZPUNAR, “Cross-Border Litigation of Unfair Competition...”, *loc.cit.*, A. NUYTS (ed.) *et al*, *International Litigation in Intellectual Property...*, *op.cit.*, p. 135; sobre una comprensión general del criterio de los efectos en el ámbito de la CJI, véase, D. M. AMANN, “Jurisdictional, Preliminary, and Procedural Concerns” en *Benchbook on International Law*, 2014, disponible en: www.asil.org/benchbook/jurisdiction.pdf.

⁶⁹⁵ Capítulo IV y Capítulo V; C. GARCÍA MIRETE, *La adaptación de las bases de datos...*, *op.cit.*, p. 77; M. DESANTES REAL “Cooperación judicial internacional.- Reglamentos (CE) números 40/94 y 44/2001.- Marca Comunitaria.- art. 93.5 del Reglamento (CE) núm. 40/94.-

responsabilidad extracontractual multilaterales o ilícitos “mosaico”. En sede de ley aplicable como se observará, existen límites establecidos en la misma norma de conflicto europea para estos ilícitos que hacen difícil entender su aplicación de forma directa.

Diferencias de aplicación. Con diferencia del “criterio del mercado afectado” que funciona mejor en ilícitos transfronterizos de tipo ubicuo (donde tanto el mercado de ataque como *loci delicti commissi* y el mercado del daño como *loci damni* se localizan ambos en un solo lugar); el criterio de los efectos, como sucede en otros ilícitos de responsabilidad extracontractual, se debe aplicar a *multistate torts*. No obstante, tampoco está exento del uso del test de *minimis* para determinar donde se produjeron los efectos más directos y sustanciales.

II. Problemas de calificación del ilícito concurrencial de tipo desleal en el DIPr europeo y en el DIPr en general: caracterización

1. Aspectos generales de la institución de la calificación en cuestiones de CJI y ley aplicable

A. Problemática actual de la calificación de instituciones

42. En este epígrafe se analizan los problemas que suscita la institución de la calificación de instituciones o cuando una concreta situación privada con elemento extranjero puede ser subsumida en el “supuesto de hecho” tanto en sede de Derecho procesal civil internacional como en sede de ley aplicable (*characterization/funktionelle Qualifikation/qualification*)⁶⁹⁶.

Competencia internacional en materia de violación de marca.- Determinación del lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso.-Participación transfronteriza de varias personas en el mismo acto ilícito”, *REDI*, vol. LXVI, nº2, 2014, pp. 258-262, p. 262.

⁶⁹⁶ Entendiendo la calificación como la determinación de la naturaleza jurídica de la institución que se analice, P. J. NIBOYET, *Los principios del Derecho internacional privado: selección de la segunda edición francesa del Manuel de A. Pillet y P.J. Niboyet* (traducción por A. Rodríguez Ramón), Madrid, Reus, 1942, pp. 342-345; A. L. CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado...*, vol. I., esp. en sede de ley aplicable y las diferentes teorías sobre la calificación, pp. 464-475; J. C. FERNÁNDEZ ROZAS/ S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado...*, op.cit., p. 601; P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “The Private International Law of intellectual property and of unfair commercial practices...”, loc.cit., en, S. LEIBLE/ A. OHLY (eds.), *Intellectual Property and...* op.cit., p. 34: “Characterization in private international law is normally a matter for the forum”; de otra forma, C.I. CORDERO ÁLVAREZ, “Competencia judicial internacional: Acciones de competencia desleal: delimitación de la materia contractual y la materia extracontractual”, *REDI*, vol. LXVI, nº2, 2014, pp. 250-253, p. 251; Asunto *Holterman* (C-47/14); M. VIRGÓS SORIANO / F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional...*, op.cit. p. 92; de forma comparada en Estados Unidos, C. MCLAHLAN, “Transnational Tort Litigation...”, loc.cit., en C. MCLAHGAN / P. NYNGH, *Transnational Tort Litigation...*, op.cit., p. 17.

De forma concreta, las reflexiones giran en torno a los problemas que existen en el ámbito del DIPr europeo en la calificación entre la materia contractual y la materia extracontractual siendo uno de los aspectos más controvertidos y problemáticos del DIPr de la competencia desleal⁶⁹⁷. Primero, en sede de CJI. Y, de forma posterior, en sede de LA⁶⁹⁸.

43. A pesar de la inclusión de conceptos europeos en los instrumentos de DIPr europeo para facilitar esta operación de calificación, siguen existiendo problemas y debates en torno a cuál es la debida calificación⁶⁹⁹.

Sin embargo, las dificultades de interpretación de los conceptos europeos en materia de obligaciones de tipo contractual y extracontractual, no siendo

⁶⁹⁷ A. DICKINSON, "Towards an Agreement on the Concept of "Contract" in EU Private International ...", *loc.cit.*, p. 466: "Private international lawyers thrive on problems of characterization"; y, p. 474.

⁶⁹⁸ M. DESANTES REAL, *La competencia judicial en la Comunidad Europea*, Barcelona, Bosch, 1986, p. 316; T. KRUGER, *Civil Jurisdiction Rules of the EU and their Impact on Third Parties*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 143; J.C. SEUBA TORREBLANCA, "Derecho de daños y Derecho internacional privado: algunas cuestiones sobre la legislación aplicable y la Propuesta del Reglamento Roma II", *InDret*, 1/2005, febrero, pp. 1-30; K. FACH GÓMEZ, "Obligaciones extracontractuales en DIPr; tendencias actuales y perspectivas de futuro en el ámbito europeo", en *XXX Curso de Derecho internacional*, Comité Jurídico Interamericano, Washington D.C., 2004, pp. 317-335; en el ámbito del Derecho norteamericano de *torts* también se ha mostrado siempre una figura conflictiva, TH. M. DE BOER, *Beyond lex loci delicti (Conflicts methodology and multistate torts in American Case Law)*, Norwell, Kluwer, 1985, pp. 95-97; M. VIRGÓS SORIANO/F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional...*, *op.cit.* pp. 92-96; A. DICKINSON, "Towards an agreement on the concept of "contract" in EU private international law", *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly*, 2014, pp. 466-474: "The decision in *Brogssitter* does very little to advance our understanding of the limits of the Brussels I Regulation (...)" ; p. 471: "Unashamedly naked, the reasoning in *Brogssitter* is lacking both in precision and internal consistency". El autor además de poner de relieve como todos los autores que han comentado el asunto, que el hecho que este asunto se haya presentado sin Conclusiones de AG, haya dejado todavía en peor situación lo establecido por el TJUE en el asunto. Sobre las cuestiones generales de la calificación, M. PERTEGÁS SENDER, "The Notion of Contractual Obligation in Brussels I and Rome I", en J. MEEUSENM/M. PERTEGÁS/G. STRAETMANS (eds.), *Enforcement of International Contracts in the European Union*, Antwerp/Oxford/New York, Intersentia, 2004, pp. 175-190. M. MONTAÑA MORA, "Posibles modelos para la regulación de la competencia...", *loc.cit.*, en A. REMIRO BROTONS /C. ESPÓSITO (Dir.), *La Organización Mundial del Comercio y el...*, *op.cit.*, p. 375; M. DANOV, "Jurisdiction in Cross-Border EU Competition Law Cases: Some Specific Issues Requiring Specific Solutions", en M. DANOV, F. BECKER/ P. BEAUMONT, *Cross-border EU Competition Law Actions*, Oxford, Hart Publishing, 2013, pp. 167-196; también en el ámbito doméstico existen dificultades en la calificación y ha sido problemática, R. GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, "Responsabilidad extracontractual y contractual: barrera entre ambas. *Extracontractual and contractual liability: borderline between them*", *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, t. XXVI, 2013, pp. 203-214.

⁶⁹⁹ Asunto *Folien Fischer* (C-133/11) apartado 50 y asunto *Kolassa* (C-375/13), en la 4ª cuestión prejudicial formulada al tribunal sobre el control de la CJI por el juez nacional en el ámbito del RBI. Del lado contrario, el AG sr. Spuznar se pronuncia de forma diferente al TJUE en *Kolassa*, estableciendo que, como es lógico, el juzgador nacional debe considerar todos los elementos que dispone para determinar su CJI.

pacíficos, según consolidada jurisprudencia del TJUE⁷⁰⁰, se supone que está superada en cuanto, la interpretación se debe realizar siempre al margen de la calificación de la ley del foro (*ex lege fori*) o *lege causae*⁷⁰¹.

44. En los litigios por competencia desleal transfronteriza surge la controversia cuando nos enfrentamos a un ilícito concurrencial de tipo desleal que puede ser calificado como obligación de tipo contractual o de tipo extracontractual según el país⁷⁰².

a. Calificación europea y jurisprudencia relevante del TJUE relacionada con aspectos del ilícito concurrencial de tipo desleal

45. Una lectura atenta de la ingente jurisprudencia del TJUE en cuestiones de calificación, ha dado criterios interpretativos para interpretar de forma correcta, especialmente en la controversia entre las obligaciones de tipo contractual y extracontractual⁷⁰³. Los problemas parecen deberse más, a la falta de precisión y generalidad de estos conceptos y las grandes divergencias de las legislaciones de los EM en las materias todavía no armonizadas. Generalidad que en el primer escalón de calificación, escapa a las especialidades de las instituciones, como las observadas en competencia desleal⁷⁰⁴.

⁷⁰⁰M. SABIDO RODRÍGUEZ, “Artículo 7.2”, en F. F. GARAU *et al.* (coords.), *Comentarios al Reglamento (UE) n° 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones...*, *op.cit.*, p. 198; C. I. CORDERO ALVÁREZ, “Competencia judicial internacional: Acciones de competencia desleal: delimitación de la materia contractual y...”, *loc.cit.*, p. 252; Asunto *Kolassa* (C-375/13), sobre la tercera cuestión prejudicial que se le hizo al TJUE; que el artículo 5.3 RBI debe interpretarse de modo autónomo y estricto (*vid.* también, Asunto *Coty Germany* (C-360/12), apartados 43-45; asunto *Lechouritou* (C-292/05), pto. 44; asunto *Holterman* (C-47/14).

⁷⁰¹*Vid.* S. SÁNCHEZ LORENZO, “La délimitation entre matière contractuelle et matière délictuelle dans...”, *loc.cit.*; M. PERTEGÁS “The Notion of Contractual Obligation in Brussels I...”, *loc.cit.*; E. LEIN/A. DICKINSON, *The Brussels I Regulation...*, *op.cit.*; P. MANKOWSKI/A. MAGNUS, *Brussels I Regulation...*, *op.cit.*; Asunto *Rüffer*, C-814/79 y relacionados, sobre el concepto autónomo de materia civil y mercantil del CB 1968 en base al tipo de acción que se haya ejercitado (civil y penal); y, Conclusiones del AG Warner, de forma concreta a propósito de la dificultad de determinar el concepto delito o cuasi delito, pp. 1285-1287, p. 1286, el AG sr. Warner, ya puso de relieve en una simple frase el carácter complicado del delito: “El delito es más fácil reconocer que definir”. Asunto *Henkel*, C-167/00, especialmente apartados 31, 32, 34 y 35.

⁷⁰²*Vid.* M. PAZDAN/M. SZPUNAR, “Cross-border Litigation of Unfair Competition over...”, *loc.cit.*, en A. NUYTS (ed.), *International Litigation in Intellectual Property...*, *op.cit.*, p. 132. Los autores consideran de importancia, con las diferencias sustanciales surgen las siguientes dudas: ¿quién comete el acto de competencia desleal?; ¿quién puede establecer acciones judiciales contra dicho acto?; ¿qué tipo de acciones judiciales están disponibles en el sistema jurídico del mercado afectado?; y, ¿en qué se basa el criterio de deslealtad de un acto de competencia desleal?.

⁷⁰³*Vid. infra* apartado siguiente (2).

⁷⁰⁴Esta afirmación ya fue establecida por el AG. Sr. Darmon en las Conclusiones realizadas en el asunto *Kalfelis* (15/06/1988), puntos 3º, 17, 18 y 19; E. LEIN/ A. DICKINSON, *The Brussels I Regulation Recast...*, *op.cit.*, p. 138: “The principle of autonomous interpretation, if literally

46. El punto de partida para entender la jurisprudencia del TJUE en la materia de delimitación entre las obligaciones de tipo contractual y de tipo extracontractual es el celeberrimo asunto *Kalfelis*, en donde el TJUE estableció los parámetros para saber qué debe entenderse como obligación de tipo extracontractual a efectos de aplicar el instrumento europeo en CJI, y cuando se aplique el foro de la obligación de tipo extracontractual⁷⁰⁵.

47. En este asunto (*Kalfelis*), el concepto de obligación extracontractual (delictual o *quasi delictual*) según el TJUE, se debe entender formulado en clave negativa, residual y excluyente con relación a la obligación de tipo contractual⁷⁰⁶.

understood, would appear to exclude completely any arguments drawn from comparative law. However, neither the Regulation nor the Convention were created in a vacuum”.

⁷⁰⁵S. SÁNCHEZ LORENZO, “La délimitation entre matière contractuelle et matière délictuelle dans...”, *loc.cit.*; M. PERTEGÁS, “The Notion of Contractual Obligation in Brussels I...”, *loc.cit.*; E. LEIN/A. DICKINSON, *The Brussels I Regulation...*, *op.cit.*; P. MANKOWSKI/A. MAGNUS, *Brussels I Regulation...*, *op.cit.*; Asunto *Rüffer*, C-814/79 y relacionados, sobre el concepto autónomo de materia civil y mercantil del CB 1968 en base al tipo de acción que se haya ejercitado (civil y penal); y, Conclusiones del AG Warner, de forma concreta a propósito de la dificultad de determinar el concepto delito o cuasi delito, pp. 1285-1287, p. 1286, el AG sr. Warner, ya puso de relieve en una simple frase el carácter complicado del delito: “El delito es más fácil reconocer que definir”; Asunto *Henkel*, C-167/00, especialmente apartados 31, 32, 34 y 35; R. ARENAS GARCÍA, “La distinción entre obligaciones contractuales y extracontractuales en los instrumentos comunitarios de Derecho internacional ...”, *loc.cit.*, p. 406, que nos recuerda que el RBI (ahora el RBI *bis*) y los Reglamentos de ley aplicable en materia de obligaciones contractuales (Roma I) y en materia de obligaciones extracontractuales (Roma II) deben operar de forma integrada para regular el DIPr patrimonial (favoreciendo a su vez una coincidencia entre *forum-ius*); K. KERAMEUS, “La compétence Internationale en matière délictuelle dans la Convention de Bruxelles”, *CEDIP*, Paris, Dalloz, 1992-1993, p. 255; E. LEIN/A. DYCKINSON, *Brussels I Regulation...*, *op.cit.*, p. 158; Asunto *Brogstetter* (C-548/12), apartado 24; asunto *Austro-Mechana c. Amazon* (C-572/14) en las conclusiones del AG sr. *Saugmandsgaard ØE*, párr. 53; Asunto *Gazdasági c. Siemens* (C-102/15), párr.64; *Holterman* (C-47/14); *Granarolo SpA* (C-196/15).

⁷⁰⁶En el ámbito del Derecho procesal civil internacional de la UE, sobre la interpretación del artículo 5.3 del Reglamento Bruselas I (y del que fue el Convenio de Bruselas), entre otros, asunto *Kalfelis* (C-189/87), apartados 17-18; de forma excluyente al concepto de obligación contractual, asunto *Tacconi* (C-334/00); sobre la responsabilidad precontractual en el ámbito del RBI y el CB 1968, apartados 15, 19, 20; apartados 21-22; H. GAUDEMONT-TALLON, “Note sur l’arret Kalfelis vs. Schröder”, *Rev.crit.dr.int. priv.*, 1989, vol. 78, nº1, 1998, pp. 117-123, p.114; A. CRESPO HERNÁNDEZ, “Delimitación entre materia contractual y extracontractual en el Convenio de Bruselas: Implicaciones en orden a la determinación de la Competencia judicial internacional. Comentario a la sentencia del TJCE de 17 de octubre de 1998”, *DiarioLa Ley*, 4681pp. 2178-2181, p. 2179; R. ARENAS GARCÍA, “La distinción entre obligaciones contractuales y extracontractuales en los instrumentos comunitarios de Derecho internacional...”, *loc.cit.*, p. 408; B. VILÁ COSTA, “How to Apply Articles 5(1) and 5 (3) Brussels I Regulation to Private Enforcement of Competition Law...”, *loc.cit.*, en J. BASEDOW/S. FRANCO / L. IDOT, *International Antitrust...*, *op.cit.*, en relación a los ilícitos competenciales de tipo *antitrust*; C. ORÓ MARTÍNEZ, “Las acciones declarativas negativas y el artículo 5.3 del Reglamento Bruselas I”, *AEDIPr*, 2011, pp. 185-206; Cdo. 11 del Reglamento Roma II en materia de ley aplicable: la noción extracontractual varía de un Estado miembro a otro por lo tanto habrá de considerarse un concepto autónomo; C. I. CORDERO ÁLVAREZ, “Competencia judicial internacional: Acciones de competencia desleal: delimitación de la materia contractual y...”, *loc.cit.*, pp. 250-253; A. DICKINSON, “Towards an Agreement on the Concept of “Contract” in ...”, *loc.cit.*; en el reciente asunto *Holterman* (C-47/14); P. A. DE MIGUEL

Considerando además que ambas obligaciones (contractual-extracontractual) no son acumulables, con lo que no puede establecerse la demanda ante el mismo foro, que contenga ambas pretensiones (bien sea el de la obligación contractual o el de la obligación de tipo extracontractual).

48. Para resumir, según la jurisprudencia del TJUE para entender qué debe considerarse una obligación de tipo contractual y qué debe considerarse una obligación de tipo extracontractual a efectos del actual RBI *bis*; *i. Cuando persiste el elemento positivo*: obligación libremente asumida por las partes suficientemente vinculada al propósito del contrato y que sirva de base a la demanda; *ii. Cuando persiste el elemento negativo*: que no se pueda considerar obligación de tipo contractual⁷⁰⁷, obligación de tipo extracontractual (delictual o *quasi delictual*).

b. Teorías y soluciones doctrinales alternativas

49. Para un sector de la doctrina alemana, destacando a MANKOWSKI, esta interpretación tan restrictiva y negativa para la obligación de tipo extracontractual sobre todo de los términos construidos desde la obligación de tipo contractual: “obligación libremente asumida por las partes” y “todo lo demás, será una obligación de tipo extracontractual” es lo que nos trae los problemas prácticos en la operación de calificación⁷⁰⁸.

ASENSIO, “Responsabilidad de administradores sociales: cuestiones de competencia judicial”, 15/09/2015, disponible en: <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es/2015/09/responsabilidad-de-administradores.html>; A. NUYTS, “Suing At the Place of Infringement: The Application of Article 5(3) of Regulation 44/2001 to IP Matters and Internet Disputes”, en A. NUYTS (ed.), *International Litigation in Intellectual Property and Information...*, *op.cit.*, pp. 105-130, p. 107.

⁷⁰⁷ Sobre estos elementos (positivo y negativo) en *Brogssitterse* ponen de relieve con bastante claridad, párrafo 25 de la STJUE: “Este será el caso, *a priori*, si la interpretación del contrato que une al demandado con el demandante resulta indispensable para determinar la licitud o, por el contrario, la ilicitud del comportamiento imputado al primero por el segundo”; hay que encontrar tanto el elemento positivo como el elemento negativo. El elemento positivo, que la acción cuestione la responsabilidad del demandado. El elemento negativo que la acción no se pueda calificar como materia contractual. En los casos más complejos, el elemento negativo puede ayudar a esclarecer que, a pesar que entre las partes pudiese existir un contrato, la responsabilidad civil no deriva de esa relación contractual”; con crítica, A. DICKINSON, “Towards an Agreement on the Concept of ‘Contract’ in...”, *loc.cit.*, p. 470; W. T. DORNIS, “Von Kalfelis zu Brogssitter-Künftig enge Grenzen der Annexkompetenz im europäischen Vertrags- und Deliktsgerichtsstand”, *GPR*, n°6, 2014, pp. 352, 354; J. SUDEROW, “Acciones derivadas de ilícitos *antitrust*: el foro especial de la obligación extracontractual después de la sentencia CDC Hydrogen Peroxide (*Private antitrust actions: Special tort jurisdiction after the decision CDC Hydrogen Peroxide*)”, *CDT*, vol. 8, n°2, oct. 2016, pp. 306-329.

⁷⁰⁸ No sólo restrictiva sino que se ha valorado de forma crítica por ser “excesivamente” amplia, M. PERTEGÁS, “The Notion of Contractual Obligation in Brussels I and Rome I”, en J. MEEUSEN M. PERTEGÁS/G. STRAETMANS (eds.), *Enforcement of International Contracts in the European Union*, Antwerp/Oxford/New York, Intersentia, 2004, pp. 175-190, p. 184; A. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, *Litigios transfronterizos sobre derechos de propiedad industrial...*

50. El riesgo se manifiesta porque el hecho de que el tribunal nacional del foro donde se ha desestimado la demanda que tenía de base una obligación contractual, no comporta que la misma, se deba entender de forma inmediata como una obligación de tipo extracontractual bajo los parámetros del RBI *bis*⁷⁰⁹. ¿Es suficiente entonces que se localice un solo elemento (el elemento positivo/o el negativo) para considerar que la conducta que incumple la obligación, presuntamente, contractual, a la luz del foro de la obligación contractual?⁷¹⁰.

51. Otro sector doctrinal considera que los problemas vienen dados de la mano de la falta de un verdadero Derecho privado patrimonial europeo. SÁNCHEZ LORENZO, por ejemplo, considera que la jurisprudencia del TJUE no está partiendo de los parámetros adecuados y como consecuencia no soluciona el problema de la calificación en materia de CJI por estar errada en la forma de realizarlo⁷¹¹.

op.cit., p. 98; R. ARENAS GARCÍA, “La distinción entre obligaciones contractuales y extracontractuales en los instrumentos comunitarios de...”, *loc.cit.* pp. 422-424; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho internacional privado...*, *op.cit.*, pp. 118-119; A. P. ABARCA JUNCO (dir.) *et. al.*, *Derecho internacional privado*, Madrid, UNED, 2013.

⁷⁰⁹S. SÁNCHEZ LORENZO, “La delimitation entre matière contractuelle et matière délictuelle dans l’espace judiciaire européen: a propos de l’affaire Brogsitter”, *JDI Clunet*, vol. 4, 2016, pp. 471-478; asunto *Kolassa*, en donde el TJUE llega a la siguiente conclusión: “la mera circunstancia de que una de las partes contratantes entable una acción de responsabilidad civil contra la otra no basta para considerar que tal acción esté comprendida en la materia contractual en el sentido de dicho artículo. A este respecto, el comportamiento imputado puede considerarse como un incumplimiento de las obligaciones contractuales si la interpretación del contrato que une al demandado con el demandante resulta **indispensable** para determinar la licitud o, por el contrario, la ilicitud del comportamiento imputado al primero por el segundo” (el resaltado es del texto).

⁷¹⁰*Vid.* R. GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, “Responsabilidad extracontractual y contractual...”, *loc.cit.*, p. 207. De su análisis de la jurisprudencia española se desprende que, también nuestro Alto Tribunal ha entendido que cuándo ambas responsabilidades se puedan solapar en un supuesto de hecho. Sin embargo, en línea con lo establecido por el TJUE, el TS español también considera y de acuerdo a los principios del Derecho patrimonial español, que la responsabilidad contractual tendrá preferencia sobre la responsabilidad extra contractual; y también sobre las dudas que puedan existir en referencia a si una infracción de las normas de competencia desleal puede ser una infracción contractual, o no, aunque haya mediado un contrato entre las partes, SAP 161/2013, de 22 de abril, FJ2º, pto. 9º ; J. ALFARO ÁGUILA REAL, “Incumplimiento de un pacto de no competencia en un contrato de compraventa de empresa: no es competencia desleal”, 2011, disponible en (último acceso: 26/02/2016): <http://derechomercantilesmana.blogspot.com.es/2011/09/incumplimiento-de-un-pacto-de-no.html> ; J. MASSAGUER FUENTES/ F. PALAU, “Informe sobre el régimen jurídico de las prácticas comerciales en España, con especial atención a los aspectos considerados en la Comunicación de la Comisión de seguimiento del Libro Verde sobre la protección de los consumidores...”, *cit.*, p. 12, como advierten los autores, supone delimitar bien la conducta (sobre todo en supuestos de violación o revelación de secretos comerciales y empresariales) para saber si la deslealtad surge de la violación de una obligación contractual o surgió de una situación que en puridad, es extracontractual.

⁷¹¹*Vid.* E. LEIN/A. DICKINSON, *The Brussels I Regulation Recast...*, *op.cit.*, p. 138: “The principle of autonomous interpretation, if literally understood, would appear to exclude

Para el autor los problemas aparecen, por ejemplo, si no se tiene en cuenta que tanto la responsabilidad civil derivada de delito como la derivada de ilícito civil (v.gr.: la negligencia) tienen una función resarcitoria diferenciándose así la obligación nacida de contrato de la que no lo es⁷¹².

52. Posible solución doctrinal para los problemas de calificación entre la materia contractual y extracontractual en la aplicación del RBI bis. Este sector doctrinal considera entonces que es conveniente resolver estas cuestiones mediante los “principios generales del Derecho”, teniendo en cuenta que el mismo TJUE está partiendo de estos en su interpretación de los conceptos europeos dados por el legislador europeo en estos instrumentos de DIPr.

Principios generales comunes en todos los EM⁷¹³, v.gr.: “la accesorio sigue a lo principal” o *lex specialis derogat lex generalis*⁷¹⁴. Así, establece que se evitarían “aporías interpretativas” donde no las hay y se facilitaría la tarea de calificación de la obligación a efectos de determinar sobre todo la CJI de conformidad con el RBI bis sin atender a la calificación *ex lege fori* o *ex lege causae* tampoco.

53. Otros autores, al margen de la exclusión que el TJUE realiza sobre la calificación *ex lege fori* o la calificación *ex lege* consideran que lo adecuado sería poder decantarse por una calificación *ex lege causae*.

54. Nota importante: evitar las estrategias procesales y la carrera a los tribunales (race to the Courts). No obstante, esta solución podría fomentar las estrategias procesales de las partes buscando siempre el foro donde el Derecho las favoreciese, siendo por ello, no apta para el objetivo de las normas de CJI y LA del mercado interior europeo⁷¹⁵.

c. Calificación especial de la obligación de tipo precontractual en el DIPr europeo para los ilícitos concurrenciales de tipo desleal

completely any arguments drawn from comparative law. However, neither the Regulation nor the Convention was created in a vacuum”.

⁷¹²Cf. J. C. FERNÁNDEZ ROZAS/S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado...*, op.cit., p. 602.

⁷¹³Vid. M. VIRGÓS SORIANO/ F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional...*, op.cit., p. 89; U. MAGNUS, “Introduction”, en U. MAGNUS / P. MANKOWSKI, *Brussels I Regulation...*, op.cit., pp. 4-44, pp. 31-39; en relación al nuevo RBI bis, E. LEIN/A. DICKINSON, *The Brussels I Regulation Recast...*, op.cit., p. 19; C. ESPLUGUES MOTA, “Normas de competencia judicial internacional en materia de propiedad intelectual” en, E. FERNÁNDEZ MASÍA et al., *Los derechos de propiedad intelectual en la nueva sociedad de información: perspectivas de derecho civil, procesal, penal e internacional privado*, Granada, Comares, 1998, pp. 191-246, p. 215.

⁷¹⁴S. SANCHEZ LORENZO, “La délimitation entre matière contractuelle et matière délictuelle...”, loc.cit., p. 478: “L’application du principe “accessoire suit le principal” servirait souvent à résoudre cette absurdité (...)”.

⁷¹⁵Vid. A. CEBRIÁN SALVAT, “Estrategia procesal y litigación internacional en la Unión Europea...”, loc.cit., esp. p. 329.

55. Algo parecido sucede también en el ámbito de las obligaciones de tipo precontractual, que se empieza a manifestar desde el asunto *Tacconi*⁷¹⁶.

Para ciertos ordenamientos jurídicos, como el ordenamiento jurídico alemán, las obligaciones de tipo precontractual se ven contenidas en el ámbito de la responsabilidad contractual, al contrario que, para ordenamientos jurídicos como el español, que las consideran parte de las obligaciones de tipo extracontractual.

56. El TJUE considera por tanto que el legislador europeo en los RR I y RRII⁷¹⁷, ha querido otorgar a la responsabilidad precontractual o *culpa in contrahendo* la categoría de obligación de tipo extracontractual con independencia de cómo se califica en los ordenamientos internos de los EM, siguiendo precisamente como se trata en el Derecho de obligaciones y contratos de la mayor parte de los mismos.

B. El problema de la calificación extrapolada a supuestos de competencia desleal transfronteriza

a. Asunto *Brogstetter*

57. En materia de competencia desleal transfronteriza, se destaca, el casi reciente asunto *BROGSITTER*⁷¹⁸, para entender la problemática en cuestiones de competencia desleal transfronteriza

58. Se desprende del asunto que determinadas acciones por competencia desleal (ámbito del Derecho nacional del tribunal del Estado donde se demanda-*lex fori*) pueden dar lugar a conductas relacionadas con un contrato (ámbito de un

⁷¹⁶Asunto *Tacconi*, (C-334/00).

⁷¹⁷R. ARENAS GARCÍA, “La distinción entre obligaciones contractuales y extracontractuales en los instrumentos comunitarios de ...”, *loc.cit.*, p. 415.

⁷¹⁸Sobre el asunto *Brogstetter*, de forma crítica, A. DICKINSON, “Towards an agreement on the concept of “contract” in EU private international law”, *Lloyd’s Maritime and Commercial Law Quarterly*, 2014, pp. 466-474: “The decision in *Brogstetter* does very little to advance our understanding of the limits of the Brussels I Regulation (...)”; p. 471: “Unashamedly naked, the reasoning in *Brogstetter* is lacking both in precision and internal consistency”. El autor además de poner de relieve como todos los autores que han comentado el asunto, que el hecho que este asunto se haya presentado sin Conclusiones de AG, haya dejado todavía en peor situación lo establecido por el TJUE en el asunto. De forma general y la determinación de los elementos de la acción en obligaciones de tipo extracontractual frente a las obligaciones de tipo contractual, M.A. CEBRIÁN SALVAT, “Estrategia procesal y litigación internacional en la Unión Europea: Distinción entre materia contractual y extracontractual”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, nº 2, 2014, pp. 315-329, p. 323

Reglamento de carácter supranacional sobre CJI), estableciéndose una tensión entre ambas calificaciones⁷¹⁹.

El asunto nos muestra las diferencias en el ámbito del derecho sustantivo de competencia desleal en relación a los ilícitos concurrenciales desleales de tipo *B2B* en los EM (dirigidos hacia la órbita de intereses del competidor)⁷²⁰, más en como se regulan este tipo de contratos de distribución exclusiva en el Derecho interno.

59. La obligación emanaba de forma principal, de un contrato de distribución exclusiva entre las partes con “cláusula o pacto de no competencia”. No obstante, en la reconvención, los demandados alegaron que la conducta que se reprochaba no estaba de ningún modo relacionada con las obligaciones que emanaban del contrato de distribución exclusiva sino de actos de competencia desleal, siendo este el detonante de la cuestión prejudicial que el tribunal solicitó al TJUE⁷²¹.

60. La cuestión prejudicial versó acerca de si aún existiendo un contrato entre las partes (una obligación libremente asumida por las partes), había que estar a la calificación establecida por el Derecho alemán (puesto que se entabló la demanda ante los tribunales de este Estado-foro de la obligación extracontractual) o la consideración de lo establecido en el Derecho francés que incluye la ruptura de estos pactos de exclusiva y no competencia, como obligaciones nacidas de contrato (foro de la obligación contractual)⁷²².

⁷¹⁹Párrafo 16, asunto *Brogstetter*(C-548/12); T. BAUERMANN, *Der Anknüpfungsgegenstand im europäischen Internationalen Lauterkeitsrecht...*, *op.cit.*, pp. 238-249

⁷²⁰ *Vid.* P. TORREMANS/ J. J. FAWCETT, *Intellectual Property and Private International...*, *op.cit.*, p.490: “One matter that needs to be re-examined is the application of Article 5.3 of the Brussels I Regulation and Lugano Convention in an action for unfair competition”. “It is impossible to provide a single definition for this place because of the way in which the concept of unfair competition encompasses a number of very different acts”.

⁷²¹ Asunto *Brogstetter* (C-548/12), párrafo 11.

⁷²²*Vid.* P. A. DE MIGUEL ASENSIO: “Acciones de competencia desleal: delimitación entre materia contractual y extracontractual en el Reglamento Bruselas I”, disponible en: <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es/2014/03/acciones-de-competencia-desleal.html>; C. I. CORDERO ÁLVAREZ, “Competencia judicial internacional: competencia desleal...”, *loc.cit.*, p. 251: “La evaluación de la naturaleza de la responsabilidad civil que se reclama en este tipo de supuestos resulta determinante a la hora de establecer dónde ejercitar dichas acciones cuando se trate de litigios transfronterizos”; El hecho que la acción derive de un contrato que vincula a las partes no es suficiente para tener a dicho vínculo cómo contractual (asunto *Brogstetter*, párrafo 23). Es necesario precisar el alcance del comportamiento por el que se demanda. Esto es, si este comportamiento es el que ha provocado la ilicitud. El problema estaba en el presente asunto en que, bajo las normas del Derecho alemán, se consideraban incluidas las acciones en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual de la competencia desleal. Pero, bajo las normas del RBI se consideraba que la

61. El Derecho alemán de competencia desleal considera al igual que el Derecho contra la competencia desleal español (con excepciones como el contrato con pacto de no competencia con contratos con los trabajadores⁷²³) que las acciones por competencia desleal son, por regla general, acciones de tipo extracontractual. Sin embargo, este aspecto no es relevante para aplicar el foro del RBI *bis*, porque no se sigue lo establecido en la *lex fori* ni la *lex causae*⁷²⁴.

62. El TJUE vuelve a responder, en línea con la jurisprudencia anterior, que si existía entre las partes una obligación libremente asumida (elemento positivo) que sirve de base a la demanda, se debe interponer la demanda ante el foro de obligación de tipo contractual, evitando con ello, la calificación *ex lege fori* o *ex lege causae*⁷²⁵. Con independencia que recaiga en el juez nacional la obligación de determinar a la luz de los hechos si es una obligación de tipo contractual o extracontractual⁷²⁶.

63. Aunque en *Brogstetter*, el TJUE consideró que la responsabilidad civil extracontractual podía incluirse entendida como una infracción derivada de la obligación contractual art. 7.1.a (ex. art. 5.1.a) a efectos de la aplicación del RBI *bis*⁷²⁷.

cuestión debía comprenderse en el ámbito del artículo 5.1, el foro de las obligaciones contractuales. Finalmente, el TJUE falló a favor de ésta afirmación (párrafo 29). Puede verse también el razonamiento que dio el TJUE en el asunto *Kolassa* (párrafo 44).

⁷²³ P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “Acciones de competencia desleal: delimitación entre materia contractual y extracontractual en el Reglamento Bruselas I”, disponible en: <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es/2014/03/acciones-de-competencia-desleal.html>.

⁷²⁴ M.A.CEBRIÁN SALVAT, “Estrategias procesales y litigación internacional en la Unión Europea...”, *loc.cit.*, p. 328.

⁷²⁵ S. SANCHEZ LORENZO, “La delimitación entre matière contractuelle et matière délictuelle dans l’espace...”, *loc.cit.*

⁷²⁶ Tampoco ofrece el TJUE suficientes argumentos para saber a que quiere referirse en el párrafo 26 con la expresión “razonablemente motivada”. Ni bajo que circunstancias “razonable” debe ser entendido por los jueces nacionales. El tribunal del hecho dañoso sólo tendrá CJI si de los hechos se desprende de forma clara, concisa y razonable que no derivan de la obligación contractual entre las partes. Del caso contrario, y en este caso como el de *Brogstetter*, serían competentes los tribunales franceses, dónde se encontraba el lugar que servía de base a la demanda según lo establecido por el RBI. Si, como establecen, DICKINSON (“Towards and agreement on the concept of “contract”...”, *loc.cit.*, p. 473) y SÁNCHEZ LORENZO, (“La délimitation entre matière contractuelle et matière délictuelle...”, *loc.cit.*, pp. 473-474), todo se basa en la interpretación y propósito de un contrato, podría llevar en determinados supuestos a un equívoco.

⁷²⁷ Sobre esta cuestión, de nuevo, A. DICKINSON, “Towards an Agreement on the Concept of “Contract” in...”, p. 469, analiza que los tribunales ingleses han favorecido pero sólo en cuestiones de CJI y en relación al artículo 5.1. RBI (7.1 RBI *bis*) la solución de entender que se puede interponer ante el foro de la obligación contractual ambas reclamaciones (contractual y extracontractual) cuando ambas responsabilidades estén estrechamente relacionadas. O, lo que es lo mismo, que deriven de los mismos hechos (como sucede en el asunto *Brogstetter*). Del lado contrario, no han hecho lo mismo en el ámbito de la LA.

b. Asunto *Granarolo*

64. En el asunto *GRANAROLO*, un asunto relativo a un contrato “tácito” de distribución comercial exclusiva, la AG sra. Kokott y, de forma posterior en su sentencia, -el TJUE-, destacaron de nuevo “cuales son o deben ser” los elementos relevantes que se desprenden de la redacción del foro de la obligación de tipo contractual, y del foro de la obligación de tipo extracontractual⁷²⁸.

65. En el asunto mediaba una relación comercial de 25 años entre una empresa italiana y otra francesa, una relación contractual que no sólo gozaba de la *stipulatio verbis* pero no de un contrato expreso. La empresa francesa era el distribuidor en exclusiva de los productos de la italiana en Francia. El problema fue que la empresa italiana decidió rescindir, de forma repentina y sin previo aviso, la relación comercial con la empresa francesa siendo la empresa francesa quién demanda a la empresa italiana ante los tribunales franceses⁷²⁹.

66. El problema para los tribunales franceses nació en la valoración de relación de tipo para activar el foro de la obligación contractual, en cuanto como se ha establecido en el párrafo anterior, no se contaba ni con un contrato marco ni existía ninguna “cláusula de exclusividad” que pudiese probar la relación contractual entre ambas empresas. Fue entonces que la *Cour d'Appel* de París⁷³⁰, decidió suspender el procedimiento y enviar una cuestión prejudicial al TJUE preguntando si, como en el asunto *Brogstetter* cabía la interposición de acciones de indemnización ante el foro de la responsabilidad extracontractual o ante el foro de la presunta obligación contractual bajo los parámetros del RBI *bis*, puesto que según el Derecho francés, este tipo de rupturas son de tipo contractual⁷³¹.

⁷²⁸ Conclusiones de la AG sra. J. KOKKOT en el asunto C- 196/15 (*Granarolo Spa*); y el asunto *Granarolo SpA* (C-196/15); comentario a la sentencia en I. ANTÓN JUAREZ, “Los retos de la litigación transnacional en la Unión Europea: ¿se ha extendido demasiado la “noción de materia contractual en el Reglamento Bruselas I?””, *CDT*, mar. 2018, vol. 10, nº1, pp. 525-553

⁷²⁹ Información sobre el asunto en, *Actu n°7*, “Rupture brutelle des relations comércieles intra UE”, disponible en: <http://www.1897avocats.fr/actualites-droit-affaires/33-actu-n7-rupture-brutale-des-relations-commerciales-intra-ue.html> ; N. KOUCHNIR/E. CAMILLÉRI, “Cómptence jurisdictionelle en matiére de rupture brutelle de relations commerciales établies: détermination de la responsabilité engagée par l’auteur de la rupture en droit international privé”, *Revue Lamy de la concurrence*, nº53, sep. 2016, pp. 44-48.

⁷³⁰ Auto nº 14/17985, enviando la cuestión prejudicial del Tribunal de apelación de París, *Cour d'appel Paris, Chambre 1* de 7 de abril del 2015: disponible un comentario en: <https://www.legavox.fr/blog/lajurisprudence/action-pour-rupture-relations-commerciales-19041.htm>

⁷³¹ *Ibid.* (KOUCHNIR/CAMILLÉRI) pp. 44-45, de acuerdo al art. L-442-6 I 5° *Code de commerce* francés; I. ANTÓN JUÁREZ, “Los retos de la litigación internacional...”, *loc.cit.*, p. 527 y p. 529.

En las conclusiones de la AG sra. Kokkot se responde de forma afirmativa y compara la situación y el objeto del litigio con el asunto *Brogstetter*.

67. La aportación que realiza la AG Kokkot se encuentra en el análisis de las acciones de indemnización en relaciones de tipo comercial como son los contratos de concesión y suministro pero sin ningún tipo de contrato marco que avale una relación contractual entre las partes.

68. Del párrafo 21 de sus conclusiones se entiende que de forma hipotética, y en supuestos de ausencia de contrato escrito sólo podría considerarse materia contractual a efectos del RBI *bis* si quien ha interrumpido la relación contractual adujese eventuales incumplimientos contractuales a raíz de la relación contractual que justifiquen de esta forma, la ruptura de relaciones comerciales y eludir su deber indemnizatorio, con el paso de los años de relación comercial⁷³². Son, de esta forma, los parámetros para a el RBI *bis*, al margen de cómo se califiquen en el Derecho del foro o material aplicable al asunto, de nuevo entendiendo que es el juez del foro quien debe valorar a efectos de la aplicación del instrumento de CJI europeo si existió o no, con estos parámetros una relación de tipo contractual y que tipo de acciones caben ante el mismo foro. *Mutatis mutandis*, para el juez o tribunal del foro de la obligación extracontractual.

c. Asunto *Systran*

69. Otro asunto que aporta aspectos a las cuestiones problemáticas de calificación entre la consideración de obligación contractual u extracontractual y que fue interpuesto ante el Tribunal General (en lo sucesivo, TG), es el asunto *SYSTRAN*⁷³³. El asunto puede ser considerado un supuesto de ilícito concurrencial desleal de tipo *B2B*, en cuanto se refiere a la infracción de información confidencial o *know how* transmitida mediante contratos de colaboración.

i. Hechos litigiosos

⁷³²*Vid.* Párrafo 21 (Conclusiones C-196/15). Añade que aunque se ejerciera de por vía de excepción procesal no altera la naturaleza del derecho indemnizatorio ni lo convertiría en derecho contractual.

⁷³³ STJUE C-103/11-P; puede verse un comentario a este asunto en, <http://www.out-law.com/en/articles/2013/april/systran-case-provides-guidance-on-when-disputes-can-be-characterised-as-contractual-or-not-says-expert/>; desde la misma página de *Systran*, <http://www.systran.es/systran/noticias-y-eventos/nota-de-prensa/systran-prevails-in-lawsuit-versus-european-commission>; en *Systran*, no siendo un asunto de DIPr puro y duro porque se ponen de relieve aspectos del Derecho público de la UE, si se recuerda la jurisprudencia en cuestiones de DIPr sobre la calificación de contractual o extracontractual.

70. Los hechos litigiosos se dirimieron entre el grupo *Systran* y *Systran* Luxemburgo y la Comisión Europea como contratante de los servicios de ambas empresas.

71. Ambas compañías demandan por presunta violación de sus DPI (transferencia de *know how*) sobre el programa de traducción instantánea a la Comisión Europea. Alegaban que la Comisión había transmitido a un tercero (*Gosselies*) sin la autorización de las demandantes el programa de traducción⁷³⁴.

En realidad, así lo hizo en el año 2003, cuando la Comisión Europea licitó dos de los diez lotes del producto *EC-Systran Unix* a *Gosselies* para desarrollar sus programas de traducción.

ii. Su aportación a la cuestión de la calificación de las obligaciones de tipo contractual y extracontractual en el DIPr europeo

72. Lo destacable del litigio para la delimitación entre lo contractual y extracontractual es que el TG recordó lo aplicado en materia de CJI a la calificación entre materia contractual y extracontractual, ya que se estableció una disputa entre la Comisión y los grupos de empresas de *Systran*, en relación al origen contractual o extracontractual del litigio⁷³⁵.

73. El TG consideró que existía prueba clara que las demandadas tenían derechos de autor sobre este sistema de traducción (cuestión que la Comisión negaba). Determina que las demandantes tras haber probado en los autos su derecho su autoría y *know how* sobre el sistema de traducción existía un contrato en el que se transmitía dicho *know how* y derechos de autor⁷³⁶.

Lo que sucedió es que establecieron su demanda en base la infracción de tipo extracontractual, reclamando daños y perjuicios de tipo extracontractual contra las acciones de la Comisión que eran de tipo contractual, considerando que las

⁷³⁴ El párrafo 9 del asunto *Systran*, establece que la Comisión celebró cuatro contratos con *Systran Luxemburgo* por los cuales, la versión *EC-Systran Mainframe* para que la Comisión pudiese usar este nombre al producto que desarrolló con un operador externo. En el párrafo 10, el primer contrato de migración en 1993, establece que *Systran* dio su consentimiento a la Comisión para que usara tanto la marca *SYSTRAN* como los productos *Systran* con entornos Unix y/o Windows para sus necesidades internas.

⁷³⁵ La sentencia recurrida declaró la inadmisibilidad de las pretensiones que estaban dirigidas a que la Comisión indemnizase a las empresas demandantes por el fundamento contractual de la demanda.

⁷³⁶ *Vid.* párrafos 22, 23 en relación al 54 del asunto. En el párrafo 26 el Tribunal General establece su falta de competencia para pronunciarse sobre un asunto de vulneración de derechos de propiedad intelectual así como de infracción del *know-how* para calificar el comportamiento de la Comisión, ilícito en un recurso de responsabilidad extracontractual. De forma posterior, el TJUE dijo finalmente que el Tribunal General, no tenía competencia para conocer de este asunto

mismas empresas habían infringido su obligación contractual, y por este hecho, se consideraba por la Comisión que tenía derecho a transmitir dicho *know how* en licitación pública a terceras empresas⁷³⁷.

74. Pues bien, la Comisión contestó en el recurso que, la naturaleza de una alegación no es el factor decisivo en la determinación de la competencia de los órganos jurisdiccionales comunitarios, pero el TG determinó lo contrario. Esto es, que sí era realmente relevante determinar la naturaleza jurídica del litigio y por tanto también para determinar el foro e incluso el tipo de reclamación pertinente, a la luz del Derecho europeo.

2. *Coherencia entre el “forum-ius” trasladada a la institución de la competencia desleal a la luz de la calificación del legislador europeo en la materia*

75. Este problema se trae a colación en cuanto a poder valorar el uso del criterio que existe en materia de ley aplicable para los litigios de competencia desleal transfronteriza para las cuestiones de CJI, considerando entonces lo que se conoce como la benéfica coincidencia entre el *forum ius*⁷³⁸.

Con independencia que, si bien es cierto que la función de las normas de conflicto y de las normas de CJI es diferente y no deben confundirse⁷³⁹.

⁷³⁷ El TG recuerda en sus puntos 56 *et seq.*, que, si se establece la responsabilidad contractual contra una Institución de la UE, los tribunales nacionales serán competentes. Ya que, en estos supuestos no existe ninguna disposición del TCE que atribuya competencia ni al TJUE ni el Tribunal General. Del lado contrario, sí que tienen competencia para conocer de los litigios de responsabilidad extracontractual el TJUE y el Tribunal General, como así dispone el art. 288 del TCE.

⁷³⁸ Y, según el Considerando 7º del RRII; J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, “Las relaciones entre *forum* y *ius* en el Derecho internacional privado. Caracterización y dimensiones del problema”, *ADI*, vol. IV, 1977-78, pp. 89-95; *id.* “Les liens entre la compétence judiciaire et las compétence législative en Droit international privé...”, *loc.cit.*; nos define el recurso del *forum legis* como una solución posible derivada del uso de la norma de conflicto para determinar las conexiones en materia de CJI. Creando de esta forma una dependencia entre la norma de conflicto y el foro de CJI; J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Sobre el contenido del Derecho internacional privado”, *REDI*, vol. XXXVIII, 1986, pp. 69-108, p. 31; E. LEIN / A. DICKINSON, *The Brussels Regulation Recast...*, *op.cit.*, p. 158; sobre las relaciones entre el *forum* y el *ius*; J. M. ESPINAR VICENTE, *Tratado elemental de Derecho internacional ...*, *op.cit.*, p.182; E. LEIN/ A. DICKINSON, *The Brussels I Regulation Recast...*, *op.cit.*, p. 163; de acuerdo con lo establecido en el RRII para asuntos de competencia, esta coincidencia entre *forum ius* se da, J. VON HEIN, “Protecting Victims of Cross-Border Torts...”, *loc.cit.*, p. 249; E. COUREAULT, *La concurrence déloyale en droit international privé...*, *op.cit.*, p. 86; “*La résolution du conflit de lois n’est donc pas indépendante du for saisi, et il existe un lien entre la compétence judiciaire et la compétence législative*»; C. OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, “El alcance extraterritorial del Derecho de la competencia...”, *loc.cit.*, p. 50

⁷³⁹ T. KADNER GRAZIANO, *La responsabilité délictuelle en droit international privé...*, *op.cit.*; A. FONT SEGURA, *La protección internacional del secreto comercial...*, *op.cit.*, pp. 326-332.

Se analiza este asunto, en cuanto a las críticas dirigidas a que el RBI *bis* y los conceptos que contiene sobre obligación de tipo extracontractual, el lugar del daño y daños difiere bastante al establecido en el RRII para situaciones de ley aplicable⁷⁴⁰.

76. En el ámbito del RRII el concepto “daños” incluido en su artículo 2 (incluyendo como está en el ámbito material del RRII, los daños producidos por un acto o práctica comercial desleal) es más amplio que el incluido en el RBI *bis* para cuestiones de CJI⁷⁴¹. La aproximación haría que existiese mayor coherencia, teniendo en cuenta el RRII se constituye como una especialización en materia de obligaciones extracontractuales.

77. Dirigir la respuesta en clave de resultado (cuándo así sea debido, atendiendo a las diferencias entre la CJI y LA⁷⁴²) obteniendo la tan deseada coherencia que los mismos instrumentos RBI/RR I y II preconizan en sus Considerandos⁷⁴³, podría ser una solución que liberaría de algunos de estos problemas interpretativos, aunque hay algunos autores como BASEDOW que lo ven irrelevante⁷⁴⁴.

⁷⁴⁰ *Ibid.* (VITELLINO) p. 454: “ (...) *the sake of consistency of EU Private international law does not imply that, applicable law purposes, the autonomous notions contained in Rome I and II Regulations have always to be interpreted in accordance with the solutions adopted by the ECJ in the different framework of jurisdictional rules in Brussels I*”.

⁷⁴¹ Este concepto se aleja del concepto que ya estableció el TJUE desde el asunto *Kalfelis* y fue analizado en el ámbito de la CJI, A. DICKINSON, *The Rome II Regulation...*, *op.cit.*, p. 121; sobre el concepto daño directo, así por ejemplo, en el asunto *Lazar* (C-350/14); como en los ilícitos *B2B* pueda aplicarse el art. 4. Recordando a su vez el TJUE que debe ser interpretado de forma autónoma, pto. 21; P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “El régimen comunitario relativo a la ley aplicable...”, *loc.cit.*, p. 21; *id* “The Private International Law of Intellectual Property...”, *loc.cit.*, en S. LEIBL/A. OHLY (eds.), *Intellectual Property and Private International...*, *op.cit.*, p. 15 (versión ucmprints); *id*. “La *lex loci protectionis* tras el Reglamento Roma II”, *AEDIPr*, t. VII, 2007, pp. 375-406.

⁷⁴² *Vid.* aunque como interpretación del sistema de cji autónomo, A. FONT SEGURA, *La protección internacional...*, *op.cit.*, p. 153, y de forma específica sobre el foro de CJI (art. 22.3 LOPJ) aplicado a cuestiones de competencia desleal considera que no deben interpretarse en clave de resultado *a sensu contrario* de ESPINAR VICENTE y RODRÍGUEZ MATEOS (la última de forma concreta para supuestos por competencia desleal), de la misma forma, ARENAS GARCÍA sostiene que la CJI y la ley aplicable se rigen por principios diferentes, y atribuir competencia a los tribunales españoles sólo cuando el mercado español estuviese afectado comportaría un vacío.

⁷⁴³ *Vid. v. gr.*, G. VITELLINO, *loc.cit. passim*, en A. LUPONE, C. RICCI y ..., *op.cit.*, *passim*, p. 453. A la par que considera que este hecho ha contribuido en mejorar e incrementar la confianza de los consumidores en el comercio transfronterizo.

⁷⁴⁴ *Vid.* H. SHACK, “Kohärenz im europäischen Internationalen...”, *loc.cit.*, en J. VON HEIN/ G. RÜHL, *Kohärenz im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht...*, *op.cit.*, pp. 279-298; E. CRAWFORD/ J. M. CARRUTHERS, “Connection and coherence between and among European Instruments in the Private International Law of Obligations”, *ICLQ*, 2014, pp. 1-29; B. VILÁ COSTA, “How to Apply Articles 5(1) and Article 5(3) Brussels I Regulation to Private Enforcement...”, *loc.cit.*, en J. BASEDOW/L. IDOT/S. FRANCO, *International Antitrust*

78. Conclusión parcial. La falta de un concepto europeo de competencia desleal que pueda facilitar esta calificación, sobre todo, en sede de CJI, y en ley aplicable⁷⁴⁵, ha hecho problemática la calificación de la disciplina en los instrumentos del DIPr europeo.

Litigation..., *op.cit.*, pp. 28-29, no muy de acuerdo en que exista total coherencia para que el sistema de normas de DIPr patrimonial funcione bien; T. BAUERMANN, *Der Anknüpfungsgegenstand im europäischen Internationalen Lauterkeitsrecht...*, *op.cit.*

⁷⁴⁵*Vid.* también, *infra* Capítulo V, en cuestiones de ley aplicable donde se analiza la problemática de la falta de concepto europeo de competencia desleal en sede de ley aplicable y las diferentes soluciones ofrecidas, de momento, por la doctrina del DIPr y los problemas en litigios transfronterizos de competencia desleal

CAPITULO IV

DETERMINACIÓN DE LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN LITIGIOS DE COMPETENCIA DESLEAL TRANSFRONTERIZA

SECCIÓN I.-COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN EL ÁMBITO DEL DERECHO PROCESAL CIVIL INTERNACIONAL EUROPEO

I. Aspectos previos a la elección de tribunales competentes

1. *Ámbito de aplicación material*

A. Naturaleza civil o mercantil de los litigios por competencia desleal transfronteriza

1. Los litigios de competencia desleal transfronteriza se incluyen en el ámbito material del RBI *bis*⁷⁴⁶/CL 2007⁷⁴⁷, como materia civil y mercantil⁷⁴⁸, por ser considerados estos actos y prácticas comerciales como obligaciones de naturaleza extracontractual⁷⁴⁹. Aunque contamos con excepciones a su posible naturaleza civil o mercantil⁷⁵⁰.

2. **Nota:** La naturaleza civil o mercantil del asunto se observa generalmente de la relación jurídica de las partes en el litigio + el objeto y naturaleza la infracción contra la competencia desleal como un conjunto de datos a valorar y no por separado⁷⁵¹.

Como estas normas del Derecho de la competencia protegen y tutelan el buen funcionamiento de las transacciones comerciales en el mercado interior⁷⁵², no tendría

⁷⁴⁶DOUE L 351/1 20/12/2012, en vigor desde el 10 de enero de 2015, art. 81 del RBI *bis*

⁷⁴⁷DOUE L 339/3 21/12/2007, que sustituye al CL 1988, art. 69.6.

⁷⁴⁸ Esta cuestión es pacífica en la doctrina y no existen mayores problemas de interpretación, por lo que no nos detendremos en una explicación exhausta; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “La competencia judicial para adoptar medidas cautelares: el caso IBERDROLA vs. EDF”, *RCyD*, nº3, sección práctica, julio-diciembre 2008, pp. 147-156;

⁷⁴⁹*Vid.* A propósito de la labor jurisprudencial del TJUE con relación al concepto “materia civil o mercantil”; asunto *Schneider* (C-386/12), pto. 18; E. LEIN/A. DICKINSON, *The Brussels I Regulation Recast...*, *op.cit.*, p. 19; De forma reciente y en relación a cuestiones del Derecho de competencia, en el asunto *flyLAL-Lithuanian Airlines* (C-302/13) y Conclusiones del AG Kokkot, apartados 20, 21, 22 y 23; A. FONT SEGURA, *La protección internacional del secreto...*, p.155-157; M. DESANTES REAL, *La Competencia judicial en...*, pp. 79-97, pp. 79-81; Conclusiones del AG sr. Wahl, en el reciente asunto *Gazdasági c. Siemens*, (C-102/15), párr. 28 y siguientes.

⁷⁵⁰*Vid.* A. FONT SEGURA, *La protección internacional...*, *op.cit.*, pp. 155-156.

⁷⁵¹Conclusiones del AG sr. Wahl (C-102/15), párr.33.

⁷⁵²*Cf.* A. FONT SEGURA, *op.cit. passim*, p. 161; artículo 3 TUE y Protocolo 27 TFUE; Cualquier materia relacionada con la competencia desleal tiene a su vez, relación con el buen funcionamiento del mercado interior.

ningún sentido o lógica atendiendo a las tradiciones jurídicas de los EM excluirlas del ámbito de aplicación del RBI *bis*⁷⁵³. Se debe tener en cuenta que para algunos ordenamientos jurídicos, las acciones por competencia desleal no solo tienen carácter civil sino que permiten interponer acciones de tipo penal⁷⁵⁴, y a efectos de aplicar el RBI *bis*, se debe permitir por el ordenamiento jurídico que permite las acciones penales poder acumular las acciones de tipo civil.

B. Supuestos problemáticos e híbridos: empresas de capital público

3. Los supuestos problemáticos se presentan cuando una de las empresas tiene capital público o su participación es mayoritariamente pública⁷⁵⁵.

Lo que viene a decir que siguiendo una clásica distinción entre los conceptos de ámbito de Derecho público y el ámbito de Derecho privado (en la tradición jurídica del *continental law*) el RBI *bis* no se aplicará cuando las partes en el litigio sean un particular y una empresa estatal, cuando esté actuando revestida de poder público o en ejercicio de sus facultades como representante de una Administración o Estado.

4. No obstante, caben más precisiones sobre el concepto de empresa pública y la competencia desleal.

Cuestión particular. Que una empresa cuente con capital público no significa *a priori* que el Estado donde se ha formado dicha empresa, ejerza a través de ella su poder público⁷⁵⁶, será entonces cuestión clave para poder entender que el pleito tenga una naturaleza civil o mercantil y así poder aplicar el RBI *bis*.

⁷⁵³Sobre las acciones privadas contra infracciones al Derecho de la competencia y su carácter civil o mercantil teniendo cabida en el ámbito de aplicación del RBI *bis* y CL 2007, M. DANOVA, “EU Competition Law Enforcement: is Brussels I Suited to Dealing...”, *loc.cit.*, p. 31; R. DI BROZOLO, “Antitrust Claims: Why Exclude Them from The Hague Jurisdiction and Judgment Convention?”, *Global Jurist Advances*, vol. 4, nº 2, 2004, pp.1-18, p. 5.

⁷⁵⁴*Vid.* B. HESS, T. PFEIFFER/ P. SCHLOSSER, “Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States”, *Institut für Ausländisches und Internationales Privat- und Wirtschaftsrecht*, Study JLS/C4/2005/03, 2007, p.37, así por ejemplo sucedió en un asunto en Alemania sobre apuestas *on line* (*lotto gambling*) contra varios demandados (de Austria y Chipre) y un demandante dueño de la empresa de apuestas, alemán que les demanda, en principio por una infracción administrativa puesto que alegaba que los demandados habían violado la concesión y por lo tanto, artículos 3 y 8 *UWG* alemana.

⁷⁵⁵*Ibid* (FONT SEGURA), p. 158.

⁷⁵⁶*Ibid* (FONT SEGURA); sin embargo, el autor considera que es necesario establecer un análisis “casuístico”. Por ejemplo, en la medida que el robo del secreto empresarial por empresa de capital público afecte a la seguridad nacional del Estado donde está establecida la empresa propietaria de ese secreto, existirán dudas considerables en la aplicación del RBI *bis*. Analizó el problema en el ámbito del CB 1968 pero como hasta el presente momento esta cuestión no ha variado, puede establecerse la misma afirmación para los actuales instrumentos jurídicos (RBI *bis* y CL 2007). El tipo de servicio y las características de la prestación serán determinantes para saber de la naturaleza jurídica o privada de la transacción o la entidad y empresa, un buen ejemplo de ello, son los contratos realizados por una administración pública que tienen consideración de contrato público. La cuestión es más compleja si

2. *Ámbito de aplicación personal: concepto de empresa, empresario-comerciante y consumidores*

5. Para delimitar el ámbito personal de los instrumentos de CJI en estos litigios interesa clarificar los conceptos de empresa, profesional, comerciante y empresario y consumidores, en cuanto a los sujetos que ostentan tanto la legitimidad pasiva y activa para ejercer acciones de tipo doméstico o transfronterizo. Todos estos conceptos citados son también fuente de diversidad en el ámbito del Derecho de la UE. Aquí interesan a efectos de activar el RBI *bis*.

6. Recuerda el TJUE, en su jurisprudencia relativa, que estos conceptos son también considerados conceptos propios del Derecho derivado más que en el mismo ámbito del RBI *bis/CL*⁷⁵⁷. Su importancia será determinante en cuestiones de determinación de foros como el foro del domicilio del demandado-persona jurídica o el foro de la sucursal, en donde se requiere que se actúe en el tráfico jurídico como una “entidad económica” (unidad funcional) que está ofertando bienes y servicios y que es susceptible con su actividad comercial, de realizar actos y prácticas comerciales desleales en un determinado mercado (territorio concreto y localizado).

El TJUE ha considerado además que el concepto de empresa es “funcional”, que define el ejercicio de la actividad económica, debiendo diferenciarse en el ilícito concurrencial *antitrust*⁷⁵⁸ y el ilícito concurrencial de tipo desleal⁷⁵⁹, puesto que existen diferencias en la funcionalidad o dirección del ejercicio de la actividad económica.

quien posee el deber de no revelar secreto es un funcionario de un organismo o entidad pública y cuándo lo hizo estaba ejerciendo y revestido de poder público; C. GONZÁLEZ BEILFUSS, *Nulidad e infracción de patentes en la Comunidad Económica Europea*, Madrid, Eurolex (Colección de Estudios internacionales), 1996; Asunto C-102/15, Conclusiones del AG sr. Wahl, párr. 33.

⁷⁵⁷ *Vid.* apartados 25 y 26 de la Sentencia y apartados 19, 20, 22, 23 24, 25, y 26 de las Conclusiones del AG Bot, especialmente apartado 27: “Conforme al Derecho de la competencia, una entidad pública debe ser considerada como una empresa cuando se acredite que, a través de esa entidad, el Estado ejerce actividades económicas de carácter industrial o comercial que consisten en ofrecer bienes o servicios en un determinado Estado”. El TJUE sólo ha excluido de actividades de empresa las que suponen el ejercicio del poder público y las que persiguen una finalidad reconocida como social, esto es, sin ánimo de lucro ni de competir en el mercado.

⁷⁵⁸ P. POHLMAN, « Zum Unternehmensbegriff im Verbraucherschutzrecht, Wettbewerb und Versicherungsaufsicht ... », *loc.cit.*, en M. WANDT/P. REIFF/ D. LOOSCHERDLERS/W. BAYER (eds.), *Festschrift für Egon Lorenz...*, *op.cit.*, p. 328 ; F.J. SÄCKER, « Gespaltener Unternehmensbegriff im Wettbewerbs- und ... », *loc.cit.*

⁷⁵⁹ Asunto *FENIN/Comisión* (C-205/03), apartado 25: sobre el concepto de empresa en el Derecho de la UE comprendiendo toda entidad que ejerza una actividad económica con independencia del estatuto jurídico de la entidad y su modo de financiación. Así como actividad económica es cualquier actividad enfocada en un mercado determinado de ofrecimiento de bienes y servicios; apartado 26 ofrece una referencia a la escasa relevancia que tiene la calificación de empresa según el Derecho nacional de los EM mientras se pruebe que realizan una actividad industrial o comercial en un mercado) de las Conclusiones AG BOT en el asunto *BBK Mobil Oil*, el AG en este sentido establece que ésta es la mejor manera de entender las empresas de conformidad con lo establecido en los artículos 101 y 102 del TFUE

A. Asunto *Hydrotherm* y el concepto de “empresa” como “unidad económica”

7. En el asunto *Hydrotherm*⁷⁶⁰, el TJUE precisó que el concepto de “empresa”, se refería a una unidad económica desde el punto de vista del objeto del acuerdo de que se trate, aunque, desde el punto de vista jurídico, se puede constituir por varias personas físicas o jurídicas⁷⁶¹.

Los conceptos que emanan de su jurisprudencia para delimitar que existe una empresa son tanto el “criterio de actividad económica” como el concepto de “unidad de decisión en el mercado”⁷⁶².

8. Esta “actividad económica” implicará hacer comercio, esto es, ofrecer bienes y servicios en un mercado concreto del mercado interior a un grupo relevante de consumidores que puedan o hayan resultado afectados por la práctica comercial desleal.

Y este particular se ofrece con independencia del estatuto jurídico de la empresa y de su financiación puesto que comprende empresas de capital privado y capital público. Teniendo por “empresa” cualquier entidad incluso cuando sea pública pero que realice cualquier tipo de actividad económica de tipo industrial o comercial.

9. Dicho lo anterior y aunque estos conceptos son los conceptos de CJI del RBI *bis*/CL, cabe la búsqueda en el ámbito del Derecho derivado de las prácticas comerciales desleales (esto es, la DPCD) en cuanto a los conceptos de empresario y comerciante. Sobre todo para litigios concurrenciales de tipo desleal *B2C*.

10. Lo anterior se precisa en cuanto pueda haber dudas en su determinación, por ejemplo, si estos conceptos se extienden a entidades regidas por el Derecho público que tengan encomendada una actividad de interés general e interactúen con consumidores pudiendo cometer prácticas comerciales desleales *B2C* y por ende ser demandados ante la jurisdicción ordinaria por ello⁷⁶³.

para evitar que los operadores económicos eludan las normas de competencia adoptando un estatuto jurídico “público” que les excluya de su ámbito de aplicación.

⁷⁶⁰Asunto *Hydrotherm* (C-170/83); así como también el asunto más reciente, asunto *BBK Mobil Oil* (C-59/12), pts. 30-33, usando un concepto bastante amplio del término empresa siendo además comerciante y empresario/empresa términos sinónimos;

⁷⁶¹*Vid.* J. GUILLEM CARRAU, *Derecho de la Unión Europea para empresarios*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2012, p. 22.

⁷⁶²*Ibid.*

⁷⁶³Asunto *BKK Mobil Oil c. Wettbewerbeszentrale* (C- 59/12), párr. 32 ; K. JAKOULOFF, “ Les organismes sociaux peuvent se rendre coupables de pratiques...”, *loc.cit. supra*, p. 439.

El concepto de “actividad económica” también incluye para valorar la legitimación pasiva, aquellos actos preparatorios que se hayan podido llevar a cabo en un determinado mercado o no, con la intención de competir en el mismo.

Ejemplo: En el asunto *FRANSA CLOTHING COMPANY, S.L.*⁷⁶⁴, el FJ 2º, en el que estableció que no existía legitimación activa para interponer acciones por competencia desleal si la actora, aunque participe activamente en otros mercados nacionales (por ejemplo, el mercado sueco o francés) no lo hacía de forma directa en el español, ni siquiera mediante actos preparatorios.

En este asunto, a la luz de los hechos y que ni siquiera los actos preparatorios se habían producido en España, no se encontró al mercado español afectado (basaron además sus pretensiones en el criterio de minimis, que contenía la anterior norma de conflicto del art. 4 LCD) y el TS determinó que no existía legitimación activa, cuando la norma de la LCD española exige un *dobles requisito*: que quien pretende accionar la protección, participe en el mercado y que además sus intereses económicos hayan sido afectados en dicho mercado porque el significado general de “que participe en el mercado” abarca tanto a todos los empresarios que llevan a cabo directamente su actividad económica en él como a los consumidores o destinatarios de dicha actividad económica”.

Solución doctrinal: un sector de la doctrina y la jurisprudencia española considera que ante estos problemas, las acciones que se puedan dirigir también contra los trabajadores implicados en el acto o práctica comercial, con el fin de evitar, que el desconocimiento de quién es el “principal” entre ellos, lidere en falta de legitimación pasiva⁷⁶⁵.

B. Asunto *BBK Mobil* y el concepto de “empresario” y “comerciante” en el Derecho de lealtad comercial europeo

11. El asunto *BBK Mobil* se muestra así muy ilustrativo porque además nos dio establece un concepto muy extensivo de empresario que se está teniendo en cuenta incluso en materia *antitrust*, como se muestra a continuación (pero también las entidades que entran en la categoría de comerciante)⁷⁶⁶. *BKK Mobil Oil* actúa como una

⁷⁶⁴ STS Sala de lo Civil, de 20 de enero de 2010, nº 158/2010; también STS, Sala de lo civil, de 20 de julio de 2017, nº 474/2017 (Rec. Diario La Ley, 578/2015), puesto que en el FJ 3º el TS establece que el artículo 33 de la LCD española establece que tiene legitimación activa: “cualquier persona física o jurídica que participe en el mercado, cuyos intereses económicos resulten directamente perjudicados o amenazados por la conducta desleal, está legitimada para el ejercicio de las acciones previstas en el artículo 32.1, 1 a 5”.

⁷⁶⁵ Vid. S. BARONA VILAR, *Competencia desleal. Tutela jurisdiccional...*, op.cit., t. II, pp.1190-1191. Con análisis de la jurisprudencia realizado por la autora, destacamos una SAP de Madrid (2004), en la que se pone de relieve que, en realidad, el artículo destinado a la legitimación pasiva no impone que sean traídos todos los responsables o cooperadores (concepto penal) para juzgarlos de forma conjunta con los actos comerciales desleales. Lo que se dice es que la LCD no lo impone, pero tampoco niega tal posibilidad en caso que fuere necesario invocar un litisconsorcio pasivo (teniendo en cuenta que *lex fori española*, la LEC, sí exige el requisito de conexidad en las pretensiones jurídicas).

⁷⁶⁶ Asunto *BKK Mobil Oil c. Wettbewerbeszentrale* (C- 59/12) y Conclusiones del AG Yves Bot de 4 de julio 2013; K. JAKOULOFF, “Les organismes sociaux peuvent se rendre coupables de pratiques

caja de seguro de enfermedad del régimen legal alemán constituida bajo la forma de corporación/entidad de Derecho público⁷⁶⁷.

12. Fue demandada por una asociación alemana de lucha contra la competencia desleal (*Wettbewerbszentrale*) por información engañosa a los consumidores. El *Bundesgerichtshof* quería interpretación acerca de si en el ámbito subjetivo de la DPCD, el art. 2.b de la DPCD se comprenden también operadores jurídico públicos tales como corporaciones, como tenía la consideración la demandada *BKK Mobil Oil*, puesto que la misma había alegado que no podía ser demandada por prácticas comerciales desleales (por ser una entidad de Derecho público y además, sin ánimo de lucro⁷⁶⁸).

13. El dato relevante era que esta entidad no realizaba actividades económicas propias del comercio sino que perseguía objetivos que, en principio, tenían una función social e informativa con un fin de “interés general”. Con el fin de poder demandarla ante los tribunales por prácticas comerciales desleales por vía de las acciones establecidas en el ámbito de la *UWG*⁷⁶⁹ (ley de CD alemana).

14. Las conclusiones del AG Bot son interesantes a propósito de la jurisprudencia anterior sobre la finalidad que tiene en el ámbito del Derecho de competencia desleal europeo, el concepto de “empresario/profesional/comerciante” a efectos de poder establecer acciones por competencia desleal por vía de la jurisdicción ordinaria contra entidades que tienen consideración de públicas en su Estado de origen tratando de evitar la confusión⁷⁷⁰.

commerciales déloyales. CJUE, 3 oct. 2013, nº C-59/12, *BKK Mobil Oil*, D. 2013.2334”, *RUE*, nº 580, julio-agosto 2014, pp. 436-440; D. LECZYKIEWICZ/S. WEATHERILL (ed.), *The Images of the Consumer in EU Law: Legislation, Free Movements and Competition Law*, Studies of the Oxford Institute of European and Comparative Law, Oxford, Hart Publishing, 2016; W. FRENZ, *Handbook on Competition Law...*, p. 221; P. POHLMAN, « Zum Unternehmensbegriff im Verbraucherschutzrecht, Wettbewerb und Versicherungsaufsichtsrecht der Europäischen Union », en M. WANDT/P. REIFF/D. LOOSCHERDLERS/W. BAYER (ed.), *Festschrift für Egon Lorenz zum 80. Geburtstag*, Karlsruhe, 2014, pp. 327-345; F. J. SÄCKER, « Gespaltener Unternehmensbegriff im Wettbewerbs- und Lauterkeitsrecht », *WuW*, nº 1, 2013, pp. 3 y ss; reconocen los autores en el comentario a esta sentencia que el concepto de empresario y comerciante ha cambiado y que encuentra diferencias en el ámbito de las prácticas comerciales desleales que protegen contra el comportamiento económico distorsionado de los consumidores del Derecho *antitrust* y especialmente el Derecho contra los cárteles que previene de la competencia no distorsionada.

⁷⁶⁷Vid. apartado 11, asunto *Zentrale Zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV* (C-59/12).

⁷⁶⁸De esta forma pretendía incluirse en la categorización de ONG's y otras entidades que sí están excluidas del concepto comerciante, apartado 16 de la sentencia.

⁷⁶⁹*Gesetz gegen Unlauteren Wettbewerb - UWG* (Ley de competencia desleal alemana).

⁷⁷⁰También las Conclusiones de la AG Kokkot en el asunto *flyLAL* (302/13) en términos similares a la hora de diferenciar entre la materia y conceptos público y privado del RBI y litigios en

15. Según el AG Bot: “No existe ninguna razón que justifique que un organismo de Derecho público responsable de una “función de interés” esté exonerado de cumplir normas tan esenciales como las relativas a la diligencia profesional ni disculpado, en razón de las funciones que le incumben, de engañar a los consumidores o de adoptar un comportamiento desleal frente a otros operadores económicos”⁷⁷¹.

16. Esta afirmación del AG Bot es muy relevante atendiendo una vez más al objetivo perseguido por la función de la disciplina de la competencia desleal que, debe ser respetado, por todos los operadores del mercado, con independencia de su naturaleza pública o privada.

II. Foros de Competencia judicial internacional en régimen Reglamento Bruselas I bis/CL 2007 para los litigios de competencia desleal transfronteriza

1. Autonomía de la voluntad o prórroga de jurisdicción

A. Consideraciones sobre la sumisión expresa

17. Siguiendo la jerarquía conocida de los foros de CJI, al no existir ningún foro de competencia exclusiva para aspectos de la competencia desleal transfronteriza se deben analizar, de forma previa, incluso a los foros usuales para los litigios de competencia desleal transfronteriza, los foros destinados a la autonomía de la voluntad de las partes (sumisión expresa y tácita).

18. Atendiendo a lo establecido en el “Informe de *Dogauchi y Hartley*”, sobre la “Convención de la Haya de acuerdos de elección de foro del 2005” (en vigor para los EM y Méjico)⁷⁷², las cláusulas de elección de foro pueden extender su campo de aplicación y por tanto su alcance, a las obligaciones extracontractuales nacidas de un

materia de Derecho de Competencia (apartado 38). Destaca la diferencia entre actividad económica, poder público y criterios de valoración que ya se dieron en otras sentencias como el asunto *LTU* y el asunto *SAT Fluggesellschaft*; Conclusiones generales del AG sr. Bot (C-59/12), apartados 39, 42, 46; en España, J.M. OTERO LASTRES, “La nueva ley sobre la competencia desleal”, *ADI*, t. XIV, 1991-1992, pp. 25-48.

⁷⁷¹*Ibid.* apartado 50; e interpretando el artículo 3 LCD en el mismo sentido, S. BARONA VILAR, *Competencia desleal. Tutela jurisdiccional...*, t. II, *op.cit.*, p. 1192, porque atendiendo a su redacción “cualesquiera otras personas físicas o jurídicas que participen en el mercado”, aunque no ostenten bajo el derecho sustantivo español la condición de operador profesional, se entiende que, en general la Administración pública y en particular las Corporaciones Locales o Ayuntamientos puedan quedar sometidas al control de sus comportamientos desleales cuando desarrollan actividades económicas.

⁷⁷²De momento, sólo México y de forma reciente China (2017) han ratificado (aparte de los 27 EM) la “Convención de la Haya sobre acuerdos de elección de foro”. Estados Unidos, Ucrania y Singapur sólo han firmado la Convención; información disponible en: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=98> (última consulta, 28/04/2016); T. HARTLEY/M. DOGAUCHI, “Rapport explicatif annexé à la Convention du 30 juin 2005 sur les accords d’élection ...”, *loc.cit.*

acto comercial desleal y pueden presentarse acciones tanto en un tercer Estado como en cualquier país de la UE (no se excluye del ámbito de aplicación así como sí se excluyen las cuestiones del Derecho *antitrust* que no hayan derivado de contrato o cuestiones privadas)⁷⁷³.

19. Cuando los pactos de sumisión expresa o de elección de foro se han constituido de forma válida, según lo determinado en el RBI *bis* y el CL, otorgan la CJI a tribunales que en principio no la tenían otorgada⁷⁷⁴, con independencia de su domicilio (sólo para el RBI *bis*, y no para CL⁷⁷⁵).

Por lo que este foro ha de tenerse en cuenta en primer lugar, si existía en el contrato, una cláusula de sumisión expresa a determinados tribunales (a sometimiento de la controversia a arbitraje comercial internacional), si de las circunstancias se desprende que los actos y prácticas comerciales desleales se encontraban en el alcance de la misma cláusula.

20. Sumisión expresa a jurisdicción ordinaria y a tribunales arbitrales.

Cláusulas mixtas de sumisión. Como bien se sabe, los pactos de sumisión expresa no sólo se realizan en contratación internacional a determinados tribunales, sino que también es muy habitual que en estos contratos establezcan cláusulas de sumisión a arbitraje comercial internacional.

Aunque en esta investigación nose ha realizado un examen exhausto (*vid.* Introducción) desde el arbitraje, y su posibilidad como materia arbitrable. También, son

⁷⁷³Vid. E. COUREAULT, *La concurrence déloyale en droit international...*, *op.cit.*, p. 256 y T. HARTLEY/ M. DOGAUCHI, “Rapport explicatif annexé à la Convention du 30 juin 2005 ... », *loc.cit.*, p. 43.; otra opinión parecida sobre este asunto puede verse en, K. M. CLERMONT, “Governing Law on Forum Selection Agreements”, *Hastings Law Journal*, vol. 66, abril 2015 (consultada versión *on line* en *Cornell Law Faculty Publications*, disponible en: <http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2544&context=faclpub>), pp. 644-677, esp. p. 653; R. DI BROZOLO, “Antitrust Claims: Why Exclude Them from The Hague Jurisdiction and Judgement...”, *loc.cit.*, p. 5.

⁷⁷⁴E. LEIN/A. DICKINSON, *The Brussels I Regulation Recast...*, *op.cit.*, p.279 y p. 296; A. RODRÍGUEZ BENOT, “Capítulo II: Sección 7ª. Artículo 25...”, *loc.cit. infra*, EN F.F. GARAU SOBRINO Y P. BLANCO-MORALES LIMONES, *Comentario al Reglamento (UE) n° 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución...*, *op.cit.* pp. 561-563; P.A. NIELSEN, “The New Brussels I Regulation...”, *loc.cit.*, pp. 522-523. En realidad, el legislador europeo lo que hace es establecer una cierta sintonía con la Convención de la Haya en acuerdos de elección de foro; P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “El nuevo Reglamento sobre competencia judicial y reconocimiento...”, *loc.cit.*, siendo una norma de conflicto uniforme.

⁷⁷⁵El artículo 23 CL sigue estableciendo como hacía el artículo 23 RBI que al menos una de las dos partes tiene que tener domicilio en los Estados contratantes (Suiza, Noruega e Islandia) como requisito para la validez formal de la cláusula; P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “El nuevo Reglamento sobre competencia judicial y reconocimiento...”, *loc.cit.*; P. A. NIELSEN, “The New Brussels I Regulation”, *CMLR*, vol. 50, 2013, pp. 503-528, pp. 518-523; E. LEIN/A. DICKINSON (eds.), *The Brussels I Regulation ...*, *op.cit.*, pp 282-283; A. RODRIGUEZ BENOT, “Artículo 25...”, *loc.cit.* en F.F. GARAU SOBRINO/ P. BLANCO-MORALES LIMONES, *Comentario al Reglamento (UE) 1215/2012 relativo a la Competencia...*, *op.cit.*, pp. 554-555.

frecuentes en la práctica, las cláusulas mixtas de sumisión que incluyen el sometimiento de la controversia a tribunales ordinarios y en otros aspectos a tribunales arbitrales, como pasó en el asunto *CAMINALAGA c. DAF*, un supuesto de competencia desleal transfronteriza nacido de la infracción de deberes contractuales que contenía una cláusula de sumisión expresa mixta⁷⁷⁶.

21. No obstante, en lo que refiere a la sumisión a arbitraje, el RBI *bis*/CL lo excluyen de su ámbito material de aplicación, por lo que ya se sabe que no son de aplicación, ni siquiera en estas cláusulas mixtas⁷⁷⁷. Cosa distinta, como emana de la resolución judicial en el asunto precitado, *CAMINALAGA c. DAF*⁷⁷⁸, las partes no estableciesen de forma clara qué alcance tenían las cláusulas de sumisión mixta ni ante que sede debían reclamarse cada uno de los daños. Por lo que este tipo de cláusulas de sumisión mixta, permiten que las partes establezcan ante las dos sedes (jurisdicción ordinaria/arbitral) las acciones, pudiendo usar el recurso de la declinatoria internacional si una de ambas partes no está de acuerdo para considerar que el juez elegido por la otra parte no tiene CJI.

B. Tipos de contratos habituales en materia de competencia desleal transfronteriza con cláusulas de sumisión expresa

a. Contratos *B2B* con cláusulas de prohibición de competencia/pactos de no competencia: “cláusulas grises”

22. En el apartado anterior se estableció que, los foros de prórroga de la competencia, son válidos en materia de competencia desleal en ciertos contratos mercantiles relacionados con la transmisión de DPI que tienen cláusulas con pactos de no competencia y de confidencialidad (que suelen ir íntimamente unidos)⁷⁷⁹.

⁷⁷⁶*Vid.v. gr.*, AAP Civil de Madrid, Secc. 28ª, Auto nº 147/2013, de 18 de octubre de 2013, asunto *CAMINALAGA c. DAF Vehículos*, FD 2º.

⁷⁷⁷ Art. 1.2 d RBI *bis* /Considerando 12

⁷⁷⁸*Vid.* el AAP precitado en la nota 801.

⁷⁷⁹*Vid.* P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “Capítulo II.- Bienes inmateriales, Derecho de la competencia...”, *loc.cit.*, en J.C. FERNÁNDEZ ROZAS/R. ARENAS GARCÍA/ P.A. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho de los negocios.....,op.cit.*, p. 151; D. MOURA, “La propriété intellectuelle en droit international...”, *loc.cit.*, pp. 414-415; En relación a litigios transfronterizos de propiedad intelectual, los principios ALI sobre jurisdicción en materia de litigación transfronteriza de propiedad intelectual también cuentan con norma relativa a las cláusulas de en propiedad intelectual; F. DESSEMONTET, “Los principios del *American Law Institute*: propiedad intelectual y litigios transfronterizos”, *InDret*, nº 2, 2009, pp. 7-8, incluida la materia en la nueva Convención de la Haya sobre acuerdos de elección de foro, art. 2. n y o, solamente en lo que respecta al incumplimiento de un contrato entre las partes; A. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, *Litigios transfronterizos sobre derechos de propiedad industrial e intelectual*, Madrid, Dyckinson, 2008, pp. 82-87; E. COUREAULT, *La concurrence déloyale en droit international privé...*, *op.cit.*, pp. 256-257, la materia “competencia desleal” en el sentido francés no está excluida de la Convención en el sentido de cómo se usa el término en muchas jurisdicciones; M. DOGAUCHI/T. HARTLEY, “Rapport explicatif annexé à la Convention du 30 juin 2005 sur les accords d’élection de for”, *Conférence de La Haya de droit international privé*, 2013, pp. 1-104, y el Informe preliminar o borrador, disponible en; http://www.hcch.net/upload/wop/jdgm_pd25e.pdfpp. 42-43 (en el

23. Es típico encontrar estas cláusulas en contratos de agencia internacional (diferenciado del contrato laboral)⁷⁸⁰; contratos de distribución comercial de exclusiva⁷⁸¹ – distribución selectiva y contratos de concesión /franquicias⁷⁸² explotación de *know-how*⁷⁸³ y protección de secreto comercial⁷⁸⁴; y en muchos contratos

sentido francés es en el que se incluye la publicidad engañosa y la competencia parasitaria); Los principios ALI sobre jurisdicción en materia de litigación transfronteriza de propiedad intelectual también cuentan con norma relativa a las cláusulas de sumisión expresa en propiedad intelectual y suponemos, aunque difícil, que también se permita en cuestiones de competencia desleal (cuándo derive de contrato).

⁷⁸⁰E. RODRIGUEZ PINEAU, “Agentes “comunitarios” y autonomía de la voluntad: ¿es posible derogar la CJI de los tribunales de los Estados miembros?”, *REEL*, nº 15, 2008, pp.1-22, p. 2, este tipo de supuestos se consideran supuestos de autonomía limitada y por ende, el legislador europeo los ha dotado de protección especial, cuándo una de las dos partes se encuentra en asimetría contractual. Por ello, parece que no es así en supuestos de agencia internacional, como establece la autora y según análisis de la jurisprudencia del TJUE.

En España, por ejemplo, artículo 20 de la Ley de Agencia, que limita el pacto de no competencia de forma temporal a dos años. Y, dependiendo de la duración, se puede acortar dicho plazo (art. 21 ET). Ambos artículos reconocen la posibilidad de establecer estos pactos post contractuales en los contratos entre empleadores y empleados (como pactos accesorios que serán compensados económicamente durante el período de duración del trabajador en la empresa); M. AHMED, “Recovering Damages for the Tort/Delict of Inducing Breach of a Choice of Court Agreement against a Claimant’s Legal Advisers: The English Court of Appeal Adjudicates on Whether England is the Place Where the Economic Loss Occurred under Article 5 (3) of the Brussels I Regulation?”, *Working paper* 2015/4, University of Aberdeen, disponible en: http://www.abdn.ac.uk/law/documents/Working_Paper_No_2015_4_by_M_Ahmed.pdf

⁷⁸¹Vid. P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “Competencia judicial en material de indicaciones geográficas y denominaciones de origen”, en B. UBERTAZZI/E. MUÑIZ ESPADA (coords.), *Le indicazioni di qualità degli alimenti (Diritto internazionale ed europeo)*, Milán, Giuffrè Editore, 2009, pp. 80-89: “la práctica muestra que los acuerdos de competencia no son frecuentes en relación con litigios relativos a derechos de propiedad industrial o intelectual o a la violación de normas contra la competencia desleal, en la medida en que no exista una relación contractual entre las partes”; AAP Madrid, Secc. 28, nº 117/2011, asunto *Bonsai Advanced Technologies c. Ibvc Vacuum S. L, Edwards High Vacuum Int. Limited* y Don Severino, que se analiza de forma posterior, en el que se estableció declinatoria por falta de CJI en un asunto por CD en contratos de distribución que contenían cláusula de sumisión expresa a los tribunales de Reino Unido.

⁷⁸²A. CEBRIÁN SALVAT, *Contratos Internacionales de Franquicia...*, *op.cit.*; Asunto *Le Retoucherie* de Manuela, S.L. c. *Le Retoucherie* de Burgos S.C. (C-117/12), auto del TJUE de la sala octava; En este asunto el TJUE fue preguntado por la Audiencia Provincial de Burgos acerca de un contrato de franquicia y la validez territorial de la cláusula de no competencia post contractual entre franquiciado y franquicia. El asunto es interesante, pero más a efectos del Derecho *antitrust* europeo (especialmente el Reglamento nº 2790/1999 acuerdos entre empresas) y los contratos de agencia.

⁷⁸³Sobre los acuerdos atributivos de competencia o sumisión expresa en materia de violación de secreto comercial (o *breach of confidence* como se denominan en el *common law*), C. WADLOW, “Bugs, spies and paparazzi: jurisdiction over actions for breach of confidence in private international law”, *EIPR*, vol. 30, nº7, 2008, pp. 269-279, p.279: “*The safest and simplest escape from Art. 2 and the jurisdiction of the courts of the defendant’s domicile, is for there to be a pre-existing choice of court Agreement, which satisfies Art. 23 of the Regulation, or arbitration*”; Protegen en estos contratos el *training* y conocimiento técnico de preparación de los trabajadores mientras estaban formándose en la empresa; E. A. POSNER/ G.G. TRIANTIS/ A. J. TRIANTES, “Investing in Human Capitals: The Efficiency of Covenants Not to Compete”, *Working Paper* nº 137, University of Law and Economics of Chicago, 2004, disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=285805

individuales de trabajo en los que se incluye el deber de confidencialidad; así como en el contrato de administrador de derecho de una Sociedad, entre otros.

i. Sentido y función del “pacto de no competencia”

24. Interesa reconocer cuándo la infracción de una cláusula de no competencia *post* contractual puede constituirse como un acto de competencia desleal y si el contrato conteniendo una cláusula de sumisión expresa a tribunales de otro Estado, tiene alcance sobre la conducta o la práctica comercial desleal, probando que fue emanada de la infracción de no competir o guardar confidencialidad durante un tiempo determinado. El TJUE ha denominado a estas cláusulas como “cláusulas grises” puesto que son cláusulas limitativas de la CJI en cuanto a determinar su alcance para determinados actos, y que a su vez se relacionan con un deber de conducta, como es el deber de lealtad, teniendo por regla general un naturaleza jurídica diferente⁷⁸⁵.

25. Generalmente, la ley establece un límite temporal *ex post* así como durante la duración del contrato; y, un límite espacial, por ámbito geográfico (cada normativa del país donde se realiza el contrato puede tener límites diferentes tanto temporales como espaciales)⁷⁸⁶. Estos límites no pueden exceder de lo normal, puesto que son a su vez, límites al derecho de ejercer la libre competencia, impuestos desde el ámbito de los particulares.

Mediante los límites establecidos, el juzgador puede valorar si el trabajador o el sujeto obligado por la cláusula de no competencia no respetó el mismo, en el tiempo establecido y el ámbito geográfico donde se obliga a no ejercer competencia.

26. Sin embargo, aún teniendo validez bajo muchas legislaciones, se debe determinar caso por caso si constituyen una restricción a la competencia o no⁷⁸⁷.

27. Ejemplo. El asunto “*Metallic Machine Tools*” (Japón) fue dilucidado por el Tribunal Supremo de Japón en el año 2010. Los empleados de la compañía no tenían ningún tipo de cláusula de no competencia, ni durante ni *ex post* el contrato finalizase.

Diez de los empleados de la compañía crearon una compañía tras dejar la primera en la que habían sido trabajadores. Su empresa tenía el mismo objeto y por ende, pudieron atraer a los clientes de la primera consiguiendo que la primera perdiese

⁷⁸⁴Por otro lado, la figura del *tortious interference* que se establece en el artículo 14 LCD se refiere a la inducción a la infracción contractual (generalmente hecha por tercero al trabajador) en el que se protege el cumplimiento de la promesa realizada en el contrato. *La protección internacional del secreto empresarial...*, *op. cit.*, pp. 202-205

⁷⁸⁵*Vid. infra* apartado siguiente *i*

⁷⁸⁶Asunto *CPC-Cártel del Peróxido* (C-352/13), apartados 68, 69 y 70

⁷⁸⁷“*Metallic Machine Tools* (Civil Code, Sec. 790)”, Decisión of the *Supreme Court* (25/03/2010), *IIC*, vol. 45, 2014, pp. 841-843.

casi el 90% de sus clientes. Cuando la primera compañía les demandó por competencia desleal, el tribunal de Nagoya en primera instancia no admitió a trámite la demanda puesto que reconoció la libertad de empresa y de competir de los antiguos trabajadores.

28. Solución doctrinal. *Accesorium sequitur principale*. ALFARO afirma que⁷⁸⁸, en realidad, este pacto es accesorio porque la obligación de no competir *a posteriori* no supone un deber básico, por lo que no se entendería comprendida en el alcance de la cláusula de sumisión expresa y por ende, el tribunal no tendría CJI en este foro para conocer de los daños causados por la competencia desleal.

29. Sin embargo, si lo accesorio sigue la suerte de lo principal, sobre todo, como estableció MIRANDA en el análisis de supuestos *antitrust*, entonces recibirán el mismo reproche que reciba lo principal en base al principio: *accessorium sequitur principale*⁷⁸⁹. Se acumularía de esta forma la pretensión del reproche desleal al reproche contractual y con ello, el tribunal podría tener CJI para valorar según la cláusula de sumisión expresa, los daños causados por la práctica comercial desleal que es la obligación de no competir.

ii. Contratos de distribución comercial exclusiva

30. Ejemplo: alcance de la cláusula de sumisión expresa contrato de distribución exclusiva con pacto de no competencia. En el AAP Madrid, Secc. 25, nº 50 por el que el tribunal declina la CJI a favor del tribunal Marítimo y Comercial de Copenhague (Dinamarca) en un litigio relativo a un contrato de distribución exclusiva con prohibición de realizar competencia entre las partes en el tiempo de duración del contrato. La cláusula de sumisión expresa al peticado tribunal estaba clara en el contrato entre *ESKO PRODUCTIONS A/S* y *HENCHE, SUMINISTROS A TALLERES GRÁFICOS S.A.*

31. La demandante sostuvo que no interpuso la demanda ante los tribunales pactados de forma expresa porque se alegaba bajo el anterior artículo 4 de la LCD haber sufrido daños directos de la competencia desleal de la actora de forma extracontractual.

⁷⁸⁸Sobre la función de estas cláusulas en el ámbito del Derecho sustantivo, *vid.* J. ALFARO ÁGUILA REAL, “Cláusulas de no competencia post-contractual, cláusulas penales, inducción a la infracción contractual y Derecho de la Competencia (I-IV)”, 2011, disponible en: <http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2011/11/clausulas-de-no-competencia.html> ; V. J. DEN HERTOOG, “Non Competition Clauses: Unreasonable or Efficient?”, *EJLE*, nº 15, 2003, pp. 111-127; en California, es uno de los pocos lugares del mundo donde estas cláusulas son nulas puesto que su derecho establece que no existe ninguna acción contractual para reclamar el cumplimiento e indemnización de daños por incumplimiento de una cláusula de no competencia post-contractual; por ejemplo sobre el contenido en el ámbito jurisprudencial, STSJ de Andalucía nº 3064/2010, de 11/11/2011, entre otras.

⁷⁸⁹*Vid.* L. MIRANDA SERRANO, “Restricciones accesorias y prácticas colusorias”, *DN*, vol. 11, nº 122, 2000, pp. 1-50; L. MIRANDA SERRANO / J. PAGADOR LÓPEZ, “El Tribunal Supremo afina en materia antitrust y acoge con rigor la doctrina de las restricciones accesorias”, *Ccopyme (Consejo consultivo para la Pequeña y Mediana Empresa)*, disponible en: <http://www.ccopyme.org/articulos.php?a=69>; J. MARTÍ MIRAVALLS, “Las restricciones accesorias, necesarias y proporcionadas en el contrato de Franquicia”, 2009, pp. 1-26

No obstante, la AP consideró que dichos daños por competencia desleal estaban relacionados con la infracción contractual derivada de la infracción de la exclusiva del distribuidor (“con independencia de la “deslealtad” de los actos que los motivaron, cuyo valor e importancia es imposible desconectar del incumplimiento contractual.”)⁷⁹⁰.

32. Otro supuesto fue el asunto *OASIS SRL c. LFD*⁷⁹¹. Un asunto que enfrentó a dos sociedades, una italiana (la principal) y la francesa (la distribuidora de la primera en exclusiva). El contrato tenía una cláusula de sumisión expresa con alcance a todo tipo de controversias nacidas del incumplimiento de venta y distribución entre ambas sociedades. tribunales italianos (Pordenone) así como una cláusula de ley aplicable con sometimiento a la ley italiana y también una cláusula de no competencia.

33. La empresa francesa demandó a la principal ante los tribunales de Pordenone (Italia) por ruptura de obligaciones contractuales. La principal, demandó a la francesa ante los tribunales de Macon (Francia) por actos de competencia desleal alegando que no entraban dentro de los obligaciones del contrato y así estableció la reconvencción ante el foro de las obligaciones extracontractuales.

34. El asunto se tornó complicado en cuanto entró a su vez, un problema de litispendencia que la *Cour d'Appel* de Dijon resolvió a favor de los tribunales italianos de Pordenone por no encontrar que los actos de competencia desleal fuesen actos realizados de forma extracontractual sino al contrario, se encontraban dentro del ámbito de las obligaciones contractuales. El asunto fue recurrido en casación por la empresa italiana de nuevo ante la *Cour de Cassation (Chambre civile n°1)* n° 08/21016 en el que finalmente, la *Cour de Cassation* de París establece que la obligación es contractual por lo que, no cabe interponer la demanda ante el foro delictual sino ante el tribunal que las partes previamente establecieron mediante cláusula de sumisión expresa.

b. Sumisión expresa en infracciones contractuales mediante *tortious interference* o inducción a la infracción contractual de forma maliciosa

35. De otro lado, también en cuestiones relativas a la inducción a la infracción contractual de forma maliciosa (*tortious interference*) para adquirir ventaja competitiva podrán encontrarse cláusulas de sumisión expresa que, deberán tenerse en cuenta por las partes en el proceso, cuando al menos una de ellas sea demandada ante un Tribunal o Tribunales diferentes del que en principio habían pactado⁷⁹².

⁷⁹⁰AAP Madrid, Secc. 28ª, n° 50/2005, FD1º y FD2º; asunto *Benincasa*(C-269/95); A. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, *Litigios transfronterizos sobre derechos de...*, *op.cit.*, p. 84 y p. 86, como una obligación de tipo extracontractual desvinculada del contrato, cita el ejemplo de una Sentencia de la *Cour de Cassation française* del 2000 también por competencia desleal de un contrato de distribución exclusiva.

⁷⁹¹ Sentencia de la *Cour d'Appel* de Dijon n° 07/01612, de 9 de septiembre de 2008.01

⁷⁹² Se volverá a esta figura en el foro de la obligación contractual, cuando los contratos no contengan cláusula de sumisión expresa que limite la elección de tribunal competente; Sobre el *tortious interference* en contratos con terceros y la elección de cláusulas de foro, T. NEWPORT, “Tortious Interference and International Contracts”, *Currents Int'l Trade L. J.*, n° 9, 2000, pp. 80-88, p. 84; B. LAWLESS COOPER, “Civil Conspiracy and Interference with Contractual Relations”, *S. Loy.L.A.L.Review*, vol. 8, n°2, 1975, pp. 302-338; G.C. GRISMORE, “Are Unfair Methods of

36. Este ilícito de competencia desleal debe entenderse como una infracción de tipo extracontractual si la demanda se establece contra el tercero que adquirió secreto comercial mediante la extorsión e inducción a la ruptura contractual de los trabajadores. De modo que no es lo mismo la violación de secreto empresarial por acceso ilegítimo y la divulgación o explotación del secreto cuándo mediaba una relación contractual⁷⁹³.

37. Ejemplo. Derecho comparado. un supuesto de interferencia contractual que ha detonado una demanda por violaciones contra la *Clayton Act* y la *Shermann Act* y que reúne problemas de Derecho *antitrust* y métodos de competencia desleal (como prácticas predatorias) es el asunto reciente *Horsham-Based Philadelphia Taxi Association* contra la compañía *UBER TECHNOLOGIES, Inc*⁷⁹⁴.

En el Derecho inglés, estos supuestos en los que, un tercero incita a un segundo que depende de este tercero a infringir cláusulas de sumisión expresa que ha pactado con un primero, se consideran ilícitos de responsabilidad extracontractual que pueden ser conocidos por el tribunal al que se le otorgó la CJI mediante dicha cláusula de sumisión expresa.

38. En España, por ejemplo, fue relevante el asunto *Jurado Hermanos c. Cafés Dakar, S.L.*, en donde se dilucidó un asunto de inducción a infracción contractual parecido al *tortious intereference* angloamericano reconocido de forma análoga en el artículo 14 de la LCD⁷⁹⁵. La STS se muestra relevante en cuanto determina cuales son las condiciones para que se pueda considerar que existió tal inducción a la infracción contractual y si existiendo cláusula de sumisión expresa cuál es su alcance sobre estos actos desleales, de naturaleza diferente a la contractual⁷⁹⁶.

Competition Actionable at the Suit of a Competitor?, *Mich. L. Review*, vol. 33, nº3, 1934-1935, pp. 321-337

⁷⁹³ A. FONT SEGURA, *La protección internacional del secreto empresarial...*, *op. cit.*, pp. 202-205.

⁷⁹⁴ *Case 2:16-cv-01207* de 15 de marzo de 2016, <http://penrecord.com/stories/510702887-philadelphia-taxi-association-files-antitrust-lawsuit-versus-uber>. Los documentos de la demanda se encuentran disponibles en: https://www.pacermonitor.com/public/case/10984152/PHILADELPHIA_TAXI_ASSOCIATION,_INC_et_al_v_UBER_TECHNOLOGIES,_INC: la sentencia del año 2018, se encuentra disponible en: <https://www.pbwt.com/content/uploads/2018/04/2-Phila.-Taxi-Assn-v.-Uber-E.D.-Pa..pdf>

⁷⁹⁵ STS Sala de lo civil de 14 de noviembre, nº 668/2012; S. NOVO FERNÁNDEZ, “La inducción a la infracción contractual como acto de competencia desleal”, *ADI*, vol. 33, 2012-2013, pp.553-556; A. SUÑOL LUCEA, *El secreto empresarial...*, *op.cit.*, en el que analiza el artículo 14 de la LCD en supuestos de violación de secreto empresarial, en los que es usual.

⁷⁹⁶ Otro supuesto interesante se encuentra en la STS, Sala de contencioso administrativo, de 4 de marzo de 2014, nº396/2012, en el que una sociedad demandó a otra por infracción contractual contra una sociedad competidora, a dos socios de la misma empresa y a dos empleados de la demandante. Se interpone la demanda porque la empresa demandante con ocasión de concurrir a una licitación convocada por la Administración pública para el concurso de determinado servicio, la empresa demandada concurrió a la oferta con un equipo técnico formado por dos trabajadores de la demandante, que habían ofrecido para ganar la licitación información privilegiada de la demandante. El artículo 14 LCD se puso en relación además con el artículo 9 de la LCD por haber realizado a su vez, actos comerciales denigratorios.

C. Alcance y contenido de las cláusulas de sumisión expresa

40. En estos foros no se debate si el “criterio del mercado afectado” debe ser el criterio de conexión para determinar el foro de CJI puesto que la determinación del foro viene dada de forma previa por la autonomía de la voluntad de las partes.

41. La pregunta se dirige hacia el alcance que estas cláusulas de sumisión expresa puedan tener para otorgar CJI a los jueces predeterminados por las partes, incluyendo aspectos que no recaen en el ámbito de la obligación contractual, como son la mayor parte de los actos de competencia desleal.

Cuestión específica. En algunos supuestos, dependerá de la jurisdicción donde se litigue⁷⁹⁷. Por ejemplo, los jueces franceses suelen entender que tienen CJI en la violación de este tipo de cláusulas de no competencia *post* contractuales si los actos comerciales desleales han sucedido en su territorio (entendiendo su mercado como el mercado afectado y por ende, aún habiendo una cláusula de sumisión expresa, entienden que existe alcance siempre y cuando su mercado sea el afectado por el acto de competencia desleal). Del lado contrario, se han mostrado siempre muy reacios a extender el ámbito de aplicación de la cláusula atributiva de competencia a la acción de competencia desleal cuándo esta cláusula designa la competencia de otro tribunal extranjero

42. El problema de interpretación o la valoración del alcance del contenido de la cláusula de sumisión expresa, recae en el tribunales nacionales, dado que el RBI *bis* /CL nada dice del alcance, en cuanto al contenido exacto⁷⁹⁸, que deben tener las cláusulas, sino sólo acerca de su validez formal que deben tener para ser válidas.

⁷⁹⁷ A. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, *Litigios transfronterizos sobre derechos de propiedad industrial... op.cit.*, pp. 86-87. Depende de la jurisprudencia del país, como establece el autor, que esta obligación de no competir pueda tomar un cariz contractual o extracontractual y que se admita en el contenido y alcance de la cláusula. De esta forma, aquellos tribunales que la entiendan como extracontractual no aceptarán el cumplimiento de dicha obligación contenido en la cláusula de elección de foro; E. COUREAULT, *La concurrence déloyale en droit international...*, *op.cit.*, pp. 254-257; A. SINAY-CYTERMANN, “Note sur l’arrêt *Soc. Maquet c. Soc. Becker Holding et autres*”, *Rev. crit. dr. int. pri.*, vol. 89, nº 4, 2000, pp. 792-799, la autora analiza la interpretación estricta que realizaron los tribunales franceses del alcance de la cláusula de sumisión expresa y la obligación de no competencia *post*-contractual. Los tribunales franceses mantienen una concepción restrictiva de las obligaciones contractuales en la que no se entienden incluidos los actos de competencia desleal (o entender que la ruptura contractual sea una consecuencia que derive en competencia desleal).

⁷⁹⁸ *Vid.* A. FONT SEGURA, “Infructuoso intento de justificar la competencia de la jurisdicción española con base en el art. 4 de la Ley de competencia desleal”, *AEDIPr*, t. V., 2005, pp. 676-680, p. 678: “lo que importa es si se desprende de la cláusula que la sumisión alcanza a la acción ejercitada, no si la acción tiene naturaleza contractual o extracontractual”. también en, U. MAGNUS, “Section 7. Prorogation of...” en, U. MAGNUS/ P. MANKOWSKI, *Brussels I Regulation...*, *op.cit.*, pp. 428-429; C. ORÓ MARTÍNEZ, “Capítulo IV.-Litigación internacional y Acciones de indemnización por infracción del Derecho de la competencia de la UE: Aspectos de competencia judicial”, en B. VILÀ COSTA/A. FONT I RIBAS (dirs.), *La indemnización por infracción de normas comunitarias de la competencia*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 97-132, p. 106, el autor analiza un supuesto particular en el ámbito del Derecho de la competencia, esto es, las acciones de indemnización por daños y perjuicios

Normalmente, cuando la cláusula de sumisión expresa establece el vocablo “toda” (controversia⁷⁹⁹) podrá entender el juzgador que tendrá CJI para conocer de las pretensiones de competencia desleal⁸⁰⁰.

43. Derecho comparado. En determinadas jurisdicciones norteamericanas se reservan la competencia para conocer de forma cumulativa tanto del acto comercial desleal (como por ejemplo, actos realizados mediante publicidad engañosa) más la acción de tipo contractual, si el contrato contiene una cláusula de sumisión expresa que les otorga la competencia necesaria para conocer del supuesto⁸⁰¹.

44. Ejemplo: Como sucedió en el asunto *PHILLIPS c. AUDIO ACTIVE LTD*, en donde los tribunales de apelación de Nueva York (segundo circuito) se declararon competentes por la cláusula de sumisión expresa que existía entre el artista y la casa discográfica, a pesar que el Tribunal del distrito rechazó su competencia por la cláusula de sumisión a los tribunales ingleses. El artista demandó a la discográfica por violación de sus derechos de autor, enriquecimiento sin causa, competencia desleal e incumplimiento contractual por parte de la discográfica con la que tenía contrato.

45. Sin embargo, la cláusula de sumisión expresa y de ley aplicable en el contrato establecían sumisión tanto a los tribunales de Inglaterra como a la ley inglesa. ¿Por qué se declararon competentes los tribunales de apelación de Nueva York entonces?

En este supuesto se hizo bajo la *lex fori* norteamericana. Parece ser que interpretaron que el inciso de la cláusula que establecía: “*that may arise out of it*”⁸⁰² cubría solo las obligaciones contractuales pero no los actos de competencia desleal u otros actos que tenían sólo un vínculo eventual en relación a la ejecución del contrato. No obstante, consideraron que al estar vinculados los actos de competencia desleal con la infracción de los DPI, la cláusula de sumisión expresa a los tribunales ingleses, no era vinculante, dado que se habían realizado en el mercado americano.

46. En los supuestos en los que el juez no interprete que la cláusula de sumisión expresa no comprendía las pretensiones nacidas de actos y prácticas

en el marco de los acuerdos de sumisión expresa y tácita. Explica que si un litigio por daños deriva de una relación contractual existente entre las partes y dicha relación está amparada bajo una cláusula de sumisión expresa será irrelevante que el daño se catalogue como contractual o extracontractual; M. VIRGÓS SORIANO/ F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional...*, *op.cit.*, p. 294.

⁷⁹⁹ E. COURAULT, *La concurrence déloyale en Droit international...*, *op.cit.*, p. 258, el árbitro en estos casos debe aceptar su competencia atribuida por cláusula de sumisión expresa si existe un vínculo estrecho entre el acto comercial desleal y el contenido del contrato.

⁸⁰⁰ Asunto OASIS c. LFD; sobre el arbitraje comercial en materia de competencia desleal, F. DESSEMONTET, “Arbitrage, propriété intellectuelle et droit de la concurrence. Perspective suisse”, *ASA Special Series*, pp.55-99, disponible en: <http://www.unil.ch/files/live/sites/cedidac/files/Articles/ASA%20Special%20Series.pdf>, pp. 74-77.

⁸⁰¹ Asunto *Phillips c. Audio Active Ltd.* (nº05-7017-cv, de 24 de julio de 2007).

⁸⁰² Asunto *Phillips c. Audio Active Ltd.* (nº05-7017-cv, de 24 de julio de 2007), pp. 20-23; siguiendo lo considerado en la jurisprudencia anterior emanada del asunto *Mitsubishi Motors Corp. vs. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 1995

comerciales desleales, a las partes les queda la opción de establecer la demanda ante el foro del domicilio del demandado o ante el lugar del hecho dañoso (mercado afectado) o en los tribunales donde se pudieren producir los efectos del hecho dañoso (entendiendo hecho dañoso como el acto comercial desleal)⁸⁰³.

48. Ejemplo. En el asunto *BONSAI ADVANCED*⁸⁰⁴, el demandante interpuso oposición contra la declinatoria internacional de los demandados con los que tenía contratos de distribución y de agencia y a los que demandó por actos de competencia desleal en España.

49. Los contratos contenían “cláusulas de sumisión expresa” a los tribunales de Reino Unido pero el demandante alegó que, tales cláusulas no cubrían nada más que los aspectos contractuales y no los actos de competencia desleal siendo de aplicación el art.2 *ex. RBI*, el domicilio de uno de los co-demandados para conocer de los actos de competencia desleal (de la inducción a la infracción contractual de los trabajadores).

50. La Audiencia sostuvo que, aunque era cierto que el demandante sólo ejerció acciones por competencia desleal contra los demandados también era cierto que era mediante el establecimiento de las acciones interpuestas era el cauce adecuado con el que podían declararse competentes o no, y que los hechos o no sean consecuencia de actos de competencia desleal era indiferente para determinar dicha CJI⁸⁰⁵ (FJ 2º).

51. Otro de los aspectos que consideró la Audiencia es que la cláusula de sumisión expresa establecía que la jurisdicción inglesa era competente para “toda” litigación que surgiese del presente contrato. El vocablo “toda” podía ser un indicativo claro para entender que sí había alcance y extensión para estos actos de competencia desleal aunque tengan naturaleza jurídica extracontractual (FJ 4º)⁸⁰⁶.

52. Para evitar estos problemas, es muy necesario y deseable que las partes establezcan el alcance que va a tener la cláusula de sumisión expresa, sobre todo en litigación transfronteriza, determinar que reclamaciones desean que la cláusula de sumisión expresa cubra sobre todo en relación a la responsabilidad de tipo extracontractual como suelen ser las reclamaciones por competencia desleal. También

⁸⁰³ Esto es, el foro de las obligaciones extracontractuales, el artículo 7.2 *RBI bis* y 5.3 *CL 2007*.

⁸⁰⁴ AAP Madrid, Secc. 28, nº 117/2011, asunto *Bonsai Advanced Technologies c. Ibvc Vacuum S. L, Edwards High Vacuum Int. Limited* y Don Severino.

⁸⁰⁵ AAP Madrid, Secc. 28, nº117/2011, FJ 2º: “Ejercitadas las reseñadas acciones (las de competencia desleal: acción declarativa de la deslealtad, resarcimiento por daños y perjuicios, enriquecimiento injusto y de publicación) y no otras como las contractuales (que no fue el caso) la CJI debe decidirse partiendo de tal premisa sin que los hechos que se invocan como constitutivos de los distintos ilícitos concurrenciales transformen las acciones efectivamente ejercitadas en la demanda, cuestión distinta es si aquéllos integran o no los ilícitos imputados o si todos o algunos de los conceptos indemnizatorios reclamados son consecuencia de los actos de competencia desleal o que deriven del mero incumplimiento contractual, lo que es cuestión de fondo que determinará la estimación o desestimación de la demanda pero que es ajena a la determinación de la CJI para el conocimiento de una demanda en la que se han ejercitado acciones por competencia desleal”.

⁸⁰⁶ AAP Madrid, Secc. 28, nº117/2011

de esta forma, se atiende a cuestiones de economía procesal y seguridad jurídica, como estableció el TJUE en el asunto del *Cártel del Peróxido*⁸⁰⁷.

53. Alcance de la cláusula de sumisión expresa como obligación de tipo contractual. De otro lado, y como aspecto interesante que emana del Derecho procesal anglosajón, se ha tenido en cuenta (aunque de forma dudosa en el ámbito del RBI *bis*) que en contratos de tipo *B2B*, donde el bargaining power de las partes es el mismo y no existe asimetría contractual, que se establezcan acciones de indemnización por haber incumplido el pacto de sumisión expresa, demandando una de las partes ante otros tribunales diferentes a los previamente establecidos⁸⁰⁸.

No obstante, se considera dudoso que bajo lo dispuesto en el RBI *bis* esta tipo de reclamaciones esté incluida. Se tiene que valorar primero si mediante la cláusula de sumisión expresa se otorgó CJI a otros tribunales, y después valorar a la luz del Derecho procesal del tribunal si pueden solicitarse acciones de indemnización de daños y perjuicios contra la violación del pacto de sumisión expresa.

D. Validez material y formal de las cláusulas de sumisión expresa en el RBI *bis*

54. Analizado el alcance de la cláusula de sumisión expresa que otorga CJI, queda por saber como se valora la validez tanto formal como material de estas cláusulas bajo lo dispuesto en RBI *bis*. En este caso, el RBI *bis* sí que establece condiciones para que los jueces de los EM determinen esta validez a efectos de aplicar el RBI *bis*⁸⁰⁹.

Ha de tenerse en cuenta que la sumisión expresa es un concepto propio del RBI *bis* y una norma técnica de DIPr cuando el pacto atribuye CJI⁸¹⁰.

55. Respecto a la validez material, aunque el resto de las cláusulas del contrato no fuese válido de forma material a la luz del Derecho interno que las partes eligieron, la cláusula de sumisión expresa sigue teniendo validez (como en el Auto

⁸⁰⁷ Asunto *CPC-Cártel del Peróxido* (C-352/13); Esta solución es la que cumple con los cánones de seguridad jurídica y tutela judicial efectiva impidiendo el (*bad*) *fórum shopping* y el abuso del Derecho, dando a su vez eficacia al pacto de la sumisión expresa en relación a los daños contractuales o los de tipo extracontractual, relacionados o no con el contrato; M. VIRGÓS SORIANO/ F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional...*, *op.cit.*, p. 293.

⁸⁰⁸ M. REQUEJO ISIDRO, “Violación de acuerdos de elección de foro y Derecho a indemnización: Estado de la cuestión”, *REEI*, nº 17, 2009, pp. 1-13; M. VIRGÓS SORIANO/ F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional...*, *op.cit.*, p. 279 y p. 301: “Las cláusulas de elección de foro tienen un componente contractual que genera una obligación procesal para las partes.”; P. JIMÉNEZ BLANCO, “Acciones de resarcimiento por incumplimiento de los acuerdos de elección de foro”, *AEDIPr*, 2009, pp. 225-248; de forma contraria A. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, *Litigios transfronterizos sobre derechos de ...*, *op.cit.*, p. 84, punto 7°.

⁸⁰⁹ A. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, *Litigios transfronterizos sobre derechos...*, *op.cit.*, p. 83..

⁸¹⁰ *Vid.* A. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, *Litigios transfronterizos sobre derechos...*, *op.cit.*, p.83; A. RODRÍGUEZ BENOT, “Capítulo II; Sección 7. Artículo 25”, en F. F. GARAU SOBRINO/P. BLANCO-MORALES LIMONES *et al.*, (coord.), *Comentario al Reglamento(UE) nº1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento...*, *op.cit.*, pp. 545-578, p. 553.

analizado en el apartado anterior)⁸¹¹, siempre y cuando hayan sido constituidas de la forma establecida en el derecho interno del Estado cuya ley se ha elegido.

Si el juez considera que la cláusula de sumisión expresa le otorga de forma correcta la CJI a pesar de la nulidad del resto de cláusulas del contrato, esta cláusula será válida a la luz del art. 25.5 RBI *bis*⁸¹².

56. Ahora, si la cláusula de sumisión expresa no es válida a efectos del Derecho material del Estado donde las partes eligieron para litigar, entonces, como novedad en el foro del RBI *bis*⁸¹³, la cláusula de sumisión expresa no será válida para determinar la CJI a los tribunales elegidos por las partes.

Nota sobre el tratamiento de la validez formal y material de las cláusulas de sumisión expresa en el CL 2007.- El CL sigue teniendo la redacción que el antiguo RBI, por lo que los problemas que puedan aparecer serán muy similares a los que, en principio, el RBI *bis* ha pretendido dar solución (en los supuestos, en los que el CL sea de aplicación⁸¹⁴).

⁸¹¹ AAP Madrid, Secc. 28, nº117/2011, FJ nº2.

⁸¹²El segundo inciso del apartado 5ª reza así: “La validez del acuerdo atributivo de competencia no podrá ser impugnada por la sola razón de la invalidez del contrato”; A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado...*, vol. II, *op.cit.*, J. C. FERNÁNDEZ ROZAS / S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional ... op.cit.*, pp. 76-77; art. 25 apartado 5º (novedad del RBI *bis*) y el artículo 3. d del Convenio de la Haya sobre acuerdos de elección de foro del 2005; P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “El nuevo Reglamento sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones”, *Diario La Ley*, nº 8013, enero 2013; Conclusiones del AG sr. Jääskinen en el asunto *CPC- Cártel del Peróxido* (C-352/13), pto.115, y asunto *Benincasa* (C- 38/81). *Vid.* el apartado 5º del artículo 25 RBI *bis* (ex. art. 23 RBI): “La validez del acuerdo atributivo de competencia no podrá ser impugnada por la sola razón de la invalidez del contrato”; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ / I. HEREDIA CERVANTES, “Lo que depara el año 2015 para el Derecho del comercio internacional: realidades y deseos”, *La ley mercantil*, nº9, diciembre 2014, pp. 4-6; A. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, *Litigios transfronterizos sobre derechos de ...*, *op.cit.*, p. 84: El acuerdo tal como sostiene López-Tarruellasólo desplegaría efectos en la relación contractual, si uno de los contratantes (licenciante o cedente) demanda al otro por infracción de derechos, la cláusula de sumisión expresa no debiera resultar aplicable.

⁸¹³A. RODRIGUEZ BENOT, “Capítulo II: Sección 7ª. Artículo 25...”, *loc.cit. infra*, EN F.F. GARAU SOBRINO/ P. BLANCO-MORALES LIMONES, *Comentario al Reglamento (UE) nº 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución...*, *op.cit.* pp. 561-563, se consagra así, como dice la doctrina, el principio del *qui elegit iudicem elegit ius*. La validez de la cláusula de sumisión expresa debe ser sometida a la *lex foricon* independencia de las demás cláusulas del contrato que se someten a la *lex contractus*. De nuevo el motivo fue intentar sintonizar la solución del RBI *bis* con lo establecido en la Convención de Acuerdos de elección de foro.

⁸¹⁴ AAP Madrid, Secc. 28ª, de 21 de julio de 2009, nº 143/2009 y el AAP Madrid, Secc., 28ª, nº 60/2010, de 23 de abril de 2010; R. ARENAS GARCÍA, “La aprobación de la UE del Convenio de la Haya sobre acuerdos de elección de foro: un cruce de caminos”, *La Ley Unión Europea*, nº 22, Año III, Enero 2015; T. HARTLEY/M. DOGAUCHI, “Rapport explicatif annexé à la Convention du 30 juin 2005... », *loc.cit.*, p. 10, la exclusión de los asuntos del Derecho de competencia no excluye lo que los abogados han llamado *unfair competition*, esto es, competencia desleal en el ámbito del Derecho continental; el asunto *Phillips c. Audio Active Limited* (nº05/7017-cv) de 24 de julio del 2007, pp. 6-7, un asunto por competencia desleal, enriquecimiento injusto e infracción de derechos de autor: “ (...) to

57. Otro problema se presenta cuándo las partes han establecido más de un tribunal competente para conocer de diferentes tipos de reclamaciones. En este último supuesto, dependerá del primer tribunal elegido si la cláusula es válida a efectos de su Derecho material determinar su CJI y en base a qué pretensión. Si bajo su ley material es válida, debe aceptar la CJI otorgada previamente por las partes en el contrato si es que se desprende, que debe resolver sobre las cuestiones relativas a la infracción contractual. Del lado contrario, si no es válida podría remitir la cuestión al otro tribunal que las partes designaron y declinar su CJI a favor del mismo, atendiendo a que no tiene validez y no por arbitrio o elección de las partes solamente.

Sólo podrá declararse inválida la “cláusula de sumisión expresa” si hubieren existido en su realización, vicios en el consentimiento, *i.e.* :fraude, *vis, metus, dolo*, falta de capacidad, de autoridad, etc.⁸¹⁵, según la *lex fori* del EM al cual se otorgó la CJI mediante la cláusula de sumisión expresa.

E. Sumisión expresa en contratos de consumo - ilícitos concurrenciales desleales de tipo *B2C*

a. Particularidades

58. Tanto los contratos de consumo celebrados de forma electrónica (*e-commerce*⁸¹⁶) como los celebrados de forma tradicional, que contienen “cláusulas de sumisión expresa”, van a encontrar un tratamiento diferente establecido en el RBI *bis* y el CL⁸¹⁷.

Particularidad propia de la sumisión tácita en contratos *B2C* en el ámbito del RBI *bis*. Los “acuerdos de sumisión expresa” en esta contratación *B2C*, sólo son

classify the clause as mandatory or permissive, i.e.: to decide whether the parties are required to bring any dispute to the designated forum or simply permitted to do so” (el resaltado es la de resolución); asunto *John Boutari & Son, Wines & Spirits, S.A., v. Attiki Imps. & Distributions, Inc.*, (2º circuito), 1994, disponible en: penjurist.org/22/f3d/51/john-boutari-and-son-wines-and-spirits-sa-v-attiki-importers-and-distributors-incorporated; en Estados Unidos, los tribunales no deben tratar una cláusula de sumisión expresa como exclusiva a no ser que del mismo lenguaje de la cláusula se desprenda que debe ser exclusiva y que las partes, ambas, estaban enteradas que existía una cláusula que las obligaba, E. S. SHERBY, “A Survey of Appellate cases construing forum selection clauses in intellectual property disputes”, *ABA*, 2013, disponible en: http://www.americanbar.org/content/dam/aba/events/international_law/2013/05/law_business_and_society-usisraelglobalrelationships/survey%20of%20appellate%20cases.authcheckdam.pdf

⁸¹⁵*Ibid* (LEIN/DICKINSON) p. 297, que critican el término a su vez los problemas prácticas que puede dar, bien sea la cuestión por competencia u otra disciplina.

⁸¹⁶R. ARENAS GARCÍA, “Competencia judicial internacional y acuerdos de sumisión en la contratación electrónica internacional”, *EC*, nº 85, 2008, pp. 45-60, pp. 48-49; U. MAGNUS, “Section 7-Prorogation of jurisdiction”, en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI, *Brussels I Regulation...*, *op.cit.*, pp. 366-436

⁸¹⁷*Vid.* asunto *Gabriel* (C-96/00) dónde el TJUE tuvo ocasión de analizar un contrato entre profesional y el consumidor donde medió publicidad desleal transfronteriza.

válidos según el Derecho de CJI europeo si son establecidos de forma posterior al inicio del procedimiento o si benefician a esta parte débil o que está en situación de asimetría contractual, que son los consumidores⁸¹⁸.

59. El establecimiento de cláusulas de sumisión expresa en estos contratos se suele incluir en el establecimiento de lo que se conoce como “Condiciones generales de uso”.

60. En contratación electrónica con la conocida técnica del *click wrapping*⁸¹⁹, e incluso en las *cookies* de la página *web*⁸²⁰, en las que las “cláusulas de sumisión expresa” establecidas por el profesional, suelen estar “escondidas” como simples términos de uso de la página *web*.

61. Muchos de las infracciones en estos contratos no tienen porque tener relación con una práctica comercial desleal, pero otros sí, puesto que la mayoría quebrantan el “deber de información” (información asimétrica) a la parte débil⁸²¹. De

⁸¹⁸Vid. A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado...*, vol. II, *op.cit.*, pp. 1112-1113.

⁸¹⁹El *Click-Wrap* tuvo su origen en Estados Unidos con un asunto paradigmático (*Pro CD Zeindenberg*) que explica en que consiste. Este tipo de contratos son de venta de *software* a consumidores por el profesional. Su peculiaridad consiste en que el comprador puede revisar los términos del contrato *on line* antes de comprar el producto y dar el “estoy de acuerdo” (*I agree*) antes de finalizar el proceso de compra; el asunto *El Majdoub* (C-322/14) analizó este tipo de acuerdos y su validez a efectos del artículo 23.2 del RBI (actual artículo 25.2 RBI *bis*). Mientras el comprador pueda guardarlos e imprimir el contrato en donde se contiene, de forma habitual, las cláusulas de sumisión expresa, este acuerdo será válido; reciente jurisprudencia relacionada con *El Majdoub*, es el asunto *Höszig Kft c. Thermal Services* (C-222/15) también sobre la validez de una cláusula atributiva de la CJI estipulada en un contrato de condiciones generales con consentimiento previo de las partes. Debe ser el juez de oficio quien examine si la cláusula ha sido fruto o no del consentimiento que debe ser manifestado de forma clara y precisa por ambas partes a la luz de los requisitos del art. 23, ahora art. 25 (pto. 37); No obstante, como apunta DE MIGUEL, en contratos con consumidores excluye la efectividad de estas cláusulas en contratos con consumidores. En relaciones *B2B*, este tipo de contratos, *click-wrapping agreements* no suelen ser aconsejables, sino más bien se aconseja que se realicen entre el consumidor final y el profesional, *vid. v.gr.*, “The Origin of Click-Wrap: Software Shrink-Wrap Agreements”, disponible en: <https://www.wilmerhale.com/pages/publicationsandnewsdetail.aspx?NewsPubId=95543>; J. J. FAWCETT / P. TORREMANS, *Intellectual Property and Private International Law...*, *op.cit.*, no obstante los tribunales norteamericanos son reacios a conceder validez a las cláusulas de sumisión expresa de este tipo de contratos.

⁸²⁰Disfrazadas como “Condiciones generales de la contratación” se encuentran estas cláusulas que, en contratos de consumo, a la luz de lo establecido en el Derecho europeo de consumo, Directiva sobre cláusulas abusivas, deben ser consideradas como nulas de pleno derecho; P. A. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho privado de internet...*, *op.cit.* pp. 949-954; S. DE FRUTOS NOGALES, “La competencia desleal en Internet: Aspectos de derecho internacional privado”, *TFM inédito*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2014, pp. 32-35

⁸²¹Por ejemplo, L. MIRANDA SERRANO/J. PAGADOR LÓPEZ, “Últimos desarrollos jurisprudenciales del principio de integración publicitaria del contrato...”, *loc.cit.*

otro lado, porque también quebrantan el “deber de lealtad” impuesto en las normas contra la competencia desleal orientadas a la protección de los consumidores *B2C*⁸²².

62. Tienen diferencias con los ilícitos concurrenciales desleales de tipo *B2B*, debido a que entran dentro de los límites *rationae materiae* de las cláusulas de sumisión expresa *RBI bis/CL* del foro de protección especial (art. 17 *RBI bis*⁸²³). Por lo que si se considera que es un contrato de tipo *B2C*, con cláusula de sumisión expresa, habrá que estar a lo dispuesto en lo establecido para estos contratos de consumo y no se aplicará el foro de la sumisión expresa que se usa para contratos *B2B*⁸²⁴, en los que la autonomía de la voluntad es igual para ambas partes.

b. Foro de protección especial del consumidor “pasivo”

63. Será también importante determinar, *a priori*, la posición jurídica del consumidor frente al profesional, esto es, que el consumidor puede ser considerado como “consumidor” a efectos del *RBI bis* y que estaba realmente en una posición de asimetría contractual, sin exigirse que sea un consumidor final, dado que la protección que estos foros otorgan a las partes en situación de asimetría contractual aúna también los conceptos de ahorrador o inversor⁸²⁵ de productos financieros⁸²⁶.

⁸²²*Vid. v. gr.*, de forma reciente el TJUE se ha pronunciado favorablemente sosteniendo que cabe la posibilidad de entender comprendido como acto de competencia desleal, y aplicar el artículo 6.1 RRII las obligaciones extracontractuales que pueden derivarse del incumplimiento de la Directiva sobre cláusulas abusivas El asunto *Verein für Konsumentinformation. Amazon EU Sàrl* (C-191/15).

⁸²³ Por ello, en *Tacconi* (C-334/00) y en el asunto *Česká sporitelna* (C-165/13) como en *Engler* la mera existencia de pactos precontractuales no dio lugar a la activación del foro de protección especial para consumidores. Conclusiones del AG sr. Spztnar en *Kolassa* (C-375/13) párr. 49.

⁸²⁴ Artículos 19 y 26.2 del *RBI bis*, y artículos 17 y 23.5 del CL 2007; E. CASTELLANOS RUIZ, “El concepto de actividad profesional “dirigida” al Estado miembro del consumidor: stream of commerce”, *CDT*, octubre 2012, vol. 4, nº2, pp. 70-93; R. LAFUENTE SÁNCHEZ, “El criterio del International *Stream-of-Commerce* y los foros de competencia en materia de contratos electrónicos con consumidores”, *CDT*, vol. 4, nº2, 2012, pp. 177-201; P. A. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho privado de internet...*, *op.cit.*; F.F.GARAU SOBRINO, “Los acuerdos atributivos de jurisdicción en el Derecho procesal civil internacional español”, *CDT*, vol. 2, nº2, 2010, pp. 52-91; P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “Capítulo IV.- Contratación comercial internacional”, en J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, R. ARENAS GARCÍA / P. A. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho de los negocios internacionales...*, *op.cit.*, pp. 257-357, p. 317-323, puede verse también el artículo 3 de la Directiva 13/93/CE sobre cláusulas abusivas; sobre la relación de esta Directiva con el *RBI bis*, art. 67, A. ARROYO APARICIO, “Capítulo II: Sección 4. Artículo 19”, en F.F.GARAU SOBRINO / P. BLANCO-MORALES LIMONES (coords.), *Comentario al Reglamento(UE) nº1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y ...*, *op.cit.*, pp. 465-474, p. 476; asunto *Asturcom Telecomunicaciones S.L.* (C-40/08) sobre la validez de una cláusula de sumisión a arbitraje en un contrato de consumo, hizo al TJUE establecer su condición de abusiva; asunto *Mostaza Claro* (C-168/05).

⁸²⁵ F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “¿Qué tribunales nacionales son competentes para conocer de las demandas por responsabilidad del folleto? A propósito de la STJUE de 28 de enero de 2015”, 3/02/2015, disponible en: <http://derechomercantiles.ana.blogspot.com.es/2015/02/que-tribunales-nacionales-son.html>, advierte que no ha sido así entendido por gran parte de un sector de la doctrina europea, aunque como el autor afirma, para el TJUE es claro que un inversor privado “no profesional” es

64. Si no se ofrece dicha circunstancia, esto es, que dentro del concepto europeo de “consumidor activo” en el de foro de protección para los mismos, no se activará el foro de protección especial (as. *Kolassa*) y habrá que estar a lo dispuesto en otros foros⁸²⁷.

65. La jurisprudencia del TJUE siempre ha sido bastante clara en la determinación que debe hacerse en cuanto, si no es consumidor pasivo no puede tener la misma protección ofrecida por el legislador europeo.

En materia de competencia desleal, especialmente en actos de publicidad engañosa transfronteriza dirigida a consumidores domiciliados en EM diferentes al del establecimiento del profesional, suelen también tenerse en cuenta si la oferta se dirigía a EM diferentes (o incluso de terceros Estados) a los del establecimiento del profesional con el fin de obtener demanda extranjera (consumidores de otros Estados).

66. Es un ejemplo paradigmático en competencia desleal, el asunto *ENGLER*⁸²⁸, donde el TJUE vuelve a diferenciar entre el consumidor de tipo activo y el

un consumidor a efectos del RBI *bis*; S. SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, *Ley aplicable a la responsabilidad derivada del folleto*, tesis doctoral inédita, Madrid, Universidad Autónoma, 2013, pp. 43-45, sobre el concepto de “inversor” minorista y las PyMES como inversores cualificados (en el derecho sustantivo español, siguiendo la Ley General de Consumidores y Usuarios); también la STJUE *Costea* (C-110/14), el TJUE establece que un abogado puede ser considerado un consumidor a efectos de la Directiva 93/13/CE cuándo contrata un crédito con entidad bancaria, a pesar de tener incluso conocimientos del tipo de cláusulas que está firmando pero que tal contrato de crédito no se encontraba vinculado a su actividad profesional.

⁸²⁶ *Ibid.* pp. 586-587; F. F. GARAU SOBRINO, “Los acuerdos atributivos de jurisdicción en el Derecho procesal civil internacional...”, *loc.cit.*, p. 63, lo que sí se exige es determinar que la posición contractual del consumidor final privado se relacione con que la operación que realiza frente al profesional es personal, esto es, que no esté realizando un compra profesional; de forma reciente, la STJUE *Kolassa* (C-375/13) y conclusiones del AG Szpunar. En este asunto, el TJUE consideró que no existía ningún contrato de consumo, es más que ni siquiera que mediaba ninguna relación contractual.

⁸²⁷ Asunto *Kolassa* (C-374/13) y de forma anterior, en el asunto *Benincasa c. Dentalkit Srl* (C-269/95).

⁸²⁸ *Vid.* E. COUREALT, *La Concurrence déloyale en Droit international privé...*, *op.cit.*; en cambio en el asunto *Henkel* (C-167/00) se estableció que en materia de consumidores y en cuanto una asociación de consumidores quisiese establecer acciones colectivas en contra de prácticas comerciales desleales, debían considerarse incluidas, no en el ámbito de aplicación del artículo 15.1 del RBI (foro de protección especial) sino en el foro del artículo 5.3 RBI, esto es, el de las obligaciones extracontractuales; en España, por ejemplo, los consumidores y asociaciones de consumidores tienen una norma especial de competencia territorial (art. 52.1.16ª LEC) que debe ponerse en relación con el art. 54 LEC que exceptúa el domicilio del demandado en cuestiones de acciones de cesación; El estudio comparativo de los diferentes regímenes que existen en el ámbito de los Estados miembros para solicitar acciones colectivas contra las prácticas engañosas tras la implementación de la DPCD, Stationery Office, *Consumer Redress for Misleading and Aggressive Practices: A point Consultation Paper, London, Law Commission (Reforming the Law)*, 2011, p. 10; destaca el informe, la gran variedad de regímenes (entre lo público y lo privado y la posibilidad de establecer acciones basadas en la *culpa in contrahendo* en Alemania, si la reclamación por el consumidor es de tipo privado e individual; R. DE VREY, *Towards a European Unfair Competition Law...*, *op.cit.*; por otra parte, B. KEIRSBILCK, *The New European Law of Unfair...* *op.cit.*, p. 518, reproduciendo a Drexlsbrayan que la responsabilidad frente al consumidor establecida en

consumidor de tipo pasivo en el ámbito de la UE (ya lo había hecho previamente en el asunto *GABRIEL*. Aunque en este asunto no mediaba contrato⁸²⁹.)

Este asunto nace de una controversia donde también se interpusieron acciones por parte del consumidor contra el profesional por los actos relativos a la publicidad engañosa de tipo transfronterizo, realizada en sus folletos de promoción publicitaria.

67. En *ENGLER*, fue de aplicación el foro el artículo 5.1 RBI, esto es, el foro especial de las obligaciones de tipo contractual y no el protección especial, puesto que las circunstancias y los hechos diferían de la anterior jurisprudencia emanada del asunto *GABRIEL* en cuanto el consumidor no tenía condición de “consumidor pasivo” sino de “consumidor activo”. El profesional no había dirigido la promoción publicitaria al EM donde estaban domiciliados los consumidores que habían reclamado, por lo que no existían motivos para poder accionar la protección debida a aquellos consumidores que reciben la oferta de otro EM diferente (algunos criterios de valoración para entender que el consumidor es pasivo y que el profesional dirige la oferta a un país diferente de donde tiene el establecimiento son el idioma y la moneda-*stream of commerce*⁸³⁰).

68. No obstante, algunos autores de la doctrina extranjera han considerado que la solución para que los empresarios no lleguen a realizar prácticas comerciales desleales en materia de contratación con consumidores, ni siquiera con los consumidores de tipo activo que se pueden encontrar desprotegidos, es que consagre el *forum actoris*, para todos los consumidores, tal y como está consagrado en cierta medida para los consumidores de tipo pasivo⁸³¹.

todos los instrumentos de Derecho de consumo de la UE, es tanto contractual, post-contractual como precontractual.

⁸²⁹ En el asunto *Engler* (C-27/02), la entrega del premio en este asunto y a diferencia del asunto *Gabriel* es que no estaba sometida a un pedido de productos que el consumidor tenía que realizar con el fin de obtener la prima. Otra diferencia que parece ser relevante en orden a determinar el foro de competencia de protección especial o el de obligaciones contractuales es que, en el asunto *GABRIEL* se trataba de un contrato de venta de bienes muebles y el asunto *ENGLER* sólo existían relaciones precontractuales entre las partes; Conclusiones generales del AG sr. Sputznar en el asunto *KOLASSA* (C-375/13), p. 33 y 49.

⁸³⁰ A.L.CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado...*, vol. 2, *op.cit.*, p. 1361 (en materia de LA); E. CASTELLANOS RUIZ, “El concepto de actividad profesional “dirigida” al Estado miembro...”, *loc.cit.*

⁸³¹ En el ámbito del Derecho sustantivo de la contratación electrónica con consumidores también nuestros autores están en total disconformidad en como se ha legislado este aspecto, L. MIRANDA SERRANO, “El régimen especial de la contratación electrónica mediante condiciones generales: un magnífico ejemplo de cómo no se debe legislar”, en AAVV, *Derecho patrimonial y tecnología (Revisión de los principios de la contratación electrónica con motivo del Convenio de Naciones Unidas sobre Contratación electrónica de 23 de noviembre de 2005 y de las últimas novedades legislativas)*, Madrid, Marcial Pons, 2007, pp. 233-250.

69. Esta parte de la doctrina se apoya además en un *forum legis (forum-ius)* que parece desprenderse de lo establecido para la ley aplicable a contratos de consumo del RR I en relación a los foros de CJI de protección especial del RBI *bis*⁸³².

Estos aspectos no se analizan en esta tesis, porque es un debate diferente a su objeto. No obstante, se los ha considerado en cuanto tienen relación con la protección que debe darse a la parte débil de las relaciones de competencia, los consumidores, y la determinación de saber si son activos o pasivos, siendo necesaria como se ha podido observar, puesto que de ello depende el foro de CJI ante el que se deben establecer las acciones contra las prácticas desleales de tipo *B2C*.

F. Virtualidad del foro de la sumisión tácita para estos ilícitos

71. El foro de la sumisión tácita es válido en cuestiones de competencia desleal transfronteriza como materia dispositiva⁸³³, siempre y cuándo se den los requisitos establecidos en el RBI *bis*/CL 2007 y no esté relacionada a determinados tipos de contratos como los contratos *B2C* cuando los consumidores son de tipo pasivo⁸³⁴.

La determinación de este foro se lleva a cabo por un comportamiento procesal de las partes⁸³⁵. Es decir, el requisito para su activación es que el demandado comparezca ante el tribunal donde ha sido demandado y no interponga declinatoria internacional estableciendo la posible falta de CJI⁸³⁶.

⁸³²Cf. E. COUREAULT, *La Concurrence déloyale en droit international privé...*, *op.cit.*, pp. 230-231; M. RIGAL, “La protection du consommateur par le droit de la concurrence”, Montpellier, *Centre de Droit de la Consommation et du Marche*, 2010-2011, pp. 1-183, pp. 131-149.

⁸³³*Vid.* A. FONT SEGURA, “Infructuoso intento de justificar la competencia de la jurisdicción española...”, *loc.cit.*, p. 679; Asunto *Taser International Inc.* (C-175/15), en donde el TJUE confirma que aun existiendo un pacto de sumisión expresa a los tribunales de un Estado determinado, si las partes no impugnan la competencia, el foro de la sumisión tácita se revela por encima del de sumisión expresa. Este último asunto comentado por P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “Sumisión tácita y eficacia de cláusulas atributivas de competencia”, 1/04/2016, disponible en: <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es>

⁸³⁴*Vid.* F. GASCÓN INCHAUSTI, “Algunas cuestiones en torno a la aplicación judicial de las normas de competencia judicial”, *Tribunales de Justicia*, nº12, 2001, pp. 81-95. En España, está reconocido por la jurisprudencia de forma reiterada. Así también en el ámbito del RBI/CL también en la jurisprudencia del TJUE, como ejemplo el reciente asunto *Taser International*(C-175/15).

⁸³⁵*Ibidem*; se determina mediante un comportamiento procesal y no un lugar o materia concreta; A. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, *Litigios transfronterizos sobre derechos de propiedad ...*, *op.cit.*, p. 87.

⁸³⁶En la LEC la interposición de declinatoria debe interponerse la declinatoria según lo establecido en el artículo 63.1 (contenido y legitimación), artículo 64 (momento procesal) y el artículo 66 (en cuestiones de competencia internacional, jurisdicción, sumisión a arbitraje, mediación y competencia objetiva).

72. En este caso, la acción de contestar a la demanda⁸³⁷ y/o también plantear demanda reconvenzional es una señal clara que el demandado puede estar aceptando la competencia del tribunal dónde se le ha demandado⁸³⁸.

73. Tal y como establece el artículo 26 RBI *bis*, la sola “comparecencia” del demandado así como la prueba que su comparecencia no debe tener como objetivo la impugnación de la CJI de los tribunales donde está situado un foro exclusivo (apartado 1º) activa esta posibilidad y la otorga validez⁸³⁹.

74. Por último, este foro tiene “doble efecto”⁸⁴⁰: “prorroga la competencia de un tribunal” y en el caso de haber existido una cláusula de sumisión expresa previa, deroga esta misma (con el doble efecto de *prorrogatio* y *derogatio fori*)⁸⁴¹.

3. El foro general del domicilio del demandado y el foro de la sucursal en ilícitos concurrencial de tipo desleal

A. Régimen de aplicación general

75. El foro general del domicilio del demandado está localizado en el artículo 4 (*ex. art. 2 del RBI/CL 2007*). Este foro siendo la norma general aparta las normas de CJI de fuente interna, siempre y cuando el demandado tenga el domicilio en un EM (con independencia de su nacionalidad) y no haya otro instrumento jurídico internacional de corte bilateral o multilateral que determine la CJI⁸⁴².

⁸³⁷ Sobre el anterior sistema RBI (qué aún perdura en el CL 2007); A. L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Section 7. Prorrogatio of Jurisdiction. Article 24”, en U. MAGNUS/ P. MANKOWSKI, *Brussels I Regulation. European... op.cit.*, pp. 437-448.

⁸³⁸ *Ibid.* p. 585 y asunto *Elefanten*(C-150/80).

⁸³⁹ *Vid.* A. RODRÍGUEZ BENOT, “Capítulo II: Sección 7ª. Artículo 26), en F.F. GARAU SOBRINO/P. BLANCO-MORALES LIMONES, *et al.* (coord.), *Comentario al Reglamento(UE) n° 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales...*, *op.cit.*, pp. 579-590, p. 584, atendiendo a la importancia del concepto “comparecencia” como concepto autónomo del RBI *bis*, los actos procesales que efectúe el demandado para entender que ha comparecido se deben constatar bajo lo establecido en la *lex fori* del tribunal del Estado en el que se haya incoado el procedimiento. El TJUE determinó en el asunto *Elefanten* que comparecencia es la mera presencia del demandado de forma que actúe como parte procesal ante el Tribunal del EM dónde se le ha demandado, E. LEIN/ A. DICKINSON, *The Brussels I Regulation Recast...*, *op.cit.*, p. 308, la *lex fori* determinará otras cuestiones como los plazos procesales por los que se entienda que el demandado ha comparecido.

⁸⁴⁰ El foro de la sumisión tácita también se presenta con independencia del domicilio del demandado; A. RODRÍGUEZ BENOT, “Artículo 26...”, *loc.cit.*, en F. F. GARAU SOBRINO/ P. BLANCO-MORALES LIMONES, *Comentario al Reglamento (UE) n° 1215/2102...*, *op.cit.*, p. 582; E. LEIN/ A. DICKINSON, *The Brussels I Regulation Recast...*, *op.cit.*, 307; M. VIRGÓS SORIANO /F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil...*, *op.cit.*, p. 305.

⁸⁴¹ Postura que fue defendida en la doctrina española del DIPr por FUENTES CAMACHO.

⁸⁴² *Vid.* de forma general sobre el domicilio del demandado, T. KRUGER, *Civil Jurisdiction Rules of the EU and Their Impact on Third States... op.cit.*, p. 19; T. VON MEHREN/ D. TRAUTMAN, “Jurisdiction to Adjudicate...”, *loc.cit.*, pp. 1127-1128, “*The plaintiff must pursue the defendant to his forum*”; C. MCLAHLAN, “Transnational Tort Litigation...”, *loc.cit.*, en C. MCLAHLAN/ P. NYNGH,

76. KESSEDJIAN se pronunció sobre esta opción como la más favorable tanto para el demandado e incluso también para el demandante por su flexibilidad (al menos en su análisis dedicado a los supuestos por competencia desleal transfronterizos ante los tribunales franceses)⁸⁴³.

77. Está basado en cuestiones de previsibilidad, por ello, su lógica se encuentra en la búsqueda de los principios de legitimidad, justicia y conveniencia del equilibrio entre los litigantes en el proceso así como el respeto por el juez natural predeterminado por la ley que evita situaciones procesales como el *forum non conveniens*⁸⁴⁴. Incluyendo

Transnational Tort Litigation..., *op.cit.*, pp. 16-17. Todos estos autores nos ofrecen un análisis acerca de la evolución de esta regla general. Se abandonaron determinados tipos de jurisdicción general, como por ejemplo, la *tag jurisdiction* (presencia temporal del demandado); el *service of process or writ* (la sola notificación del demandado en un determinado foro), etc., con la lógica de buscar un lugar dónde se haga prueba que el demandado tiene permanencia, por ejemplo: el domicilio, o la residencia habitual; C. RYNGAERT, "The Concept of Jurisdiction in International Law", 2014, disponible en: <https://unijuris.sites.uu.nl/wp-content/uploads/sites/9/2014/12/The-Concept-of-Jurisdiction-in-International-Law.pdf>, p. 8; C. I. CORDERO ALVÁREZ, *Litigios transfronterizos sobre difamación...* *op.cit.*, p. 98; A. LÓPEZ TARRUELLA, *Litigios transfronterizos sobre derechos de propiedad industrial...*, *op.cit.*, p.88 : M.L.LORENZO GUILLÉN, "Capítulo II: Sección 1. Artículo 4", en F.F. GARAU SOBRINO/P. BLANCO-MORALES LIMONES, *Comentario al Reglamento (UE) nº1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ..., op.cit.*, pp. 111-139; H. MUIR WATT/D. BUREAU, *Droit international privé. Partie générale*, t. I, 3ª ed., Paris, Thémis droit, 2014, pp.157-158 ; A. BERNARDO SAN JOSÉ / B. SÁNCHEZ LÓPEZ, « Fuero General de competencia internacional : el domicilio del demandado (artículos 2, 3 y 4 RB), enA. DE LA OLIVA SANTOS *et al.*, *Derecho Procesal Civil Europeo*, vol. I: Competencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en la Unión Europea, Cizur Menor, Aranzadi, 2011, pp. 77-98.

⁸⁴³*Vid.* C. KESSEDJIAN, "Chapter 10.-Competition", *loc.cit.*, en C. MCLACHLAN/ P. NYGH,(eds.), *Transnational Tort Litigation : Jurisdictional ...*, *op.cit.*; también, GARCÍA MIRETE en cuestiones de protección transfronteriza de bases de datos relacionadas con actos de competencia desleal lo muestra como la solución óptima, aunque no sin no poner de relieve los problemas del foro general, C. GARCÍA MIRETE, *La adaptación de las bases de datos electrónicas...*, *op.cit.*, p. 293; De la misma manera pero en cuestiones análogas, esto es, relacionadas con el ilícito *antitrust*, M. DANOV, "Jurisdiction in Cross-Border EU Competition...", *loc.cit.* pp. 169-170, el autor sostiene que el demandante cuando establece la demanda por daños derivados de un ilícito *antitrust* ante el foro general del domicilio del demandado evita de forma innecesaria los obstáculos de los foros especiales (como por ejemplo, problemas de determinación de la CJI).

⁸⁴⁴*Vid.* Considerando 15 (sobre la previsibilidad de las normas CJI del RBI *bis*) y Considerando 16; art. 6 CEDH, en relación a los derechos procesales fundamentales;en la doctrina, de los primeros autores que pusieron de relieve estas características,A. T. VON MEHREN/D. T. TRAUTMAN, "Jurisdiction to Adjudicate: A Suggested..." *loc.cit.*, p. 1137: "*Justice requires a certain and predictable place where a person can be reached by those having claims against him*"; T. KRUGER, *Civil Jurisdiction Rules of the EU and their...*, *op.cit.*, p. 144; sobre los problemas del *forum non conveniens* en el ámbito procesal español, y la seguridad jurídica que otorga el foro del domicilio del demandado, C. OTERO GARCÍA CASTRILLÓN, "Problemas de aplicación de las normas de competencia judicial internacional en el derecho español y el derecho comunitario: reflexiones en torno al *forum non conveniens*", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, nº 94, 2000, pp. 99-128, disponible también en: <http://eprints.ucm.es/7013/1/FNC.pdf> ; Como ejemplo paradigmático de esta cuestión, cabe mencionar el asunto *Owusu* (C-281/02) y en algunas cuestiones el asunto *Marinari* (C-364/93).Desde el asunto *Owusu* quedó establecido por el TJUE que el *forum non conveniens* no tiene cabida bajo las normas del RBI *bis*; M. FALLON, "Approche systémique de l'applicabilité dans l'espace

los litigios por competencia desleal transfronteriza de tipo *B2B*, en donde a veces, el mercado afectado es difícil de precisar.

78. El domicilio implica el *animus manendi*, una condición de permanencia de un sujeto en un espacio determinado con independencia de otros criterios de conexión, como es por ejemplo, el criterio del mercado afectado o el de los efectos para la disciplina⁸⁴⁵.

79. Concurrencia con los foros neutros. Este criterio general tiene a su vez concurrencia con los foros neutros, alternativos o concurrentes (que se usan de forma habitual en infracciones al Derecho contra la competencia desleal) basados en el “principio de proximidad” entre el tribunal y los hechos litigiosos. Su alternatividad o concurrencia depende en el RBI *bis*, precisamente, de si el demandado tiene el domicilio en un EM⁸⁴⁶.

80. Diferencias en el concepto domicilio como problema (conflictos negativos de competencia).⁸⁴⁷ Ni el RBI ni el CL han ofrecido un concepto propio para

de Bruxelles I et de Rome I”, en J. MEEUSEN, M. PERTEGÁS / G. STRAETMANS (eds.), *Enforcement of International Contracts...*, *op.cit.*, pp. 127-173, pp.147-160.

⁸⁴⁵ Vid. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS / S. SÁNCHEZ LORENZO, *Curso de Derecho internacional privado*, 2ªed., Madrid, Civitas, 1992, p. 321; Resolution (72) I-E, of the EUROPEAN COMMITTEE ON LEGAL COOPERATION, “On the Standardisation of the Legal Concepts of “Domicile” and of “Residence””, 18 de enero de 1972, pp. 8-9, disponible en: <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=476860&SecMode=1&DocId=952908&Usage=2>; A. T. VON MEHREN/D. T. TRAUTMAN, “Jurisdiction to Adjudicate: A Suggested Analysis”, *Harv. L. Review*, vol. 79, nº 6, abril 1966, pp. 1121-1179, sostuvieron que no implica la “simple permanencia” o “simple presencia” del demandado, p. 1137; J.P. NIBOYET, *Traité de droit international privé français. Sources, Nationalité, domicile*, t. I, 2ª ed. Paris, Sirey, 1947.

⁸⁴⁶ Cdo. 16 RBI *bis*; P. LAGARDE, “Le principe de proximité dans le Droit international privé...”, *loc.cit.*; P. BOUREL, “Du rattachement de quelques délits...”, *loc.cit.*, p. 366 y ss; J.M. Espinar Vicente, *Tratado elemental de Derecho internacional privado...*, *op.cit.* Informe Jenard sobre el Convenio de Bruselas de 1968, *cit.*; A. NUYTS, “Study on Residual Jurisdiction (Review of the Member States’ Rules concerning the “Residual Jurisdiction in Civil and Commercial Matters pursuant to the Brussels I and II Regulation”, *General Report*, 3ª versión, 6 de julio 2007, p. 135; A. T. VON MEHREN/ D. T. TRAUTMAN, “Jurisdiction to Adjudicate: A Suggested...” *loc.cit.*; Asunto *Publiese* (C-437/00), *Owusu* (C-281/02), *Gabriel* (C-96/00).

⁸⁴⁷ Sobre los conflictos negativos de CJI en general, T. KRUGER, *Civil Jurisdiction Rules of the EU...*, *op.cit.*, p. 66; M. VIRGÓS SORIANO/ F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional...*, *op.cit.*, pp. 125-126; A. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, *Litigios transfronterizos sobre derechos de propiedad industrial...*, *op.cit.*, pp. 89-90, en caso que dos tribunales o más se declarasen competentes sobre la misma demanda y contra la misma persona también nos hace acudir al foro de la litispendencia (art. 29 RBI *bis*/27 CL 2007); E. PATAUT, “Qu’est-ce qu’un litige intracommunautaire? Réflexions autor de l’article 4 du Règlement Bruxelles I”, en VVAA, *Justice et droits fondamentaux. Études offertes à Jacques Normand*, Litec, 2003, pp. 365-385.

saber con exactitud que debe entenderse por domicilio y habrá que estar a lo dispuesto en la *lex fori*⁸⁴⁸ (artículo 62 RBI *bis*)⁸⁴⁹.

81. Se discutió, -debido a las grandes diferencias del concepto domicilio entre los EM-, que, a veces más que una solución como criterio es un problema a la hora de determinar si alguien se encuentra demandado en un EM o no, si era adecuado un cambio por el criterio de la residencia habitual ya establecido en otros instrumentos de CJI europeos⁸⁵⁰. De hecho, en caso de un conflicto negativo de competencia, cuándo ningún tribunal se declara competente o no bajo lo establecido en su *lex fori*, se ha considerado que podría usarse como criterio subsidiario el de la residencia habitual, si así se entiende también en la *lex fori*, para evitar situaciones de inseguridad jurídica e infracciones a la tutela judicial efectiva.

82. Diferente aplicación para los ilícitos concurrenciales de tipo desleal. En este epígrafe también se procede a diferenciar la virtualidad del foro del domicilio del demandado en ilícitos concurrenciales desleales de tipo *B2B* de los ilícitos concurrenciales desleales de tipo *B2C*.

84. La utilidad será importante, como se ha comentado anteriormente, en aquellos supuestos en los que exista cierta imposibilidad para localizar un mercado afectado o el mercado más relevante del producto como referencia para poder interponer la demanda ante el foro especial por razón de la materia⁸⁵¹.

⁸⁴⁸ Hay que tener en cuenta que en la LEC existe un foro de competencia territorial especial en asuntos de competencia desleal (art. 52.1.12^a); *vid. infra*, Sección II; S. Barona Vilar, *Competencia desleal. Tutela jurisdiccional (especialmente proceso civil...)*, t.I, *op.cit...*, En España, se estará en lo dispuesto por la LEC para determinar la competencia territorial del juez (arts. 50 a 60 LEC por tratarse de un litigio de materia civil). El concepto “domicilio” se recoge en el art. 40 CC por lo tanto la remisión es al derecho sustantivo y no procesal español. Para personas jurídicas el art. 41 CC (con excepciones para determinado tipo de personas jurídicas como las fundaciones).

⁸⁴⁹ *Vid.* M. VIRGÓS SORIANO/F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional...*, *op.cit.*, pp. 125-126; Siendo un problema relativo a todas las demandas que se presenten ante el foro general del domicilio del demandado y no solamente para las relativas al ámbito de la competencia desleal transfronteriza.

⁸⁵⁰ *Vid.* “Libro Verde sobre la revisión del Reglamento (CE) n° 44/2001, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil”, Bruselas 21/4/2009, COM (2009) 175 final, p. 11; y el “Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y social europeo sobre la aplicación del Reglamento (CE) 44/2001 del Consejo relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil”, Bruselas 21/4/2009, COM (2009) 174 final, p. 10; R. ARENAS GARCÍA / C. ORÓ MARTÍNEZ, “La propuesta de revisión del Reglamento 44/2001: algunos pasos en la dirección correcta”, Blog del *Área de Dret Internacional Privat*, 2010, disponible en: <http://blogs.uab.cat/adipr/2010/12/28/la-propuesta-de-revision-del-reglamento-442001-algunos-pasos-en-la-direccion-correcta>;

⁸⁵¹ *Vid.* A. DYER, “Unfair Competition in Private International...”, *loc.cit.*, p. 443; el autor lo analiza en el ámbito de la *lex loci delicti commissi*

85. Supuestos de inaplicación del foro general del domicilio del demandado. Cuando se hayan realizado acuerdos de prórroga de foro o se acepte por las partes la sumisión tácita al tribunal ante el que se inició un procedimiento contra los presuntos competidores desleales⁸⁵²

Infracciones al Derecho contra la competencia desleal cometidos por Internet. En determinados supuestos que se han realizado en *Internet* o medios análogos y en aquellos supuestos donde el domicilio del demandado no es conocido, se ha cuestionado su eficacia⁸⁵³.

86. Ejemplo: supuesto de difamación por *Internet* que ha implicado publicidad denigratoria y comparativa de los productos o servicios de un competidor, publicidad realizada por otro competidor que lanzó la campaña por medio de una página *web* con dominio “.com.”⁸⁵⁴.

87. La dificultad para precisar el domicilio del demandado en estos supuestos ha hecho que en la práctica judicial se prefiera la aplicación de otros foros. CORDERO ÁLVAREZ⁸⁵⁵, por ejemplo, destaca que dentro de los ilícitos contra el honor existe un tratamiento específico para los ilícitos que representan atentados contra la reputación entre competidores (*B2B*).

88. Teniendo en cuenta como dice, que las personas jurídicas son titulares del derecho al honor puede realizarse la persecución del ilícito por ambas vías. Perseguidos como un supuesto de difamación y delito contra el honor o también como acto

⁸⁵²*Vid.* apartado dedicado al análisis de los foros de conexidad procesal del RBI *bis*.

⁸⁵³Asuntos *G. vs de Visser* (C-292/10), con nota de C. I. CORDERO ÁLVAREZ, “Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 15 de marzo de 2012 C-292/12, *G c. Cornelius de Visser*”, *REDI*, vol. LXIV, nº2, 2012, pp. 221-224, p. 222, sólo podrá recurrirse a las normas de competencia cuando concurren indicios probatorios suficientes que permitan al foro concluir que el demandado está efectivamente domiciliado fuera del territorio UE; e *Hypotecni Banka* (C-327/10); en referencia a estos asuntos, C.I. CORDERO ÁLVAREZ, *Litigios internacionales sobre difamación...*, *op.cit.*, p. 98; E. LEIN/ A. DICKINSON, *The Brussels I Regulation Recast...*, *op.cit.*, p. 126. En ambos asuntos el TJUE fue preguntado sobre la posibilidad de seguir usando el RBI *bis*, en caso de demandados que no se sabe a ciencia cierta si está domiciliados en la UE o no. El TJUE contestó de forma afirmativa. El RBI debe aplicarse porque esta circunstancia no precluye su aplicación. Esta problemática tratada desde el ámbito de la contratación electrónica y su falta de solución por parte del legislador europeo también ha sido puesta de relieve en la doctrina, P. DIAGO DIAGO, “La residencia digital como nuevo factor de vinculación en el Derecho Internacional Privado del Ciberespacio ¿posible conexión de futuro?”, *Diario La Ley*, nº 8308, 2014.

⁸⁵⁴En España sí cabría la demanda por infracción del artículo 9 LCD (siempre y cuando el acto se haya realizado en el mercado y con fines concurrenciales, art. 2 LCD porque si no cabría la opción explicada en la nota *infra*). En este sentido, habrá que estar a si la ley material del país donde se demanda reconoce este ilícito como un ilícito de competencia desleal para poder interponer acciones contra los presuntos responsables (pero esta cuestión es aparte de los problemas reconocidos para el domicilio del demandado); SAP Madrid, Secc. 28, nº 7055/2012, de 30 de marzo de 2012, asunto *WholesaleBrokers c. Iberpandi*, FJ 6º.

⁸⁵⁵C.I. CORDERO ÁLVAREZ, *Litigios internacionales sobre difamación...*, *op.cit.*, p. 98; *id.* *La protección del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen...*, *op.cit.*, pp. 163-165

denigratorio en el mercado (reconocido como un acto *B2B* en la mayor parte de las legislaciones); en contra de su consideración se muestra la SAP de Madrid, Secc. 28, nº 8/12, 13/01/2012, asunto *RYANAIR*, FJ 4º que reproduce lo establecido por el TS sobre que el menoscabo del crédito constituye una modalidad de denigración que no tiene necesariamente que coincidir con los contornos de la lesión al honor.

89. No obstante, reconoce la SAP, que este aspecto es amplio y depende de normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento. De todas formas, el bien jurídico protegido en el ilícito de denigración concurrencial no es sólo la reputación o crédito en el mercado del competidor sino el proceso de toma de decisiones de los consumidores y su buen funcionamiento⁸⁵⁶. Por lo que, podría entablarse la acción no en el domicilio del demandado sino en donde el mercado se hubiese visto afectado por estos actos, que quizás, sea el lugar más lógico.

B. Aplicación del foro general del domicilio del demandado en ilícitos concurrenciales desleales de tipo *B2B*⁸⁵⁷.

90. La flexibilidad de este foro es que los afectados por el acto o práctica comercial desleal tienen la posibilidad de entablar un amplio abanico de acciones contra los actos y prácticas comerciales desleales con independencia de la naturaleza legal de su acción⁸⁵⁸.

91. Desde la reparación total de los daños (acciones de indemnización por daños y perjuicios-*damages remedy*) hasta acciones de cesación, declarativas (también, las acciones declarativas negativas), de remoción, de restitución, rectificación (recordando en este aspecto la doctrina *Shevill*)⁸⁵⁹.

⁸⁵⁶ Según STS 139/1995, de 26 de enero.

⁸⁵⁷ Puede valorarse este foro también en litigios *C2C* cuando la demanda se establece contra los prosumidores de las plataformas de economía colaborativa (*sharing economy*).

⁸⁵⁸ P. A. DE MIGUEL ASENSIO, "The Private International Law of Intellectual Property...", *loc.cit.*; "(...) the jurisdiction of the courts of the defendant's domicile covers disputes concerning the harm caused worldwide"; E. COUREAULT, *La Concurrence déloyale en Droit international privé...*, *op.cit.*; A. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, *Litigios transfronterizos sobre derechos de propiedad industrial...*, *op.cit.*, p. 89; C. KESSEDJIAN, "Chapter 10.-Competition", *loc.cit.*, en C. MCLACHLAN/P.NYGH, (eds.), *Transnational Tort Litigation...*, *op.cit.*, p. 183; SAP Murcia, Secc. 2ª, nº2848/1998, de 21/12/1998 (asunto *CHUPACHUPS*), FJº 4: "ha de tenerse en presente que el hecho que algunos productos no se comercialicen en España, no afecta a la CJI de los tribunales españoles (...)" ; demuestra que a pesar que los efectos del acto comercial desleal hayan sucedido en otro Estado (en este asunto, fue en Rusia) los tribunales del domicilio del demandado pueden incluso establecer acciones de cesación y de indemnización por daños) en contra de tales actos comerciales desleales sucedidos fuera de las fronteras del país del domicilio del demandado.

⁸⁵⁹ *Vid.* P. JIMÉNEZ BLANCO, "Acciones de cesación de actividades...", *loc.cit.*, p. 128 y p. 131; C. KESSEDJIAN, "Chapter 10.-Competition", *loc.cit.*, en *op.cit.*; T. KRUGER, *Civil Jurisdiction of the EU...*, *op.cit.*, p. 143; *Schlosser Report* (1978), p. 111; sobre los orígenes del concepto y su adecuación como concepto autónomo en el ámbito del Convenio de Bruselas 1968, M. DESANTES REAL, *La competencia judicial internacional...*, *op.cit.*, pp. 57-62; asunto C-102/15, Conclusiones del

Con ello, el legislador europeo ha pretendido y pretende evitar estrategias procesales el *bad forum shopping* o el *forum actoris* y el abuso de Derecho procesal⁸⁶⁰.

C. El domicilio de las personas jurídicas y su virtualidad en supuestos de competencia desleal transfronteriza

93. El foro tiene cabida porque la mayor parte de las empresas que puedan ser demandadas por actos de competencia desleal, tengan carácter público o privado, son personas jurídicas⁸⁶¹.

94. La diferencia establecida entre el domicilio de personas físicas y personas jurídicas se encuentra en que para determinar el domicilio de personas jurídicas si se establece un concepto dado por el legislador europeo. Cuando el demandado sea persona jurídica, el art. 4 RBI *bis*, se pondrá en conexión con este concepto europeo dado en el art. 63⁸⁶².

95. Siguiendo el concepto de persona jurídica establecido por el RBI *bis* (art. 63)/CL 2007 existen dos teorías para determinar cuál es el domicilio de las personas jurídicas: Se podrá determinar por el lugar de incorporación (*place where it is incorporated*) y el lugar de la sede estatutaria (*place of the seat theory*); o también el

AG párr. 74: “(...) el demandante siempre está facultado para interponer su demanda abarcando todos los aspectos ante el tribunal del domicilio del demandado”; en cuestiones de competencia desleal transfronteriza, C. KESSEDIAN, “Chapter 10.- Competition...”, *loc.cit.*, C. MCLACHLAN/ P. NYGH (eds.), *Transnational Tort Litigation...*, *op.cit.*, p. 183: “Because the defendant’s forum enjoys an in personam jurisdiction, it is widely accepted that the judge is endowed with general competence to decide the plaintiff’s claims, not only for damages suffered in its territory but also those suffered on a global scale, and to enjoin the defendant not to performing certain acts even in a foreign country”; en materia de denominaciones de origen y relación con actos de competencia desleal contra las DO encuentra el foro general el más adecuado, P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “Competencia judicial en material de indicaciones geográficas y denominaciones de origen”, en B. UBERTAZZI/E. MUÑIZ ESPADA (coords.), *Le indicazioni di qualità degli alimenti (Diritto internazionale ed europeo)*, Milán, Giuffrè Editore, 2009, pp. 80-89.

⁸⁶⁰ Cdo. 16 del Reglamento Bruselas I *bis*: “El foro general del demandado debe completarse con otros foros alternativos a causa de la estrecha conexión existente entre el órgano jurisdiccional y el litigio para facilitar una buena administración de justicia.”

⁸⁶¹ Para el derecho español son personas jurídicas: corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público. Así también las entidades de carácter civil, mercantil o industrial (art. 35.1 CC), más detalles en: M. L. LORENZO GUILLÉN, “Capítulo V: artículo 63”, en F.F. GARAU SOBRINO/P. BLANCO-MORALES LIMONES (coord.), *Comentario al Reglamento (UE) n° 1215/2012 relativo a la Competencia judicial...*, *op.cit.*, p. 1014

⁸⁶² M. PAZDAN/M. SZPUNAR, “Cross-Border Litigation of Unfair Competition”...*loc.cit.*, en A. NUYTS, *International Litigation...* p. 139; A. Font Segura, *La protección del secreto...*, *op.cit.*, pp. 161-165; C. KESSEDIAN, “Chapter 10.-Competition”, *loc.cit.*, en C. MCLACHLAN/P. NYGH, (eds.), *Transnational Tort Litigation: Jurisdictional, ...op.cit.*; D. MOURA VICENTE, “La propriété intellectuelle...”, *loc.cit.*; U. MAGNUS/P. MANKOWSKI, *Brussels I Regulation...* *op.cit.*, pp. 70-74.

lugar dónde la persona jurídica tiene su administración central (*central administration*)⁸⁶³.

D. El foro de la sucursal, agencia o establecimiento análogo

a. Concepto sucursal, agencia o establecimiento análogo

96. Este foro ofrece la posibilidad de demandar a una persona jurídica que no teniendo domicilio en ningún EM, tiene sus filiales, agencias o establecimientos análogos establecidos de forma permanente⁸⁶⁴.

Mediante este foro se permite establecer la demanda contra la sucursal, filial o establecimiento análogo por actos comerciales desleales siempre y cuándo se manifiesten como un centro de operaciones de forma duradera, en el tiempo, con respecto de la sociedad matriz⁸⁶⁵.

97. Tanto el concepto de sucursal, el de establecimiento y su explotación son conceptos también dados de forma propia por el RBI *bis*/CL y así se ha venido interpretando en la jurisprudencia del TJUE desde el asunto *SOMAFER S.A.*⁸⁶⁶.

b. “Falsas filiales”

98. De conformidad con esta jurisprudencia, especialmente en el asunto *DE BLOOS*⁸⁶⁷, no se debe considerar como sucursal ni establecimiento análogo, el asunto a los agentes, concesionarios o distribuidores. Todas estas figuras tienen independencia del principal, no demostrándose el vínculo necesario. Tampoco operaría para las filiales

⁸⁶³ Vid. T. KRUGER, *Civil Jurisdiction Rules of the EU...*, *op.cit.*, pp. 68-70; M. L. LORENZO GUILLÉN, “Capítulo V: Artículo 63”, en F.F. GARAÚ SOBRINO/P. BLANCO-MORALES (coords.), *Comentario al Reglamento (UE) n.º 1215/2012 relativo a la Competencia judicial...*, *op.cit.*, pp.1007-1020

⁸⁶⁴ Vid. por ejemplo, Conclusiones generales del AG Sr. Tanchev, en el reciente asunto *Hummel Holding A/S c. Nike inc., Nike Retail B.V* (C-617/15), ptos. 39-40 y pto.63, que no basta con una mera presencia simbólica, lo que es decisivo es que el establecimiento contribuya a “identificar” y representar a la empresa matriz de la que procede, citando al asunto *De Bloos*. Uno de los elementos esenciales que caracterizan a la sucursal y agencia es el “sometimiento” a la dirección y el control de la empresa principal para poder determinar de forma clara que fue la sucursal por sí misma, o la empresa matriz que la dirigía.

⁸⁶⁵ Sólo si el agente, distribuidor, concesionario actúa como sucursal *de facto* entonces podría llegar a ser considerados establecimiento; sobre la independencia jurídica del establecimiento, Conclusiones Generales del AG Sr. Tanchev (C-617/15), y en relación a la reiterada jurisprudencia del TJUE.

⁸⁶⁶ Asunto *Somafer S.A. c. Saar-Ferngas AG* (C-33/78), apartado 8º y apartado 12.

⁸⁶⁷ Asunto *De Bloos* (C-14/76) realizando la relación de dependencia que debe existir entre la sucursal y la matriz para poder ser demandada en los tribunales donde está sita.

que tienen una personalidad jurídica separable. Aunque existen determinados supuestos de “falsas filiales” que deberán tenerse en cuenta⁸⁶⁸.

99. En estos supuestos de falsas filiales la dirección la lleva a cabo la matriz, actuando como si fuesen sucursales (de forma dependiente). Si estas filiales actúan en el mercado como “sucursales” de la matriz podrán ser demandada por las actividades que se han llevado a cabo de las “falsas filiales”. En estos supuestos es difícil determinar incluso la participación en el mercado de estos establecimientos en nombre de la matriz.

100. Nota sobre el vínculo entre matriz-filiales. El vínculo que determinará la responsabilidad tanto de la matriz como del establecimiento que opera en su lugar en otro Estado habrá que buscarlo entonces en las actividades comerciales y probar que hayan sido dirigidas por otra entidad principal⁸⁶⁹.

101. Ejemplo: Por tanto, si fue la matriz o el principal quién por ejemplo realizó una campaña publicitaria desleal no se podrá demandar a la sucursal o agencia si no se determina que las sucursales participaron del acto comercial desleal de forma directa, teniendo que interponer las acciones judiciales ante el foro del domicilio de la matriz (domicilio del demandado- persona jurídica) u otros foros de CJI si caben, atendiendo al supuesto de hecho⁸⁷⁰.

c. Peculiaridades del foro en competencia desleal

102. Este foro siendo un foro de competencia especial, opera con independencia del objeto o materia del litigio y tiene plena virtualidad práctica en litigios de competencia desleal transfronteriza⁸⁷¹.

Aunque los instrumentos jurídicos que se analizan lo sitúen en el ámbito de las competencias especiales, la doctrina, ha puesto de relieve de forma casi pacífica, que es un foro intermedio entre el foro general del domicilio del demandado y los foros

⁸⁶⁸ J. GUTIÉRREZ GILSANZ, “Capítulo II: Sección 2. Artículo 7.5”, en F.F.GARAU SOBRINO/ P. BLANCO-MORALES LIMONES (coords.), *Comentario al Reglamento (UE) n° 1215/2012 relativo a la competencia...*, op.cit., pp.242-246

⁸⁶⁹ Asunto *Schotte* (C-218/86), en donde una entidad francesa fue demandada en Alemania, dónde estaba situada la entidad relacionada con su actividad, en donde se probó que era la que dirigía los actos de la entidad francesa. A pesar que ambas entidades eran dos personas jurídicas diferentes, la francesa en realidad era una extensión de la alemana. La clave según el TJCE entonces, era que las entidades tenían el mismo nombre y dirección y que la actividad (las operaciones de ambas) se realizaba como una prolongación de la alemana a través de la filial francesa, a pesar de su autonomía; T. KRUGER, *Civil Jurisdiction of the EU rules...*, op.cit., p. 150.

⁸⁷⁰ Asunto *Schotte* (C-218/86); M. PAZDAN/ M. SZPUNAR, “Chapter 7. Cross-Border Litigation of Unfair Competition...”, loc.cit. en A. Nuyts, *International Litigation in Intellectual Property...*, op.cit., p. 139. Tiene que probarse entonces que seguían órdenes de la matriz.

⁸⁷¹ Vid. M. PAZDAN/M. SZPUNAR, “Chapter 7. Cross-Border Litigation of Unfair Competition...”, loc.cit. en A. NUYTS et al. (ed.), *International Litigation in Intellectual Property...*, op.cit., pp. 138-139.

especiales. Sería entonces considerado como una especie de foro “intermedio” entre ambas categorías (considerado como *quasi* general y “pequeño domicilio”)⁸⁷².

103. Este razonamiento parte de la base de entender que sigue tanto el criterio del domicilio de persona jurídica (sucursal/establecimiento) como el “principio de proximidad razonable” típico de los foros alternativos y neutros, en el que no tiene sentido y según el AG sr. Tanchev, interpretarlo de forma “restrictiva”⁸⁷³.

Su objetivo es hacer previsibles las expectativas del demandante sin perjudicar los intereses del demandado (respetando a ambos sus intereses). Es decir, el respeto por el derecho a la tutela judicial efectiva para ambas partes y por el efecto útil de RBI *bis* en litigación transfronteriza⁸⁷⁴.

104. Diferencias con el foro general del domicilio del demandado. No obstante, sólo puede ser entendido como un foro *quasi* general si se observan las diferencias con el foro general del domicilio del demandado: como por ejemplo, que en este foro se atribuye al juez tanto CJI como territorial⁸⁷⁵. De otra parte, que al ser un foro especial, el juez competente del lugar de la filial sólo conocerá de los daños o actos comerciales desleales “locales”, pero no de los daños globales, si se establecen las acciones principales ante el mismo⁸⁷⁶.

⁸⁷² Sobre esta cuestión en especial, M. VIRGÓS SORIANO / F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional...*, *op.cit.* p. 135, considerándolo los autores como “pequeño domicilio”. En este sentido, se ha procurado situarlo en el epígrafe destinado a los foros generales por ser un híbrido entra las competencias especiales y los precitados; C. ORÓ MARTÍNEZ, *La aplicación privada del Derecho de la competencia...*, *op.cit.* pp. 135-138; C. I. CORDERO ALVAREZ, *Litigios internacionales sobre difamación y derechos de la ...*, *op.cit.*, p. 100.

⁸⁷³ Conclusiones generales AG sr. Tanchev (C- 617/15), ptos 79 y ss., sino por el contrario, debe ser interpretado de forma amplia, evitando el *forum actoris* a su vez, del que huyen las normas de CJI del Derecho procesal civil internacional continental.

⁸⁷⁴ R. ARENAS GARCÍA, “Capítulo 3. Sociedades”, en J.C. FERNÁNDEZ ROZAS/ P.A. DE MIGUEL ASENSIO/ R. ARENAS GARCÍA, *Derecho de los Negocios...*, *op.cit.*, p. 248.

⁸⁷⁵ *Vid.* M. VIRGÓS SORIANO/F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional...*, *op.cit.* p. 135; C. ORÓ MARTÍNEZ, *La aplicación privada del Derecho de la Competencia...*, *op.cit.*, p. 137.

⁸⁷⁶ A. LÓPEZ TARRUELLA MARTÍNEZ, *Litigios transfronterizos sobre derechos de propiedad industrial...*, *op.cit.*, 137; de forma reciente lo establecido por el TS en su STS 574/2016, de 14 de marzo de 2016, en relación a *Google Inc.* y *Google Spain S.L.*; el asunto *Google Inc.* y *Google France c. Axa UK*, *Cour d'appel* de Paris (sala 4ª, sección A), asunto de 6/06/2007 sobre marcas y nombres de dominio y la posterior sentencia que se dictó en casación, *Cour de cassation (Chambre commerciale, financière et économique, 23/11/2010, Axa et autres c. Google France, Google Inc.)*. *Google France* fue demandado por *Axa* por actos de competencia desleal y parasitaria y publicidad engañosa. *Axa* demanda a *Google* en Francia a pesar que el dominio de *google* en era *google.de*, *google.uk* y *google.ca.*; J. GUTIÉRREZ GILSANZ, “Capítulo II: Sección 2. Artículo 7.5”, en F.F. GARAU SOBRINO/ P. BLANCO-MORALES LIMONES (coords.), *Comentario al Reglamento (UE) n° 1215/2012 relativo a la competencia...*, *op.cit.*, pp.242-246; P. MANKOWSKI/U. MAGNUS, *Brussels I Regulation...*, *op.cit.*, p. 281.

3. Foros de conexidad procesal y supuestos de competencia desleal transfronteriza

A. El foro del litisconsorcio pasivo o pluralidad de demandados

a. Virtualidad en ilícitos concurrenciales desleales de tipo B2C

105. Suele ocurrir que en litigios transfronterizos de competencia desleal, en especial, los de publicidad desleal transfronteriza, infracciones de tipo privado al Derecho *antitrust* e infracciones a derechos de exclusiva contemos con situaciones de pluralidad de demandados responsables de los actos, que además están ubicados en diferentes Estados⁸⁷⁷.

106. Ejemplo: en litigios de publicidad desleal transfronteriza, en cuanto a demandas en la que se solicite la responsabilidad por daños y perjuicios derivados de actos comerciales desleales (publicidad diseminada en varios Estados por varios responsables), se podrá interponer la misma, contra una pluralidad de responsables (redactor, editor, director de forma individual o como representantes del periódico *on line* o no)⁸⁷⁸.

⁸⁷⁷Sobre supuestos de litisconsorcio pasivo transfronterizo y competencia desleal, M. E. ANCEL, “Le contentieux international de la concurrence déloyale dans la jurisprudence ... », *loc.cit.*, p.1; A. LÓPEZ TARRUELLA MARTÍNEZ, *Litigios transfronterizos sobre derechos de propiedad industrial...op.cit.*, pp. 126-127; J. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, “La apreciación del riesgo de asociación en relación con actos de imitación (Comentario a la SAP Zaragoza (Sección 4ª) de 7 de octubre de 1996)”, *RGD*, nº 639, 1997, pp. 965-985, consultada versión *on line* disponible en: http://eprints.sim.ucm.es/6420/1/1.Apreciaci%C3%B3n_riesgo.pdf, esp. pp. 3-5, en donde el autor pone de relieve que tras la entrada en vigor de la primera LCD (1991) la invocación de tal excepción procesal se podía encontrar bastante en la práctica; en cuestiones de Derecho *antitrust*, piénsese en los cárteles transfronterizos (pluralidad de demandados/cartelistas participantes de la misma infracción del Derecho *antitrust*), como ejemplo reciente, el asunto *CDC-Cártel del Peróxido* (C-325/12) en el que precisamente, entre otras cuestiones se establece la pregunta al TJUE de la virtualidad de este foro en cuestiones de infracciones al Derecho de la competencia; en situaciones de litigios de propiedad industrial e intelectual, *inter alia*, C. GONZÁLEZ BEILFUSS, *Nulidad e infracción de patentes en la Comunidad ...*, *op.cit.*; M. PERTEGÁS SENDER, *Cross-border enforcement of patent ...*, *op.cit.*; A. NUYTS/ K. SZYCHOWSKA/ N. HATZIMIHAIL, “Cross-Border Litigation in Intellectual Property Matters in Europe”, EC Project on Judicial Cooperation in IP/IT Matters (Heidelberg Background Paper), pp.1-38, pp. 12-13; I. HEREDIA CERVANTES, “Artículo 8”, *loc.cit.* en, F. F. GARAU SOBRINO/P. BLANCO-MORALES LIMONES (coord.), *Comentario al Reglamento (UE) nº1215/2012 relativo a la competencia...*, *op.cit.*, p. 280; *id.* “Infracción de patentes y pluralidad de demandados en el ámbito comunitario”, *La Ley Unión Europea*, XXVIII, nº 6703, 20 de abril 2007, pp. 1-7, destacando la doble naturaleza material y procesal del precepto; ejemplos paradigmáticos en la jurisprudencia del TJUE y el uso del art. 6.1 RBI en infracciones de patentes, asuntos *Roche Netherland* (C-539/03) y asunto *GAT c. LuK* (C-04/03).

⁸⁷⁸*Vid.* S. BARONA VILAR, *Competencia desleal. Tutela jurisdiccional...* *op.cit.*, t. II, pp. 1182-1183, a no ser que existen *disclaimers* (cláusulas de exoneración de la responsabilidad), *Standars disclaimers* (para grupos); no siendo un asunto de competencia desleal sí implicó cuestiones de responsabilidad contra cinco editoras de prensa por infracción de derechos de autor por una fotografía profesional, asunto *Painer* (C-145/10). Puso de nuevo al TJUE en la tesitura de interpretar el foro contra este tipo de responsables en litigios de propiedades inmateriales. La única relación que podría tener con la competencia desleal es si también aparte de la infracción a los derechos de propiedad inmaterial (no olvidando el marcado carácter territorial de estos litigios) se probase que existió una infracción a las normas contra la competencia desleal (*v.gr.*: explotación de la reputación ajena por medio de la

107. En infracciones a derechos de exclusiva, se han encontrado más supuestos en materia de marca mediante la imitación desleal o imitaciones / *contrefaçon* (teniendo en cuenta los aspectos conflictivos de la legislación europea en materia de marcas entre la imitación como acto desleal y como infracción marcaria a la vez)⁸⁷⁹; y, en determinadas (no todas) infracciones a los derechos de autor que concurren con actos de competencia desleal⁸⁸⁰.

108. Otro supuesto de competencia desleal transfronteriza que en sí mismo es problemático en pluralidad de demandados, es la determinación de la responsabilidad de varios demandados en supuestos de trabajadores por cuenta ajena o en situación de dependencia a la empresa/principal que han cometido actos comerciales desleales (distribución y comercialización de productos falsificados en varios Estados)⁸⁸¹.

109. En estos supuestos se debe localizar primero al “principal” si fue el que dirigió el acto comercial transfronterizo para poder atraer al resto de participantes. En muchas ocasiones el problema es que no se podrá determinar quién fue el “principal” de entre todos ellos, o será una tarea harto complicada, como en los contratos de agencia.

infracción de derechos de exclusiva de un tercero); un comentario al asunto *Painer*, B. CAMPUZANO DÍAZ, “El TJUE de nuevo con el foro de la pluralidad de demandados. Nota a la sentencia de 1 de diciembre de 2011 en el asunto *Painer*”, *CDT*, vol. 4, nº1, 2012, pp. 245-255; C. ORÓ MARTÍNEZ, “Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 3ª) de 1 de diciembre de 2011, asunto C-145/10, *Eva-Maria Painer c. Standard VerlagsGmbH y otros*”, *REDI*, vol. LXIV, nº2, 2012, pp. 218-220; C. I. CORDERO ALVÁREZ, *Litigios internacionales sobre difamación y derechos...*, *op.cit.*, p. 109; T. AZZI, “Connexité entre contrefaçon et concurrence déloyale. Com., 26 févr.2013, nº11-27.139, D. 2013”, *Rev.cr.dr.int.priv.*, nº4, 2013, pp.922-933, esp. pp. 931-933.

⁸⁷⁹*Vid.* Cdo. 40 de la Directiva (UE) 2015/2436 del Parlamento europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2015 relativa a la aproximación de legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas (versión refundida), *DOUE*, L 336/1, 23.12.2015; Reglamento (UE) nº 2015/2424 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2015 por el que se modifican el Reglamento (CE) nº 207/2009 del Consejo sobre la marca comunitaria y el Reglamento (CE) nº 40/94 del Consejo sobre la marca comunitaria y se deroga el Reglamento (CE) nº 2869/95 de la Comisión, relativo a las tasas que se han de abonar a la Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, diseños y modelos), *DOUE*, L 341/21, 24.12.2015, ambos instrumentos han modernizado y reformado numerosos aspectos de la “marca comunitaria”, no obstante, las cuestiones relativas de esta materia con la competencia desleal, en el texto no están todavía resueltas; sobre la solución que se daba por los tribunales franceses anterior a la reforma del Derecho marcario europeo, M. E. ANCEL, « Le contentieux international de la concurrence déloyale dans la jurisprudence ... », *loc.cit.*; T. AZZI, “Connexité entre contrefaçon et...”, *loc.cit.* p. 925. En la sentencia que analizó sin embargo, no existía ni siquiera conexión en los hechos y en el derecho contra los actos de falsificación.

⁸⁸⁰Por ejemplo, el asunto de la *Cour de Cassation* de Francia, nº 11-27139 (asunto *H&M c.Pucci*), de 26 de febrero de 2013, disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000027127602>; “Dès lors, la cour d’appel, qui relève que chacune des sociétés était accusée séparément de contrefaçon des mêmes modèles de vêtements et des mêmes actes de concurrence déloyale et parasitaire, a pu en déduire, en l’absence d’harmonisation du droit d’auteur et de la concurrence déloyale au sein de l’Union, qu’il existait un risque de décisions inconciliables si les demandes étaient jugées séparément” (el resaltado es nuestro).

⁸⁸¹Asunto C-618/15, conclusiones del AG sr. Wathelet.

110. Ejemplo: En la SAP Ciudad Real, nº 27/2011, de 3 de febrero, el JPI rechazó la responsabilidad solidaria en un supuesto de contrato de agencia dónde se probó por el demandante que los demandados habían conseguido una ventaja significativa y real (infracción del art. 15 LCD).

La AP de Ciudad Real, consideró que sí existía entre todos ellos y sus actos un vínculo de conexión lo suficientemente estrecho para establecer dicha responsabilidad solidaria y, por ende, crear un litisconsorcio pasivo. No obstante, este aspecto se debe decidir por la *lex causae* puesto que es la ley aplicable al fondo la que rige la legitimación del demandante.

b. Virtualidad en ilícitos concurrenciales desleales de tipo *B2B*

111. La duda se presenta por la redacción de los foros de protección especial en materia de consumo que ampliaron el ámbito personal a profesionales no domiciliados en la UE y el carácter general del art. 8.1 aplicado a todo el RBI *bis* que no amplía su espectro a domiciliados en terceros Estados⁸⁸².

112. Sería en demandas establecidas por los consumidores contra varios competidores/profesionales que llevaron a cabo una práctica comercial desleal en cuanto uno de ellos esté domiciliado en un tercer Estado, por ejemplo, imaginemos una empresa de zapatos de China y las otras empresas distribuidoras de los productos chinos en Europa, que podrían ser una empresa francesa y otra italiana (siendo co-demandados).

Esto es, si el consumidor es pasivo y decide demandar a los tres pero el demandante ancla (*anchor defendant*) es la empresa china, siendo esta la productora de las zapatillas falsas, pero los distribuidores de tal imitación la empresa y la italiana.

c. Requisitos de aplicación: el *anchor defendant* como responsable de la práctica/acto comercial desleal principal

113. El foro establecido para cuestiones de litisconsorcio pasivo debe interpretarse de forma autónoma y restrictiva⁸⁸³, por ser una de las excepciones al foro general del domicilio del demandado.

⁸⁸²*Ibid.* (CORDERO ÁLVAREZ, p. 110); que plantea la incoherencia en este particular entre la redacción del art. 8.1 (que sigue como hacía el anterior 6.1 excluyendo la posibilidad de atraer demandados domiciliados en un tercer Estado) y el art. 18.1 (“con independencia del domicilio”) sugiriendo que en estos supuestos podría establecerse un excepción dado el carácter especial de los foros de protección. La opción se nos muestra como adecuada si además lo que se intenta provocar es la protección de los consumidores no se está fomentando el *forum actoris*, como ya puso de relieve también ARENAS GARCÍA.

⁸⁸³*Vid.* E. LEIN/A. DICKINSON, *The Brussels I bis Regulation Recast...*, *op.cit* p. 184; asunto *Land Berlin* (C-645/11); asunto *Roche* (C-539/03), p. 16 No obstante se deja en manos de los tribunales nacionales el análisis de los vínculos que tienen los hechos, las partes y el litigio.

114. También, como el foro del domicilio del demandado permite (doctrina *Shevill*) que el juez que conozca de la demanda con pluralidad de demandados, pueda conocer de la totalidad de los daños causados, si se establece la demanda en el foro de alguno de los codemandados⁸⁸⁴. De hecho, como en el foro general se permite ante este foro, la acumulación de pretensiones de tipo contractual y extracontractual⁸⁸⁵.

115. Para ello, lo relevante es que los codemandados tengan un vínculo procesal suficientemente estrecho⁸⁸⁶, de forma que no arrastre a demandados que no estén conectados con la infracción al derecho de propiedad inmaterial ni con el acto comercial desleal⁸⁸⁷. Evitando no ser una estrategia procesal para evitar establecer la demanda ante el foro correspondiente⁸⁸⁸.

La conexión está más ligada a fundamentos de hecho coincidentes⁸⁸⁹. Este aspecto la relaciona con el art. 30 RBI *bis* siendo sin lugar a dudas el aspecto más controvertido del art. 8.1 RBI *bis*/art.6 CL⁸⁹⁰.

⁸⁸⁴ M. E. ANCEL, «Le contentieux international de la concurrence déloyale dans la jurisprudence ... », *loc.cit.*, p. 4; *Cour de Cassation*, Sala de lo civil (1), nº01/01774, asunto *Hodder-Dargaud* (6/05/2003) en un asunto de competencia desleal y copia ilegal por imitación con pluralidad de demandados, http://curia.europa.eu/common/recdoc/convention/gemdoc2004/pdf/U_fr_26.pdf

⁸⁸⁵ Asunto *Kalfelis* (189/87), párr. 12.

⁸⁸⁶ I. HEREDIA CERVANTES, “Infracción de patentes y pluralidad de demandados...”, *loc.cit.*, p. 7. T.AZZI, “Connexité entre contrefaçon et concurrence déloyale...”, *loc.cit.*, p. 932; C. I. CORDERO ALVÁREZ, *Litigios internacionales sobre difamación y...*, *op.cit.*, p. 108. Para evitar situaciones de *bad forum shopping* o acumulación de pretensiones sin ningún tipo de relación entre sí. Sin embargo, es cierto que no todo *forum shopping* tiene la condición de ser una situación de abuso procesal o negativa para las partes, F.K. JUENGER, “Forum Shopping, Domestic...”, *loc.cit.*, p. 570.

⁸⁸⁷ C. ORÓ MARTÍNEZ, “Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 3ª) de...”, *loc.cit.*, p. 220, donde el autor se muestra cabal, en cuanto considera que no parece correcto que se deba “arrastrar” de forma inadecuada a demandados que no actuaron de forma concertada en los hechos (con independencia del Derecho aplicable); también en supuestos de violación transfronteriza de patente, lo advirtió, M. PERTEGÁS SENDER, *Cross-border enforcement of patent...*, *op.cit.*, p. 95, violando sus derechos de defensa, A. LÓPEZ TARRUELLA MARTÍNEZ, *Litigios transfronterizos sobre derechos de propiedad...*, *op.cit.*, p. 132.

⁸⁸⁸ Así por ejemplo, se muestra en reciente jurisprudencia del TS español, en relación a la interpretación del antiguo artículo 6.1 del RBI, en un supuesto de infracción de modelos y dibujos industriales que también supuso la interposición de un acciones de competencia desleal y abuso de posición dominante, STS 24/2017, de 10 de enero de 2017, asunto *BMW c. Acacia* (que tiene relación con el asunto C-433/16, asunto *Bayerische Motoren Werke AG*), *vid. esp.* FJ 1º).

⁸⁸⁹ Conclusiones AG Jääskinen, *Cártel del Peroxido* (C-325/11); *Ibid* (HEREDIA, p. 285); siguiendo esta línea de que no debe existir necesariamente conexión entre las pretensiones jurídicas y en cuestiones de competencia desleal transfronteriza, la jurisprudencia francesa que ofrece una interpretación amplia del concepto “conexidad”, *Cour de Cassation*, sala de lo mercantil, nº 11-271.39 (asunto *Pucci c. H&M*), de 26 de febrero de 2013, disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000027127602>; con comentario de T. AZZI, “Connexité entre contrefaçon et concurrence déloyale...”, *loc.cit.*, pp.922-933. La sentencia francesa reúne elementos interesantes sobre la competencia desleal transfronteriza pero como critica el autor, se confunde en la cuestión de la conexidad. Un litisconsorcio pasivo aplicando el art. 6.1 RBI y una campaña de publicidad desleal por Internet y prensa así como falsificación (acciones de competencia

116. El demandante dirigirá la demanda en el domicilio del demandado ancla (*anchor defendant*) siendo el demandado que mayor conexión presente con el litigio⁸⁹¹; y, por la *vis atractiva* del foro reunir a los otros infractores/corresponsables en cualquier momento en el proceso⁸⁹² (sólo tendrá CJI y territorial este tribunal, el del demandado ancla/*anchor defendant*)⁸⁹³.

117. Del lado contrario, no puede usarse en situaciones de litisconsorcio activo o “pluralidad mixta”⁸⁹⁴. Tampoco se puede atraer a este foro a demandados que aún siendo también co-responsables del acto desleal tengan el domicilio en un tercer Estado o cuándo los demandados no tienen el domicilio en Estados diferentes.

En los supuestos en los que un demandado tiene el domicilio en un tercer Estado, el juez nacional deberá establecer su CJI en base a su ley procesal o foros de CJI de producción interna⁸⁹⁵.

desleal y por infracción a derecho de marca). Por un lado, se estableció ante el tribunal francés de forma acumulada tanto la acción contra la infracción del derecho de marca contra la sociedad matriz (la sueca); cómo la acción de competencia desleal y parasitaria por imitación contra la filial de la sociedad matriz, sociedad francesa. Diferente del asunto *Roche Netherland* en cuanto las peticiones y FJ no eran iguales como en *Roche*.

⁸⁹⁰C. ORÓ MARTÍNEZ, “Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 3ª) ...”, *loc.cit.*, p. 220; A. LÓPEZ TARRUELLA MARTÍNEZ, *Litigios transfronterizos sobre derechos de propiedad industrial...op.cit.*, p. 126 (sobre este aspecto, todos los autores citados en este apartado coinciden en este problema).

⁸⁹¹*Ibid* (LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, p. 133). El autor ofrece una serie de indicios para poder localizar al demandado ancla; C. I. CORDERO ALVÁREZ, *Litigios internacionales sobre difamación y derechos...*, *op.cit.*, p. 108; M.E. ANCEL, “Article 8”, en E. LEIN/ A. DICKINSON, *The Brussels I Regulation Recast...*, *op.cit.*, p. 190 que analiza la situación en la que bajo la *lex fori*, la demanda contra el demandado ancla no se pueda interponer, como podría pasar con la acción por enriquecimiento injusto de la LCD española; ¿se activa entonces el art. 8.1 contra los otros co-demandados? En principio sí. Si en el tribunal dónde tiene el domicilio decide que no se puede tramitar contra el demandado clave, el demandado ancla, no tiene por que no poder atraerse a los demás.

⁸⁹²*Vid.* I. HEREDIA CERVANTES, “Capítulo II: Sección 2. Artículo 8.1” en F. F. GARAU SOBRINO/P. BLANCO-MORALES Limones *et al.* (coords.), *Comentario al Reglamento (UE) n° 1215/2012...*, *op.cit.*, pp. 284-300

⁸⁹³Siendo esta conexidad el aspecto más problemático del foro, M.E. ANCEL, “Article 8”, en E. LEIN/A. DICKINSON, *The Brussels I Regulation Recast...*, *op.cit.*, p. 184; con cierta crítica a que el TJUE siga manteniendo por tanto el perturbador criterio de “misma situación de derecho y de hecho”, I. HEREDIA CERVANTES, “Artículo 8.1...”, *loc.cit.*, en F.F.GARAU SOBRINO/P. BLANCO-MORALES LIMONES (coords.), *Comentario al Reglamento (UE) n°1215/2012...*, *op.cit.*, p. 293; asunto *CDC- Cártel del Peróxido* (C-325/13).

⁸⁹⁴*Vid.* I. HEREDIA CERVANTES, “Artículo 8.1...”, *loc.cit.*, en F. F. GARAU SOBRINO/P. BLANCO-MORALES LIMONES, *Comentario al Reglamento (UE) n° 1215/2012...*, *op.cit.*, pp. 284-300; de modo que no podría usarse este foro cuándo varios competidores hayan sido afectados de forma desleal por un solo competidor, por ejemplo, por su inutilidad en situaciones de litisconsorcio activo.

⁸⁹⁵*Ibid* (HEREDIA, pp. 285-286); C. I. CORDERO ALVÁREZ, *Litigios transfronterizos sobre difamación...*, *op.cit.*, p. 110; en el caso español, habrá que estar a lo dispuesto en la LOPJ, pero el legislador español ha introducido una norma el art. 22.3 *ter* (pero a diferencia de lo que se desprende del foro creado por el legislador europeo, el legislador español obliga a que exista “conexión de pretensiones

118. Vínculo entre demandados y el *anchor defendant*. En relación a la disciplina de la competencia desleal, podremos intuir que entre los demandados existía un vínculo estrecho cuándo participaron en un mismo mercado, tomando como referencia factores económicos y subjetivos como las relaciones de competencia.

119. Indicios de colaboración en la práctica comercial desleal transfronteriza. La participación en el mercado y su conexidad con los actos comerciales reputados como desleales se determina mediante la “actividad económica” en el mercado en donde se opera de forma activa y no pasiva, y el lugar donde los intereses económicos fueron directamente afectados por las conductas comerciales de tipo desleal de todos los codemandados⁸⁹⁶.

120. Indicios que determinan esta participación son contratos de distribución con identidad de términos y misma ley aplicable⁸⁹⁷, de licencias de derechos o la pertenencia a *holdings* de empresas. Estos indicios determinan que existía un vínculo estrecho o que la relación comercial se puede estar desarrollando en un mismo mercado o mercados conexos⁸⁹⁸. Con independencia del tiempo en el que se realizó⁸⁹⁹.

121. Goza de las mismas excepciones que los foros precitados (si existen competencias exclusivas o existe cláusula de sumisión expresa no se podrá invocar).

122. Sin embargo, en caso que las partes hubiesen establecido una cláusula de sumisión expresa en el contrato (por ejemplo, en un contrato de agencia, de concesión de licencia o *know how* o en un contrato de distribución exclusiva) y esta cláusula atribuyese CJI a un tribunal con alcance para conocer de los posibles actos comerciales desleales, se podría invocar el litisconsorcio pasivo contra todos los responsables si uno de los codemandados tiene el domicilio en el lugar del tribunal que fue elegido por las partes en el contrato.

jurídicas”; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “La competencia judicial en la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial”, *Diario La Ley*, Sección Documento *on-line*, 28/09/2015, pp. 1-11, esp. p. 6.

⁸⁹⁶ Artículos 3.1 y 34 de la LCD 2009; S. BARONA VILAR, *Competencia desleal. Tutela jurisdiccional...*, *op.cit.*, t. II, p. 1175 y pp. 1190-1191. Existen varios tipos de legitimación pasiva: el autor y el coautor: el participante de hechos ajenos (cooperador o promotor); y el perturbador, aquel que voluntariamente realiza comportamientos que provocan como efecto una perturbación en el otro, en el mercado y como participante del mercado; S. BACHARACH DE VALERA, “Acciones derivadas de la competencia...”, *loc.cit.* pp. 6127-6215 (*vid.* Introducción al Capítulo); No obstante, como establece Barona Vilar, estos supuestos conflictivos la determinación del principal no ha quedado muy clara en la LCD (art. 34.2 LCD); J. SÁNCHEZ CALERO GUILARTE, “La apreciación de riesgo en la asociación en relación ...”, *loc.cit.*, p. 5; STS nº1019/2003, Sala de lo Civil, 28 de octubre de 2003, FJ 2 ; J. R. FERRÁNDIZ GABRIEL, *Jurisprudencia sobre Propiedad industrial, intelectual y Derecho de la competencia*, 1ªed., Madrid, La ley-Wolters Kluwer, 2007, pp. 972-974;

⁸⁹⁷ *Vid.* M. E. ANCEL, « Le contentieux international de la concurrence déloyale dans la jurisprudence récente », *loc.cit.*, p. 2; C.I. CORDERO ALVÁREZ, *Litigios internacionales sobre difamación y derechos...*, *op.cit.*, p. 106, será la ley aplicable rectora de la responsabilidad la que determine quiénes son los responsables por actos propios o de terceros, entre otros aspectos como la responsabilidad frente a terceros

⁸⁹⁸ *Vid.* M. PERTEGÁS SENDER, *op.cit.*; A. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, *op.cit.*

⁸⁹⁹ Asunto CDC-Cártel del Peróxido (C-352/12).

En supuestos de sumisión tácita cuando uno de los codemandados, a diferencia de los supuestos en los que existía cláusula de sumisión expresa, no vincula al resto de presuntos responsables por el acto de competencia desleal⁹⁰⁰.

123. Por último, las acciones que pretender solicitarse ante este foro que requiere de conexidad entre varios demandados también tienen sus particularidades, porque no es lo mismo solicitar acciones de cesación, indemnización, etc., contra todos o sólo contra alguno de los responsables.

124. La única acción que no cabe interponer en este foro, es la acción de “enriquecimiento injusto”. Esto es debido a que es una acción individual que no se puede establecer contra todos los codemandados que no hayan causado un daño patrimonial directo, sólo contra el demandado/s que se ha enriquecido de forma injusta de forma directa⁹⁰¹.

126. A su vez, se debe tener en cuenta que el recurso a la acción por enriquecimiento injusto, no existe en todos los ordenamientos jurídicos de los EM en los procedimientos por competencia desleal, sino que se vincula a procedimientos de infracciones a DPI⁹⁰². La exigencia del tipo de responsabilidad (*strict liability* y/ o *tort liability with negligence*) también se muestra como un factor perturbador en ilícitos concurrenciales desleales de tipo *B2B*, recordando que en muchos EM están comprendidos en el ámbito de la responsabilidad extracontractual y no en leyes especiales.

127. Con ello, se pone de relieve que es cierto que el *forum connexitatis* se apoya en un vínculo de carácter subjetivo pero hay que tener en cuenta otros aspectos procesales y las particularidades de cada disciplina, si cuenta con particularidades propias como en competencia desleal transfronteriza.

⁹⁰⁰*Ibid.* p. 185; Conclusiones del AG Jääskinen en el asunto *CDC-Cártel del Peróxido* (C-352/11), ptos. 55-90; STJUE, ptos. 15-33. Interesa su lectura por el análisis detallado de esta cuestión en cuestiones de Derecho de competencia, que puedan ser extrapoladas a situaciones de competencia desleal como ponen de relieve el AG y el TJUE; se nos plantea la duda si se podría atraer a domiciliados de terceros Estados, dado que el art. 25 en su nueva redacción excluye la necesidad de que al menos una de las dos partes esté domiciliada en un Estado miembro.

⁹⁰¹E. LEIN/A. DICKINSON, *The Brussels I Regulation Recast...*, *op.cit.*, pp. 159-160. El problema también parece encontrarse en la no alusión al término “*quasi*” contrato. Así también reclamación de restitución fue excluida también, de forma errónea del foro de la obligación tanto contractual como extracontractual.

⁹⁰²Art. 34.2 LCD (acción de enriquecimiento injusto sólo puede ser exigida en contra del beneficiario del enriquecimiento y por el titular de un derecho de exclusiva que haya sido violado); SAP Madrid, 21/06/2004; S. BARONA VILAR, *Competencia desleal. Tutela jurisdiccional...* *op.cit.*, p. 1188.

B. Situaciones de litispendencia y conexidad transfronterizas y acciones por competencia desleal *ad intra* y *ad extra*

a. Aspectos generales

128. Entre las novedades más relevantes del RBI *bis* se encuentran las cuestiones relativas a la litispendencia y la conexidad en las demandas con elemento transfronterizo (con dimensión *ad intra* y *ad extra* como novedad)⁹⁰³.

El legislador europeo ha intentado resolver cuestiones no sólo de índole procesal sino también del sector del reconocimiento y la ejecución en este tipo de figuras de conexidad procesal, intentando reforzar a su vez, el criterio útil del Reglamento⁹⁰⁴.

129. Todas estas figuras responden como la del litisconsorcio pasivo *necesario*, al objetivo de evitar que se hagan resoluciones que lleguen a ser inconciliables en los EM⁹⁰⁵.

Uno de los motivos por los que el legislador europeo reforma los artículos relativos a litispendencia y conexidad fueron los problemas encontrados en materia de litispendencia y las llamadas acciones torpedo (*torpedo actions*⁹⁰⁶) ligadas también a los problemas de abuso de Derecho en el ámbito del Derecho procesal civil internacional.

⁹⁰³Considerandos 21 y 22 RBI *bis*. Con referencia a los problemas de litispendencia y sumisión expresa, Considerando 22; P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “El nuevo Reglamento sobre competencia judicial...”, *loc.cit.*; Aunque debe recordarse que muchos de los problemas que el RBI *bis* haya podido solucionar, seguirán apareciendo cuándo sea de aplicación el CL 2007, que sigue teniendo la misma redacción que tenía el RBI (*i.e.*: las acciones torpedo seguirán entablándose en el ámbito de aplicación del CL 2007).

⁹⁰⁴Sobre las cuestiones generales, J. C. FERNÁNDEZ ROZAS/S. SÁNCHEZ LORENZO, *Curso de Derecho internacional...*, 3ªed., *op.cit.* pp. 256-259; Considerandos 1, 2, 6, 16 y 17 del RBI.

⁹⁰⁵Considerando 22 RBI *bis*; M. VIRGÓS SORIANO/F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional...*, *op.cit.* dónde se intenta preservar el buen funcionamiento y administración de la justicia en el mercado interior y la libre circulación de decisiones así como su armonía; E. RODRÍGUEZ PINEAU, “Competencia y abuso de derecho procesal en la Unión Europea. Consideraciones sobre el asunto C-133/11...”, *loc.cit.*, p. 6.

⁹⁰⁶*Vid.* J. SUDEROW, “Las nuevas normas de litispendencia y conexidad para Europa: ¿el ocaso del torpedo italiano? ¿Flexibilidad versus previsibilidad?”, *CDT*, vol. 5, nº1, 2013, pp. 184-198, esp. pp. 188-190, analiza las acciones torpedo en cuestiones de Derecho de la competencia y con una posición crítica en relación a los cambios que el nuevo RBI *bis* ha realizado en el ámbito de la litispendencia y conexidad, siendo insuficientes; de la misma autora, “Cuestiones de jurisdicción internacional en torno a la aplicación privada del Derecho *antitrust*: *Forum shopping* y “demandas torpedo””, *CDT*, vol.2, nº2, oct. 2010, pp. 315-331. Asuntos importantes en esta materia son: *Cooper Tire (Court of Appeal of England and Wales, EWCA Civ. 864, Case No: A3/2009/2489)* y *Folien Fischer (C-133/11)*; “Libro Verde sobre la revisión del Reglamento (CE) nº44/2001, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil”, Bruselas, COM/2009/0175 final, 21/04/2009, p.8; los cambios también se debieron a las críticas que se pudieron establecer en el informe Heildeberg, B. HESS, T. PFEIFFER / P. SCHLOSSER, “Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States”, *Institut für Ausländisches un*

130. Así, por ejemplo, en el asunto *FOLIEN FISCHER*, un asunto cercano a las cuestiones de competencia desleal (infracciones al Derecho de la competencia) el TJUE estableció que en una demanda donde se declarase que el demandado es responsable de un perjuicio y que se le condene a pagar a una cantidad tiene el mismo objeto y causa que una demanda por la que se solicita que el demandante (posible demandado si no estableciese esta demanda) no es responsable de tal perjuicio (en materia de acciones declarativas negativas).⁹⁰⁷

131. Esto es, cuándo la demanda por competencia desleal transfronteriza se estableció ante el foro de las obligaciones contractuales, extracontractuales y los otros foros en los que tiene cabida, se deja a los tribunales de los EM la posibilidad o de suspender el procedimiento, continuarlo y finalizarlo en caso que haya un riesgo de resoluciones contradictorias⁹⁰⁸.

b. Litispendencia

132. Las situaciones de litispendencia internacional se dan cuándo existen dos procesos entre las mismas partes, con la misma causa y objeto pero que se han establecido ante dos o más órganos jurisdiccionales localizados en diferentes Estados⁹⁰⁹.

Internationales Privat- und Wirtschaftsrecht, Study JLS/C4/2005/03, 2007, pp. 174-216; M. FRANZOSI, "Worldwide Patent Litigation and the Italian Torpedo", *EIPR*, vol. 7, 1997, p. 382; P. A. NIELSEN, "The New Brussels Regulation...", *loc.cit.*, pp. 507-510.

⁹⁰⁷ Asunto *Folien Fischer* (C-133/11) y pto. 70 de las Conclusiones del AG; de forma reciente en un supuesto que ha conllevado también infracciones a los derechos de propiedad industrial, el asunto *Bayerische Motoren Werke AG c. Acacia* (C-433/17) en la pregunta nº5 que se realiza al TJUE en la cuestión prejudicial: En el caso que se formulen unas pretensiones de declaración de abuso de posición dominante y de competencia desleal en el contexto de un litigio sobre dibujos y modelos comunitarios con el que están conexas, en la medida que la estimación de aquéllas presuone la estimación previa de la acción declarativa negativa, ¿puede el mismo órgano jurisdiccional resolver conjuntamente sobre ésta última y sobre aquéllas, conforme a una interpretación extensiva del artículo 28, apartado 3º del Reglamento 44/2001?". Se confirma la jurisprudencia *Folien Fischer* (puntos 47 y ss) pero con una aclaración, si existe infracciones a los derechos de propiedad industrial, la competencia para conocer de las acciones declarativas negativas sólo puede determinarse en relación a los Reglamentos que conocen de este tipo de derechos como el de Marca Comunitaria y el Reglamento de dibujo y modelo comunitario, como fue el supuesto, ; M. ROMERO IGLESIAS, "Capítulo II: Sección 9. Artículo 29", en F. F. GARAU SOBRINO/P. BLANCO-MORALES LIMONES (coords.), *Comentario al Reglamento(UE) nº 1215/2012 relativo a la competencia...*, *op.cit.*, pp.625-641; E. LEIN/A. DICKINSON, *The Brussels I Regulation Recast...*, *op.cit.*, pp. 324-330, pp. 329-330.

⁹⁰⁸ *Ibid* (LEIN/ DICKINSON, p. 347)

⁹⁰⁹ *Vid.* por ejemplo, aunque no siendo un litigio transfronterizo pero sí sobre competencia desleal y falseamiento de normas de libre competencia por actos desleales, SAP de Pontevedra, nº 384/2001, Secc. 5ª, de 5 de octubre de 2002, un asunto de litispendencia que fue desestimado por la inexistencia de dos procedimientos con la misma causa, objeto y partes, tal como establece la AP de Pontevedra; S. BARONA VILAR, *Tutela civil y penal de la publicidad*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1999, pp. 273-275, para que haya litispendencia debe existir identidad objetiva y subjetiva, en palabras de

133. Con la reforma del RBI, el legislador europeo establece el mandato a los tribunales de los EM de informar mediante notificaciones (estableciendo mecanismos de cooperación) para una debida comunicación entre tribunales, con el fin de evitar el fenómeno de la litispdencia en el marco de la litigación transfronteriza del mercado interior⁹¹⁰.

134. Condiciones para la litispendencia en el RBI bis. Identidad de partes y de causa. La nueva redacción del artículo y la excepción cuando existan acuerdos de sumisión expresa entre las partes, -identidad *rationae personae* y *rationae materiae*-, el tribunal ante el que se ha formulado la segunda demanda será aquel que deba suspender el procedimiento hasta que el primer tribunal se declare o no competente. Si se declara competente, en virtud del apartado 3 del artículo 29 se abstendrá a favor del primero.

135. Para ello, la fecha de interposición de las demandas se constituye en estos casos un elemento fundamental (art. 32 RBI *bis*) para poder determinar con precisión cuándo se interpuso la primera vez la demanda, ante que órgano jurisdiccional.

136. Otra de las novedades se constituyen en los artículos 33 (litispendencia *ad extra*⁹¹¹) y el artículo 34 (pero para las situaciones de conexidad *ad extra*). Por vez primera, el legislador europeo ha regulado la litispendencia y conexidad cuándo uno de los tribunales dónde se ha interpuesto la otra demanda es de terceros Estados.

No obstante, sólo se aplicarán estas excepciones de forma *ad extra* cuándo la CJJ estaba fundaba en el foro general, derivados (litisconsorcio y reconvencción) y los especiales por razón de la materia.

c. Conexidad de demandas

137. En las situaciones de conexidad, existe un vínculo estrecho entre las pretensiones pero no es necesario que exista identidad como en la litispendencia⁹¹².

la autora. Esto es, que incluso existiendo identidad de objeto, en el segundo procedimiento el sujeto cambia, entonces ya no existe litispendencia.

⁹¹⁰Recordando que solo se deben declarar de oficio incompetentes en cuanto a sean materias contenidas en foros exclusivos, art. 27 RBI *bis*, que no es el caso en el ámbito de la competencia desleal (e incluso que conlleven infracciones a derechos de exclusiva, teniendo en cuenta que estas infracciones no son relativas al conocimiento de la inscripción registral de estos derechos sino que son conexas a la demanda establecida por actos de competencia desleal). O, cuando el demandado no haya comparecido (art. 28.1 RBI *bis*) en cuanto no se acredite que el demandado no haya recibido el escrito e demanda o no haya tenido tiempo suficiente para preparar su defensa.

⁹¹¹P. A. NIELSEN, “The New Brussels I Regulation...”, *loc.cit.*, pp. 512-518; Considerandos 21 y 23 RBI *bis*.

⁹¹²Esta figura procesal como bien se sabe también está presente en los problemas que se han analizado en el apartado anterior sobre litisconsorcio pasivo necesario y la conflictiva redacción de

138. A diferencia de situaciones de litispendencia entre Tribunales de EM, dónde es obligatorio suspender el procedimiento en las situaciones de litispendencia *ad extra*, en conexidad se destaca que si el Tribunal de un tercer Estado ya ha dictado sentencia y esta es susceptible de reconocimiento en un EM (art. 33.3), el Tribunal del EM que pudiese estar conociendo de un litigio con conexidad, podrá fin al proceso.

En caso que el Tribunal del tercer Estado suspenda o sobresea el procedimiento así como también no lo llegue a concluir en un tiempo razonable, el Tribunal de un EM puede continuar con el mismo.

139. El foro de la conexidad se usará en cuanto existan situaciones de acumulación de acciones de naturaleza contractual y extracontractual, excepción interpuesta de parte y no de oficio por el tribunal que conoce.

La acumulación de pretensiones de tipo contractual y extracontractual en el ámbito del RBI *bis* y el CL 2007 será bastante típica por ejemplo en situaciones de la violación del deber de reserva y prohibición de competencia estipulados en contrato⁹¹³.

140. Nota específica: No obstante, la acumulación no se dará si el demandado interpone una acción por infracción marcaria y otra por competencia desleal (imitación de la marca y aprovechamiento indebido de la reputación ajena), puesto que ambas demandas presentan la misma pretensión de tipo extracontractual⁹¹⁴.

“demandas que estén estrechamente vinculadas entre sí por una relación tan estrecha que resulte oportuno tramitarlas y juzgarlas al mismo tiempo”. Lo cual es extrapolable al artículo 30.3.

⁹¹³A. FONT SEGURA, *La protección internacional del secreto...*, op.cit., pp. 205-217.

⁹¹⁴E. COUREAULT, *La concurrence déloyale en droit international privé...*, op.cit., pp. 223-225 ;*Louis Vuitton c. Google* (3ème chambre, del Tribunal de Grande Instance de Paris de 4 de febrero de 2005); en España, el asunto *Masaltos*, STS 620/2016 de 26 de febrero de 2016, entre otros asuntos, y los asuntos C-236/08 (este resuelve la cuestión prejudicial de *Louis Vuitton c. Google*), C-237/08y C-238/08, lo relevante según el TJUE es que el intermediario (en todos estos casos era *Google France SARL* lo sea a efectos del artículo 14 la Directiva de comercio electrónico de forma “activa” para poder atribuirle la responsabilidad por la competencia parasitaria o explotación de reputación ajena a través de sus *Adwords*. Por otra parte, según la Directiva de marcas que el prestador del servicio almacene palabras clave a signos parecidos a una marca y se haga uso de ello en las búsquedas que se realicen con ese buscador, no infringe lo dispuesto, según el TJUE en el artículo 5 y el artículo 9 del RMC; SJPI de lo mercantil nº2 de Madrid, 10 de noviembre 2004; P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “Competencia judicial internacional en materia delictual e infracción de marcas en internet. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 19 de abril de 2012, C-523/10, *WINTERSTEIGER AG c. Products 4U Sondermaschinenbau GmbH*”, *REDI*, vol. LXIV, nº1, 2012, pp. 227-231; STS nº 395/2013, que la conducta comercial parasitaria debe entenderse como explotación de la reputación ajena y parasitación de inversiones ajenas en materias de promociones de bienes y servicios en el mercado, pero no implica como en Francia; V. ZAFRILLA, “*Google Adwords* y Competencia desleal: A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo nº 620/2016, de 26 de febrero de 2016 en el asunto “Masaltos”, disponible en: <http://www.lvcentinvs.es/2016/03/11/google-adwords-y-competencia-desleal/>; *id.* “Otro ladrillo en la pared de los *Adwords*: competencia desleal”, de 9 de marzo de 2017, disponible en: <http://www.lvcentinvs.es/2017/03/09/otro-ladrillo-en-la-pared-de-los-adwords-competencia-desleal/> al hilo del asunto *ORONA*; El autor considera, como nosotros, que el uso de *adwords* puede reputarse tanto

141. En este sentido se aprecia que para facilitar la cuestión acerca de su determinación habrá que estar a lo que se dispone en los principios generales del Derecho (*accessorium sequitur principale*) como ya han establecido algunos autores de la Doctrina⁹¹⁵.

142. El problema es determinar, por un lado, cuál sea la obligación principal. Por otro lado, el lugar de la obligación accesoria⁹¹⁶. Esto es, si por ejemplo, el acto de competencia desleal se ha perpetrado en España, en el mercado español, pero la obligación que servía de base a la demanda se sitúa en otro Estado, la disociación del acto comercial desleal y la obligación establecida como base en el contrato, complica la localización del lugar donde debe localizarse el tribunal competente.

143. No obstante, y debido a la primacía que tiene el derecho de contratos sobre el ámbito de la responsabilidad extracontractual cuando se pueden acumular ambas acciones, se deberá dar preferencia probada la existencia de un contrato válido entre las partes a la determinación del foro dónde se debía cumplir la obligación que servía de base a la demanda. A no ser que, de las circunstancias del caso, resulte otro foro más adecuado.

144. En el caso que fuese una demanda por infracción de patente europea con posibles actos de competencia desleal, -se tendrá en cuenta la excepción contenida en el art. 71.2 *quáter-*, para el ejercicio de conjunto de ambas acciones ante el Tribunal Unificado de Patentes.

En estos supuestos, las acciones por competencia desleal y atendiendo a su complementariedad con las acciones a violaciones/infracciones a derechos de exclusiva tienen un carácter general, dándose prioridad a la infracción del derecho de patente europeo.

como infracción marcaría así como tiene cabida en el ilícito de reputación ajena por ser un comportamiento parasitario (en este sentido, tanto la LM como el artículo 12 LCD llegan al mismo camino) así como sucedería si se aplicase el artículo 6 de la LCD para sancionar el uso de marcas “ajenas” por medio de *adwords*, aprovechándose de la reputación de un tercero en el mercado; J. NÚÑEZ SEOANE, “Publicidad en buscadores mediante marcas notorias como palabras-clave”, *Diario La Ley*, nº 8952, 2017, pp. 1-5, esp. p. 3; B. KEIRBILCK, *The new European Law of Unfair Competition...*, *op.cit.*, p. 306.

⁹¹⁵ Por ejemplo, S. SÁNCHEZ LORENZO, “La délimitation entre matière contractuelle et matière délictuelle dans...”, *loc.cit.*; Esta cuestión ya la planteó Font Segura en relación con la obligación de deber de confidencialidad, reserva y prohibición de explotación en secreto comerciales, *op.cit. passim*, p. 214. Son supuestos conflictivos porque como sostiene el problema es que la obligación de reserva y prohibición de explotación no se localiza en un país, su ejecución se puede exigir en cualquier país.

⁹¹⁶ Asunto *Shenavai*, (C-266/85), FJ 19, el juez deberá orientarse mediante el principio *accessorium sequitur principale*.

4. Foros especiales por razón de la materia de tipo contractual y supuestos híbridos

A. El foro alternativo de las obligaciones contractuales

145. El actual foro para las obligaciones de tipo contractual se encuentra establecido en el artículo 7.1 y, al igual que el artículo 7.2, destinado a las obligaciones de tipo extracontractual no ha sufrido ninguna variación en su redacción tras la reforma.

146. Si el asunto litigioso por prácticas comerciales desleales presenta una naturaleza contractual, la CJI se determinará en base a este foro excluyendo la posibilidad de acudir al foro de la responsabilidad extracontractual para conocer del mismo hecho litigioso⁹¹⁷, porque ya se puso de relieve que la pretensión fundada sobre una base contractual tiene preferencia sobre la acción fundada sobre una base extracontractual y no son acumulables⁹¹⁸.

147. En cuestiones de competencia desleal, de forma general, como sucede en el ámbito de la sumisión expresa no será un foro de aplicación habitual, pero contamos con este foro, porque puede darse de forma eventual en determinados supuestos⁹¹⁹.

148. Los contratos en los que pueden mediar actos de competencia desleal ya han sido mencionados con anterioridad, cuando se analizó la virtualidad del foro de las cláusulas de sumisión expresa: concesión de licencias y transmisión de *know how*, contratos de distribución exclusiva (en estos tipos de contratos, el acto de competencia desleal es *per se*, la ruptura abrupta o repentina del contrato y relaciones comerciales); contratos de agencia; contratos de franquicia⁹²⁰; y supuestos de contratos por cuenta ajena dónde el trabajador tiene establecida una cláusula de no competencia bien sea durante o *ex post*.

⁹¹⁷J. FAWCETT/P. TORREMANS, *Intellectual Property and Private International... op.cit.*, p. 494 y p. 518; “*A matter cannot be classified as both relating to a contract and relating to tort, delict o quasi delict. Article 5(1) and 5(3) are mutually exclusive.*”; Asunto *Kalfelis* (C- 189/87) por la clasificación autónoma entre obligaciones contractuales y extracontractuales (lo que no entra en la materia contractual, se considerará extracontractual) necesitada en el ámbito del Derecho procesal civil internacional europeo; A. FONT SEGURA, *La protección internacional del secreto...*, *op.cit.* pp. 205-211; C. KESSEDIAN, “Chapter 10. Competition”, en ..., *op.cit.*, ofrece como solución a los supuestos que se presenten de la misma forma en una multitud de foros, el uso del foro general del domicilio del demandado; C. VON BAR (ed.), *Non-Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another (PEL Liab. Dam.)*, Principles of European Law (Study Group on a European Civil Code), Munich, Sellier, 2009, pp. 278-279

⁹¹⁸*Ibid.* (VON BAR, p. 278)

⁹¹⁹*Vid.* J. FAWCETT/P. TORREMANS, *Intellectual Property and Private International...op.cit.* pp. 494-495; de la misma forma y aunque para ilícitos concurrenciales, C. FERNÁNDEZ, “Cuestiones de interés sobre la práctica internacional del Derecho de la competencia”, en A. FONT RIBAS/S. GÓMEZ TRINIDAD, *Competencia y acciones de indemnización, Actas del Congreso Internacional sobre Daños derivados de ilícitos concurrenciales*, 2013, pp. 49-56.

⁹²⁰M. A. CEBRIÁN SALVAT, *op.cit.*, p. 252

149. Cuándo existen relaciones contractuales entre proveedores y distribuidores sin que hayan mediado cláusulas de sumisión expresa⁹²¹. En este sector además se relacionan determinados comportamientos con el “abuso de posición dominante” en el mercado interior europeo que entroncaría a su vez con infracciones al Derecho de la competencia europeo, teniendo primacía sobre el ámbito de la competencia desleal, aunque este aspecto como se puso de relieve en el Capítulo II no se ha resuelto todavía en algunos supuestos⁹²².

150. De forma general, aunque no siempre, las situaciones en las que este foro será de aplicación en competencia desleal se encontrarán muy relacionadas con los ilícitos concurrenciales de tipo *B2B*⁹²³, puesto que es un ámbito en dónde las relaciones contractuales son habituales, sobre todo en contratos de prestación de servicios (por lo que será de aplicación el foro del artículo 7.1 b teniendo presente su interpretación autónoma del lugar de realización del contrato).

151. Cómo ya se analizó en párrafos anteriores a los contratos *B2C*⁹²⁴, no será de aplicación a no ser que el contrato entre el profesional y el consumidor no represente

⁹²¹ “Libro Verde sobre prácticas comerciales en la cadena de suministro...”, *cit.*, p. 3; CESE, “Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el Libro Verde sobre las prácticas comerciales desleales en la cadena de suministro alimentario y no alimentario entre empresas en Europa”, COM 2013/C 327/06, pto. 1.8. acerca de la “atmósfera de miedo” en relaciones contractuales en las que la parte más fuerte en la relación contractual abusa de la inferioridad de la parte más débil. El ejemplo que se establece es la presión contractual que ejercen los grandes minoristas sobre los proveedores y la fijación de precios excesivamente alta en los precios que terminan soportando los consumidores.

⁹²² Así también piénsese en la infracción que pueden realizar aquellos trabajadores que estén transmitiendo a la empresa competidora, información privilegiada de la empresa donde están contratados a la empresa o empresas competidoras con la intención de eliminar a estos competidores del mercado y de revelar mediante difusión y explotación, sus secretos industriales o comerciales. Y, aquellas situaciones de inducción a la infracción contractual. Por ejemplo, el asunto que llevó ante los tribunales españoles a El Derecho Editores S.A., c. *Wolters Kluwer España S.A.*, STS 1762/2014 de 8 de abril de 2014, FJ 4º: “En este caso se realiza un comportamiento o acto desleal contra los competidores, no contra los consumidores, pero que tiene trascendencia en el mercado”.

⁹²³ *Vid.* M. REYMOND, “Jurisdiction under Article No.7, of the Recast Brussels I Regulation: The Case of Contracts for the supply of software”, *YPIL*, vol.XVI, 2014/2015, pp. 219-239, normalmente en contratos *B2B* de tecnología y comercio electrónico. No obstante, el autor considera en sus conclusiones que la aplicación de este artículo es complicada en este tipo de contratos dado a su carácter multifacético; A. SUÑOL LUCEA, *El secreto empresarial: un estudio del artículo 13 de la Ley de Competencia desleal*, Cizur Menor, Aranzadi, 2009; *id.* “Incumplimiento de la prohibición de competencia y competencia desleal”, *cit.* El problema como establece la autora reside en determinar cuándo la contravención de un deber contractual que no es objeto de tutela en la LCD se puede considerar también un acto de competencia desleal mediante la aplicación de la cláusula general establecida en la LCD, que representa la contravención de un deber de conducta determinado en el mercado.

⁹²⁴ A. FONT SEGURA, *La protección internacional del secreto...op.cit.*: R. ARENAS GARCÍA, “Competencia judicial internacional y demandas por competencia desleal. El retorno del imperialismo jurisdiccional”, *AEDIPr*, t. XIII, 2013, pp. 1001-1009, p. 1008; C. KESSEDJIAN, “Chapter 10. Competition”, en *Transnational Tort...*, *op.cit.* p. 173; J. FAWCETT/P. TORREMANS, *Intellectual Property and Private International...op.cit.* p. 494, interesa a estos efectos las referencias que ofrecen los autores en cuestiones de contratos de distribución exclusiva según el Derecho griego que, considera este

un verdadero contrato de consumo puesto que al llegar a ser un contrato de consumo, deberá aplicarse el foro de protección especial (art. 18 RBI *bis*).

Dando igual la posición procesal como demandantes o demandados. Así también en contratos con trabajadores será de aplicación el foro de protección de trabajadores, teniendo en cuenta aquellas situaciones en las que se establezcan en los contratos por cuenta ajena cláusulas de no competencia, bien sean durante la duración del contrato como *ex post*⁹²⁵.

152. Los problemas procesales habituales que derivan de la aplicación de este foro son la determinación del lugar de cumplimiento del contrato así como también la determinación de la prestación o servicio de ese contrato. Aspectos que han causado siempre grandes dificultades de interpretación por los juzgadores nacionales en litigios transfronterizos⁹²⁶.

153. Los casos más problemáticos son los contratos en materia de contratos de prestación servicios y quizás, aquellos que nos interesan en relación a los problemas de competencia desleal.

Este aspecto tiene que ver porque siempre es más difícil determinar que es un servicio de un producto, siendo ahí donde radica la naturaleza compleja de este tipo de contratos. Atendiendo a lo establecido en la jurisprudencia del TJUE.

154. Este aspecto ha sido muy criticado por la doctrina, que la proximidad entre el lugar dónde debe realizarse la prestación y el tribunal que debe conocer del asunto, se deba garantizar mediante este criterio de conexión.

155. Esto es, y según gran parte de la doctrina, la textura del artículo debiera ser más abierta para permitir la inclusión de supuestos que, aún no mostrando dicha cercanía tengan cabida por ser de naturaleza contractual⁹²⁷. En muchos de estos

tipo de infracciones de tipo extracontractual en algunos casos comparado por la *Cour de Cassation française* en el asunto *Optelec c. Mitronics BV*, 2003, disponible en: <http://www.easydroit.fr/jurisprudence/chambre-commerciale-21-Mars-2002-CONVENTIONS-INTERNATIONALES-Accords-et-conventions-divers-Co/C393081>

⁹²⁵*Vid.* A. FONT SEGURA, *La protección internacional del secreto empresarial...*, *op.cit.*, p. 207.

⁹²⁶*Vid.* T. KADNER GRAZIANO, “Special Jurisdiction under the Brussels I *bis* Regulation: Jurisdiction under Article 7.1 of the Recast Brussels I Regulation: Disconnecting the procedural place of performance from its counterpart in Substantive Law. An analysis of the Case Law of the ECJ and proposals *de lege lata* and *de lege ferenda*”, *Yearbook of Private International Law*, vol. XVI, 2014/2015, pp. 167-217.

⁹²⁷*Ibid.* p.210; incluso contrariando el espíritu del artículo. Por ejemplo, existen determinadas situaciones en las cuales en el contrato existe un silencio en cuanto al lugar de la prestación de los bienes. Algunos, como dice el mismo autor, dudan incluso de cuál pueda ser la racionalidad del artículo. Aparte del *forum actoris* como problema en los foros especiales por razón de la materia.

contratos, la cláusula o pacto de no competencia se debe determinar de forma geográfica y temporal para poder localizar un lugar.

156. La violación e infracción de DPI así como de normas de conducta comercial puede derivar de consecuente ruptura contractual por lo que se debería acudir al foro de las obligaciones contractuales; pero, si de la ruptura y posterior distribución del bien o producto que tenía atribuido el distribuidor de forma exclusiva, sobrevino la comisión de actos comerciales desleales.

157. Ejemplo: imaginemos que se distribuyó un producto defectuoso o un producto que debía haber sido retirado del mercado porque su distribución y posterior venta podría causar confusión a los consumidores debido a que su diseño era igual al de otro competidor que tiene reconocimiento en el mercado. Debería fundamentarse la CJI en base al foro de las obligaciones extracontractuales porque este acto comercial desleal es ajeno a la obligación que fue asumida de forma libre por las partes de forma previa y que sirve de base para la demanda.

158. Por otra parte, hay que tener en cuenta que la acción de responsabilidad extracontractual pueda verse afectada por la cosa juzgada.

Tendrá en este sentido mucho que ver con lo que la *lex fori* entienda por “pretensión procesal” (*causa petendi* y *petitum*, *concurrence of laws/Gesetzkonkurrenz*) y la aceptación de dicha acumulación bajo el derecho procesal del tribunal ante el que se interpongan las acciones de tipo contractual o de tipo extracontractual⁹²⁸. Existen varias tesis, como la de no acumulación, la de la prestación característica y la de la independencia de las obligaciones.

B. Supuestos “híbridos” entre la responsabilidad de tipo contractual y la extracontractual: la figura del *contort* (*contract/tort*)

159. Los ilícitos de inducción a la infracción desleal contractual son supuestos problemáticos en materia de competencia desleal y la responsabilidad contractual (como la figura del *contort* en el Derecho anglosajón, que implica ambas responsabilidades).

160. El problema será determinar a efectos de aplicación del RBI *bis* / CL en qué foro de CJI tienen cabida, si debe establecerse la demanda ante el foro de la obligación de tipo contractual o ante el foro de la obligación de tipo extracontractual, puesto que como se ha observado, ambas obligaciones no son acumulables en los foros neutros y habrá que estar a lo dispuesto en los conceptos propios del RBI *bis*/CL en materia de ambas obligaciones.

⁹²⁸*Vid.* L. COLLINS, “Interaction between Contract and Tort in the Conflict of Laws”, *Int. J. & Comp. L. Q.*, vol. 16, 1967, pp. 103-144, p. 109.

161. Inducción desleal a la infracción contractual: *Tortious interference*.

Se equipara en el ámbito anglosajón como el *tortious interference* (*interference with prospective advantage*)⁹²⁹. De forma especial, en Estados Unidos, donde se ha reconocido en algunos *Statements* como *torts* de competencia desleal en los que debe reclamarse la infracción desde el ámbito de la obligación extracontractual, como en la mayoría de los EM de la UE⁹³⁰.

162. En estos ilícitos no existe una necesaria relación contractual entre el inductor y el inducido. De hecho es que no suele existir entre ellos. Lo que sí implica es la responsabilidad por infracción contractual en la que incurre el “inducido” con el contratante (pudiendo ser un distribuidor o proveedor, o incluso el empleador del inducido, por ejemplo).

⁹²⁹ En este sentido, puede diferenciarse entre la inducción a la infracción contractual con el objetivo del robo de personal o clientes de otro competidor, con la inducción hacia una de las partes en el contrato para violentar o quebrar una oportunidad de negocio entre competidores; sobre diferentes tipos de *tortious interference* y contratos internacionales. Una definición del *tortious interference*: http://www.law.cornell.edu/wex/tortious_interference; sobre su posible adaptación o equivalencia funcional en el sistema jurídico español, G. FERNÁNDEZ, “Interferencia de terceros en contratos ajenos”, disponible en: <http://derecho.uc.cl/Derecho-UC-en-los-medios/profesor-gonzalo-fernandez-interferencia-de-terceros-en-contratos-ajenos.html>; en Inglaterra, esta figura fue desarrollada en la jurisprudencia con el asunto *Lumly v. Gye* (1853). En el asunto, el problema estaba en que la *New York Statutory Law* cubre las relaciones B2B en materia de publicidad falsa; T. NEWPORT, “Tortious Interference and International...”, *loc.cit.*, pp. 80-88. Por ejemplo, el art. 14 de la LCD española que establece como desleal la inducción a trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados a infringir los deberes contractuales básicos que han contraído con los competidores. Así su apartado 2º determina las condiciones para considerar desleal la terminación del contrato, a lo que acompaña que tenga por objeto la difusión o explotación de un secreto industrial o empresarial o vaya acompañada de circunstancias tales como el engaño, con la intención de eliminar a un competidor. Sirva como ejemplo el asunto que llevó a *Pepsi Foods Ltd.*, y otros c. *Bharat Coca-Cola Holdings* en la India en 1999, disponible en: <http://indiankanoon.org/doc/721210/>; y, asimismo, la demanda que estableció el grupo BRIDAS c. REPSOL con relación al asunto por los derechos de explotación del yacimiento de Vaca Muerta tras la expropiación de la empresa española que se analiza en la Sección segunda de este Capítulo.

⁹³⁰ Relacionado a su vez con la *breach of confidence* y la revelación de secretos; G.JR., DENEGRE/ SHANNON S. HOLTZMAN /J. A. LOVET, “Tortious Interference and Unfair Trade Claims: Louisiana’s Elusive remedies for Business Interference”, *Loyola L. R.*, vol. 45, 1999, pp. 395-409; reconocen los autores la dificultad de probar el *tortious interference* sino es a través de la competencia desleal (haber adquirido una ventaja competitiva por medio de la inducción a la ruptura de negociaciones). Los tribunales norteamericanos siempre fueron reacios a aplicar esta figura como tal que la ha hecho ser bastante cerrada y poco accesible si no es con una serie de condiciones muy estrictas. No obstante, en Lousiana, el *Unfair Trade Practices and Consumer Protection Act*, comenzó a ampliar su ámbito de protección y otorgando acciones contra este tipo de supuestos. Lo importante bajo el *2nd. Restatement of the Law of Torts*, Section 766B, es determinar cuando la interferencia es impropia (*improper*) para considerarla desleal; R. E. SAAVEDRA VELASCO, “Inducción al incumplimiento contractual, represión de la competencia desleal e incumplimiento ineficiente”, *Ius et Veritas*, vol. 44, 2015, pp. 42-56, disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/viewFile/12020/12588>; también, cabe advertir que en algunas ocasiones se relaciona con el *tort* del *breach of Statutory duty*, M. H. MATTHEWS “Notes. Negligence and Breach of Statutory Duty”, *Oxford J. Legal Stud.*, vol. 4, nº3, 1884, pp. 429-433.

163. *Breach of confidence.* Se pierde entonces la confianza en el ámbito contractual produciéndose una quiebra en el deber de buena fe y lealtad, lo que en el ámbito anglosajón se conoce como el “*breach of confidence*” (v.gr.: en violación de secreto empresarial o pactos precontractuales). La infracción de estos deberes necesarios para que se desarrolle el objeto del contrato y la competencia sana, implica la responsabilidad contractual que exige la reparación del daño causado en el mercado al contratante al que se le debe la lealtad comercial⁹³¹. Un deber que ha nacido de la relación contractual entre las partes, y no de una relación de tipo extracontractual.

Impeding competitors/boycott. Otros tipos de actos como los actos de obstaculización a los competidores o boicot como el “*impeding competitors*” se incluyen en la figura de la inducción desleal a la infracción contractual por parte de terceros mercado del (o el *tortious interference*).

164. Elementos. Los elementos a tener en cuenta para determinar que existe el ilícito civil o *tort* del *tortious interference* se desprenden de la Doctrina americana *Amaranth*⁹³².

165. Son los siguientes: **1.** Existencia de una relación comercial o de negocios con un tercero; **2.** Que el demandado sepa la existencia que su interferencia es desleal e intencionada; **3.** El demandado actuó solo y usó medios impropios o ilegales que pueden equivaler a lo que se consideraría un delito; **4.** La interferencia del demandado causó un perjuicio a la relación que tenía el demandante con la tercera parte en negociaciones o en el contrato.

Ejemplo: la demanda que estableció el grupo *BRIDAS c. REPSOL* en el asunto por los derechos de explotación del yacimiento de Vaca Muerta tras la expropiación a la empresa española del control sobre la empresa argentina YPF⁹³³.

⁹³¹ N. BINCTIN, “Le droit de la concurrence déloyale-Perspectives française et européenne”, en J. DE WERRA (ed.) *et. al.*, *Défis du droit de la concurrence...*, *op.cit.*, pp. 73-99.

⁹³² *Vid. Amaranth LLC y J.P. Morgan Chase & Co.*, 71 AS3d 40, 47 (1st. Dept. 2009); también en, G. JR., DENEGRÉ/S.S. HOLTZMAN/ J. A. LOVET, “Tortious Interference and Unfair Trade Claims...”, *loc.cit.*, p. 397 y referencias nota n^o 6; El asunto *Pennzoil v. Texaco, Texas Court of Civil Appeals, 1st District (Houston)*, 1987, como buen ejemplo de acciones contra la inducción a la infracción contractual en la que solicitaron a su vez *punitive damages*, en el ámbito de la competencia desleal.

⁹³³ “Apuntes de Repsol tras la expropiación”, agosto 2013, disponible en: http://www.repsol.com/imagenes/es_es/n12_Sumario_tcm7-658430.pdf, p. 10); *Bridas International S.A. and Bridas Energy Holding LTD., vs. Repsol S.A.*, *Supreme Court of the State of New York, New York County, Index No. 650018/2013, File No. 130/2013*, p. 10; también, A. M. RODRÍGUEZ GUTIÁN, “Eficacia de los pactos de...”, *loc.cit.*; asimismo el asunto *9 TO 5 Fashions, Inc. vs. Spurney*, 538 So. 2d., 2888 (1989), *Supreme Court of Louisiana* (30 de enero de 1989); un supuesto en el que se analizó ante la Corte la interferencia intencional en la relación contractual como posible ilícito de competencia desleal, es decir, como *business tort*, como se denominan en Estados Unidos.

El grupo BRIDAS tras ser demandado por competencia desleal ante los tribunales españoles por REPSOL interpuso una demanda ante los tribunales del distrito de Nueva York (USA), alegando que la conducta de REPSOL reunía todos los elementos de la doctrina del *tortious interference* (la conocida en los tribunales de los Estados Unidos como la doctrina *Amaranth*) debido a que consideraba que su verdadero objetivo con el establecimiento de la demanda ante los tribunales españoles por competencia desleal era evitar que pudiese llevar a cabo negociaciones con la empresa YPF Argentina para adquirir derechos de explotación del yacimiento Vaca Muerta.

La juez del juzgado del Distrito de New York que conoció del supuesto rechazó todas las alegaciones de la demanda del grupo BRIDAS, por no encontrar en la conducta comercial de REPSOL ningún elemento de la doctrina alegada por el demandante como *tortious interference*, el grupo BRIDAS, aceptando la declinatoria (*motion to dismiss*) que interpuso REPSOL contra la misma demanda y “*with prejudice*”. Esto es, sobreseyéndolo sin reservas.

C. Tratamiento de la responsabilidad precontractual o *culpa in contrahendo* en el RBI *bis*

166. La responsabilidad precontractual o la *culpa in contrahendo* es una de las figuras más complicadas de calificar en el ámbito del DIPr⁹³⁴. La mayor parte de los EM entre los que se encuentra España (a excepción de Alemania en dónde la responsabilidad de tipo precontractual se considera parte de la responsabilidad contractual⁹³⁵) tratan la responsabilidad precontractual en el ámbito de la obligación extracontractual.

167. En el DIPr europeo, especialmente en el RR II, la *culpa in contrahendo* nace de la violación o infracción del deber de secreto (en violación del secreto empresarial o comercial, por ejemplo)⁹³⁶; así como de la ruptura de tratos anteriores a la formación del contrato y un amplio abanico de ilícitos concurrenciales desleales de tipo *B2B*; pero que tengan un vínculo directo previo a la celebración de un contrato (el

⁹³⁴M. VIRGÓS SORIANO / F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional...*, *op.cit.*, p. 189; R. ARENAS GARCÍA, “La distinción entre obligaciones contractuales y obligaciones extracontractuales en los instrumentos comunitarios de Derecho internacional...”, *loc.cit.*, p. 415.

⁹³⁵ Con mayores detalles sobre el tratamiento en el ámbito de las obligaciones contractuales de la *culpa in contrahendo* del sistema alemán; D. MOURA VICENTE, “La *culpa in contrahendo* en el derecho internacional...”, *loc.cit.* pp. 56-59, esp. p. 56; también, F. KESSLER /E. FINE, “*Culpa in Contrahendo* Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract: A Comparative Study”, *Harv. L. R.*, vol. 77, n° 1, enero 1964, pp. 401-449, pp. 410-411.

⁹³⁶*Vid.* art. 2 del RR II que incluye en el ámbito del Reglamento esta figura como responsabilidad extracontractual y el art. 12 del mismo RR II; el Considerando 10 del RR I, que excluye de su ámbito material la responsabilidad precontractual; y, el Considerandos 29 y 30 del RR II. El Considerando 29 determina como hecho distinto del hecho dañoso, al enriquecimiento sin causa, la gestión de negocio y la misma *culpa in contrahendo*; “Propuesta de Reglamento Roma II...”, *cit.*, pp. 8-9; E. COUREAULT, *La Concurrence déloyale en droit international privé...*, *op.cit.*, p. 115; E. LEIN/A. DICKINSON, *The Brussels I Regulation Recast...*, *op.cit.*, p. 158; y en la jurisprudencia, de nuevo lo establecido en el asunto *Tacconi*.

legislador europeo consagró lo establecido en la jurisprudencia del TJUE en el asunto *TACCONI* con respecto a qué debía entenderse como responsabilidad pre contractual).

168. El TJUE sostuvo en el mismo que la responsabilidad precontractual no tiene origen en pactos “libremente asumidos por las partes que se cristalizan en un contrato”⁹³⁷, por lo que cualquier ruptura a un pacto anterior al contrato debía ser tratada como si fuese una obligación de tipo extracontractual.

169. Se añade que la violación o infracción del pacto precontractual no infringe la buena fe contractual al no existir el consentimiento previo necesario entre las partes. Lo que se infringe es el principio del *neminem laedere*. Por ende, debe buscarse la responsabilidad en el ámbito de la responsabilidad *aquiliana*⁹³⁸.

170. Por tanto, habrá que diferenciar muy bien si en las pretensiones de la demanda se desprende que existió una relación jurídica entre las partes que dio lugar a la ruptura del vínculo contractual y que la infracción de este vínculo sirva de base a la demanda; o, si lo que se reclama fue la finalización y ruptura de las *negociaciones* que, convertiría la situación de hecho en una obligación de tipo precontractual a la luz de aplicar el RBI *bis*⁹³⁹.

⁹³⁷ Comentario del asunto *Tacconi* en relación a la calificación precontractual en el ámbito del CB 1968 en M. REQUEJO ISIDRO, “Competencia judicial internacional.-Responsabilidad precontractual. Calificación: delimitación de la materia delictual o cuasidelictual. Comentario a la STJCE de 17 de septiembre de 2002, as. C-334/00, *Tacconi*”, *REDI*, vol. LIV, 2002, pp. 877-881, que criticó la incertidumbre que emana de los FJ del asunto *Tacconi* en cuanto no se establece realmente cómo saber si la obligación es precontractual a efectos de aplicar el RBI; K. FACH GÓMEZ, “De nuevo sobre la materia delictual y cuasi-delictual en el Convenio de Bruselas de 1968”, *AEDIPr*, t. IV, 2004, pp. 897-900, p.899; sobre el tratamiento de los pactos precontractuales y la *culpa in contrahendo* y su tratamiento en la norma de conflicto europea, D. MOURA VICENTE, “La *culpa in contrahendo* en el derecho internacional privado europeo”, *AEDIPr*, t. XIII, 2013, pp. 53-72; *id.* “Precontractual liability in Private International Law: A Portuguese Perspective”, *RabelZs Bd.*, n° 67, 2003, pp. 700-723; R. ARENAS GARCÍA, “La regulación de la responsabilidad pre-contractual en el Reglamento Roma II”, *InDret*, n°4, 2008, pp. 1-27, pp. 8-11, disponible en: http://www.indret.com/pdf/590_es.pdf; N. HAGE-CHAHIRE, “*Culpa in contrahendo* in European Private International Law: Another Look at Article 12 of the Rome II Regulation”, *Nw. J. Int'l L & Bus.*, n° 32, 2011/2012, pp. 451-540, pp. 466-470.

⁹³⁸ La DPCD sí reconoce esta posibilidad de pactos precontractuales pero en materia de relaciones B2C. Así también, el legislador español cuando realizó la transposición de la DPCD a la nueva ley de CD en el año 2009 estableció en el artículo 2.3 (ámbito objetivo): “la ley será de aplicación a cualesquiera actos de competencia desleal, realizados *antes, durante o después* de una operación comercial o contrato, independientemente de que éste llegue a celebrarse o no” (el resaltado es nuestro); G. VITELLINO, “Chapter Twenty-Two. Consumer protection against unfair practices in cross-border...”, *loc.cit.*, en A. LUPONE/ C. RICCI /A.SANTINI (eds.), *The Right to safe food towards a global governance...*, *op.cit.*, pp. 429-434

⁹³⁹ B. HESS, T. PFEIFFER/P. SCHLOSSER, “Report on the Application of Regulation I ... (Heidelberg Report)”, *cit.*, pp. 90-91.

5. Foros especiales por razón de la materia de tipo extracontractual

A. Aplicación del foro de la obligación de tipo extracontractual a supuestos de competencia desleal transfronteriza

171. El foro de las obligaciones de tipo extracontractual es el foro por excelencia de los supuestos de competencia desleal transfronteriza tenida como obligación de tipo extracontractual⁹⁴⁰.

172. El mismo foro aúna el ilícito de competencia desleal de forma amplia (esto es, es aplicable tanto para ilícitos *B2C* como ilícitos concurrenciales de tipo *B2B*, con las diferencias que ya se han mencionado en los supuestos de prácticas comerciales desleales *B2C*⁹⁴¹).

173. Las diferencias entre las prácticas y actos comerciales desleales de tipo *B2B* y *B2C* se muestran en la aplicación práctica de este foro. No obstante, tanto el concepto de daño que es la infracción a las normas de competencia desleal como el concepto del lugar del hecho dañoso (el mercado afectado) no dependen en cuestiones de CJI de ningún grado de armonización material de la disciplina⁹⁴².

⁹⁴⁰ En los litigios por infracciones al Derecho de la libre competencia, B. VILÀ COSTA, “How to Apply Articles 5(1) and 5 (3) to Private Enforcement...”, *loc.cit.*, en L. IDOT/S. FRANCO /J. BASEDOW, *International Antitrust Litigation...*, *op.cit.*, p. 26; C. ORÓ MARTÍNEZ, “Capítulo IV.- Litigación internacional y Acciones de indemnización por infracción del Derecho de la competencia...”, *loc.cit.*, B. VILÀ COSTA / A. FONT I RIBAS (dirs.), *La indemnización por infracción de normas...*, *op.cit.*; M. DANOV, “EU Competition Law Enforcement; is Brussels I suited to deal...”, *loc.cit.*; V. PIRONON, “Les pratiques commerciales déloyales entre droit international privé et droit communautaire”, en VVAA, *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques. Mélanges en honneur de Hélène Gaudemet-Tallon*, Paris, Dalloz, 2008, pp. 545-557, pp. 552-556; M. PAZDAN/M. SZPUNAR, “Cross-Border Litigation of Unfair Competition over the Internet...”, *loc.cit.*, en A. NUYTS (ed.), *International Litigation in Intellectual Property and...*, *op.cit.*, pp. 131-149, especialmente centrados en el análisis de las cuestiones de competencia desleal transfronteriza en Internet; A. THÜNKEN, “Multi-state Advertising over the Internet and the Private International Law...”, *loc.cit.*; D. MOURA, “La propriété intellectuelle...”, *loc.cit.*, pp. 419-427; P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “Capítulo II.- Bienes inmateriales. Derecho de la competencia y...”, *loc.cit.*, en J. C. FERNÁNDEZ ROZAS/R. ARENAS GARCÍA/P. A. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho de los negocios internacionales...*, *op.cit.*; *id.* “The Private International Law of Intellectual Property and of Unfair Competition...”, *loc.cit.*, en S. LEIBLE/A. OHLY, *Intellectual Property and Private International Law...*, *op.cit.*; W.F.LINDACHER, “Die Internationale Dimension lauterkeitsrechtlicher Unterlassungsansprüche: Marktterritorialität versus Universalität”, *GRURInt*, 2008, pp. 453-459.

⁹⁴¹ No parece ocurrir de la misma forma para el *passing off* anglosajón; J.J. FAWCETT/P. TORREMANS, *Intellectual Property and Private International law...*, *op.cit.*, pp. 459-460, “It follows that the fact that, under English law, an action for passing-off is undoubtedly one in tort does not necessarily mean that it would come within the scope of Article 5 (3)” y p. 495; D. MOURA, “La propriété intellectuelle...”, *loc.cit.* p. 419; J. VON HEIN, “Protecting victims of cross-border torts...”, *loc.cit.*, p. 257

⁹⁴² De acuerdo con esta idea, T. KADNER GRAZIANO, *La responsabilité délictuelle en droit international ...*, *op.cit.*, p. 86.

174. En realidad, depende de si en el foro dónde se pretende demandar caben las correspondientes acciones contra los actos y prácticas de competencia desleal y qué contenido tienen en cuanto al tipo de actos comerciales desleales *B2B* y los prácticas comerciales desleales *B2C*⁹⁴³ que se demanden.

175. La ubicuidad de estos ilícitos se desprende que los efectos del daño se produzcan en un Estado pero la realización del hecho causante se ha realizado en otro Estado.

A diferencia del domicilio del demandado como “foro general”, la competencia “universal” de este foro se basa en la proximidad entre el lugar (esto es, una competencia territorialmente limitada⁹⁴⁴) y los hechos realizados⁹⁴⁵.

176. De forma general y para todas las obligaciones que tienen cabida en el concepto de obligación extracontractual, este foro permite tanto a la víctima como al infractor elegir entre el lugar dónde sucedió el hecho causante⁹⁴⁶ (*forum delicti commissi-mercado afectado de ataque*).

Como también en el lugar del daño o el lugar donde pudiere producirse el daño (*loci damni-mercado afectado de recepción*) puesto que según la consolidada

⁹⁴³ Vid. P. JIMÉNEZ BLANCO, “Acciones de cesación de actividades ilícitas transfronterizas...”, *loc.cit.*; P. TORREMANS/ J.J. FAWCETT, *Intellectual Property and Private International Law... op.cit.*, p. 493; en determinados sectores, la fragmentación es todavía más dispar a pesar de existir cierto grado de armonización, en materia de protección de datos, C. GARCÍA MIRETE, *La adaptación de las bases de datos electrónicas internacionales...*, *op.cit.*, p. 64; M. VIRGÓS SORIANO, *El comercio internacional en el nuevo Derecho español del Derecho de la competencia desleal...*, *op.cit.*; A. FONT SEGURA, *La protección internacional del secreto...*, *op.cit.*, p. 382, además añade el autor que este foro está basado en cuestiones procesales y no en las razones materiales tales como objeto de la demanda y acción ejercitada.

⁹⁴⁴ Vid. P. JIMÉNEZ BLANCO, “Acciones de cesación de actividades ilícitas...”, *loc.cit.*, p. 131.

⁹⁴⁵ No puede dejar de mencionarse que fue quien analizó de forma exhaustiva el principio de proximidad, para evitar los problemas de localización del tribunal competente, P. LAGARDE, “Le principe de proximité dans le droit international privé...”, *loc.cit.*, pp.116-118, el principio de proximidad como corrector para la norma de conflicto y las normas de CJI, en relación a la justicia material por encima de la justicia formal; P. BOUREL, “Du rattachement de quelques délits spéciaux en droit international privé...”, *loc.cit.*; en el RBI *bis* está consagrado en el Considerando 16; T. VON MEHREN, “Jurisdiction to Adjudicate: Reflections on the Role and Scope of Specific Jurisdiction”, en D. PATRY (ed.) *et al., Études de droit international en l’honneur de Pierre Lalive*, Frankfurt, Helbing & Lichtenhahn, 1993, pp. 557-576; J. GLÖCKNER, “Internationales Lauterkeitsprozessrecht”, en H. HARTE-BAVERNDAMN/F. HENNING-BODEWIG, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG). Mit Preisangabenverordnung*, München, Verlag/Beck, 2013, pp. 234-250; reciente STJUE *Granarolo SpA*(C-196/15).

⁹⁴⁶ M. SABIDO RODRÍGUEZ, “Artículo 7.2...”, *loc.cit.*, en F. F. GARAU SOBRINO/P. BLANCO-MORALES LIMONES (coords.), *Comentario al Reglamento (UE) N° 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones...*, *op.cit.*, p. 190; *Folien Fischer* (C-133/11)

jurisprudencia del TJUE desde el CB 1968, la noción del lugar dónde sucedió el hecho dañoso” comprende ambos lugares⁹⁴⁷.

a. Concepto de “daños” y “víctima inmediata” en el RBI *bis*

177. El término “daños” sean patrimoniales o de otro tipo deben ser los producidos de forma directa sobre una víctima inmediata. Esto es, para interponer la demanda ante el foro adecuado no se tendrán en cuenta la víctimas “mediatas” ni tampoco los daños indirectos, secundarios o colaterales, puesto que en los mismos, según el TJUE⁹⁴⁸ no existe suficiente proximidad entre el foro/tribunal competente con el lugar del hecho dañoso⁹⁴⁹).

⁹⁴⁷ Vid. Asunto Minas de Potasa (C-21/76), *Marinari* (C-364/93), párr.6, *inter alia*; esta concepción de los foros especiales se realizó de forma contraria a la jurisprudencia norteamericana que basa la determinación de la CJI de los foros especiales (*special jurisdiction to adjudicate*) en cuestiones de actividad (*doing business*), el domicilio del demandante (como lugar dónde se realizan las actividades profesionales en supuestos de desviación de clientela) y movimiento del *tortfeasor* (*carrying out a continúe activity within the forum, vid. v.gr.*, sobre este particular, J. J. RAPPEPORT, “Trade-Mark and Unfair Competition in international conflict of laws: an Analysis of the choice of law ...”, *loc.cit.*, pp. 1-32, el mismo autor propone como solución en litigios multi estatales que se interponga en supuestos de competencia desleal y de infracción marcaría la demanda ante el foro general del domicilio del demandado, evitando así, el fenómeno del *bad forum shopping*, buscando otros foros incluso si en estos se cometió el hecho causante o el mercado dónde se manifestaron los efectos; T. KRUGER, *Civil Jurisdiction Rules of the EU...*, *op.cit.*, pp. 148-149. Argumenta la autora que este criterio basado en el movimiento del presunto infractor (*tortfeasor*) es más amplio y permite por ejemplo, determinar la CJI en cuanto si una empresa ha entrado a competir en un mercado, un determinado mercado, entonces de forma implícita significa que los tribunales de todo ese mercado podrían ser competentes; A. T. VON MEHREN/D. T. TRAUTMAN, “Jurisdiction to Adjudicate...”, *loc.cit.*, p. 1147; M. SABIDO RODRÍGUEZ, “Artículo 7.2...”, *loc.cit.*, p. 190.

⁹⁴⁸ La jurisprudencia del TJUE desde los inicios del CB 1968 hasta nuestros días y que se extrapola *mutatis mutandis* para las actuales disposiciones, por lo que ya se ha considerado de estos foros que no han sufrido cambios; Asunto *Folien Fischer* (C-133/11), donde el TJUE recuerda este particular.

⁹⁴⁹ Vid. V. FUENTES CAMACHO, “Competencia judicial internacional.-Responsabilidad extracontractual. Artículo 5.3 del Convenio de Bruselas. Lugar dónde se hubiere producido el hecho dañoso. Perjuicio patrimonial sufrido como consecuencia de inversiones de capital realizadas en otro Estado contratante”, *REDI*, vol. 56, n°2, 2004, pp. 860-866. En el asunto *Kronhofer* por ejemplo, como dice el autor se presentó la particularidad que el perjuicio económico supuestamente sufrido por el demandante en otro Estado contratante produjo un efecto simultáneo sobre todo su patrimonio, localizándose el lugar del hecho dañoso en el centro de su patrimonio; V. PIRONON, “Les pratiques commerciales déloyales entre droit international privé et...”, *loc.cit.*, en VVAA, *Vers de nouveau equilibres...*, *op.cit.*, p. 555; I. LORENTE MARTÍNEZ, “Daños causados por productos y competencia judicial internacional en la...”, *loc.cit.*, pp. 351-361; Asunto C-12/15 *Universal Music International Holding*; P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “Daños patrimoniales y determinación de la competencia en el Reglamento Bruselas I *bis*”, 17/06/2016, disponible en: <http://pedroemiguelasensio.blogspot.de/2016/06/danos-patrimoniales-y-determinacion-de.html>; *id.* “El lugar del daño como fundamento de la competencia judicial internacional en los litigios por derechos de autor”, en D. MOURA *et al.*, (coord.), *Estudos de Direito Intelectual (En Homenagem ao Prof. Dr. José de Oliveira Ascensão)*, Coimbra, Almedina, 2015, pp. 511-530; lo cierto es que el TJUE ha determinado que los daños sean siempre directos y sustanciales

178. En el Capítulo III, ya se analizó la contradicción que nos encontramos entre el ámbito de la CJI y la LA con relación al término “daños” y “hecho dañoso”, entre el RBI *bis* y el RRII (art. 2).

El artículo 4 RRII designa la ley del lugar donde el daño ha ocurrido (*loci damni*) no donde pudiese ocurrir el hecho dañoso, ni donde se hubiese podido producir el hecho generador, ni donde se producen las consecuencias indirectas del hecho dañoso⁹⁵⁰. Siendo esta interpretación y redacción dada por el legislador europeo, restrictiva⁹⁵¹. De forma diferente a lo establecido en el artículo 7.2 RBI *bis*. Provocando una incoherencia que debe ser subsanada entre estos Reglamentos.

La noción de daño y del lugar dónde se ha cometido el hecho dañoso del artículo es aplicable a los litigios de competencia desleal transfronteriza por su condición clásica de ilícito de responsabilidad extracontractual⁹⁵².

Siendo este aspecto el más difícil de precisar, donde comenzó el acto comercial desleal y/o donde produjo sus efectos.

179. Para actos comerciales desleales de tipo *B2B* habrá de tenerse en cuenta este aspecto, dado que según el apartado 2º del artículo 6 del RRII se determinará la ley aplicable de conformidad con el artículo 4 del RRII⁹⁵³.

Cuándo las acciones por el acto de competencia desleal transfronterizo se hayan establecido ante el lugar donde se encuentra el mercado de recepción (*loci damni*) dependerá de la forma que haya adoptado el acto. Por ejemplo, en los supuestos de imitación de marca y engaño a consumidores o el *passing off* (en el ámbito anglosajón)⁹⁵⁴.

⁹⁵⁰ Cf. Art. 4 RRII

⁹⁵¹ E. LEIN/A. DICKINSON, *The Brussels I Regulation Recast...*, *op.cit.*, p. 163.

⁹⁵² Vid. W.F. LINDACHER, “Die Internationale Dimension lauterkeitsrechtlicher Unterlassungsansprüche: Marktterritorialität ...”, *loc.cit.*, p. 453; P. MANKOWSKI, “Special Jurisdicciones. Article 5...”, *loc.cit.*, en P. MANKOWSKI/U. MAGNUS, *Brussels I Regulation...*, *op.cit.*, p. 212; P. TORREMANS/J. J. FAWCETT, *Intellectual Property and Private International...*, *op.cit.*, p.490: “As has already been mentioned, Continental Authorities establish that an action for unfair competition comes within the scope of Article 5.3 and that the distinction in the Mines de Potasse d’Alsace case is applied when ascertaining the place where the harmful event occurred- Applying this distinction, where is the place of the event giving rise to the damage? Where has the damage occurred?”.

⁹⁵³ T. KADNER GRAZIANO, *La responsabilité délictuelle en droit international privé...*, *op.cit.*, p. 88, establece que cuándo se aplica el “criterio de los efectos” en materia de competencia desleal transfronteriza, debe interpretarse en cada uno de estos foros de forma individual tomando en cuenta sólo los daños realizados en ese concreto territorio.

⁹⁵⁴ *Ibid* (J.J. FAWCETT/ P. TORREMANS), p. 462, el análisis del *case law* anglosajón relativo al *passing off* transfronterizo está basado en dos importantes sentencias, el asunto *Modus Vivendi* y *Mecklermedia*. Otra diferencia destacable entre el *passing off* y el ilícito de competencia desleal *per se*, es que los ilícitos de *passing off* no suelen contar con dos demandados; aparte de lo establecido con

180. El lugar donde se han dañado estos derechos (objetivo: *goodwill*-intereses de los consumidores/subjetivo: *reputation*-derecho de marca) es diferente al lugar del lugar dónde se dañó la reputación (esto es, que en el primer supuesto le corresponde al juzgador del *forum loci delicti* y en el segundo supuesto, le corresponde al juez del *loci damni* como el lugar donde se comercializó el producto)⁹⁵⁵.

También, en supuestos de infracción de deber de secreto (*breach of confidence*)⁹⁵⁶, en donde es dudoso su tratamiento como ilícito de competencia desleal, no será exigible un mercado afectado y el criterio de conexión que se aplique puede ser perfectamente el criterio de conexión general para los ilícitos de responsabilidad extracontractual.

b. Lugar de los “daños” y el carácter territorial del foro

181. El carácter territorial de estos foros también limita la determinación del tribunal competente. Este carácter territorial se desprende de la proximidad entre el lugar de los hechos y el foro competente considerando así no sólo la CJI del juez, sino también su competencia territorial (por razones de buena administración de justicia).

Con diferencia del foro general del domicilio del demandado, el que no determina la competencia territorial sino sólo la CJI del tribunal⁹⁵⁷.

182. El juez del foro deberá valorar si esta proximidad, mediante los criterios de conexión específicos de la disciplina, en los supuestos de competencia desleal transfronteriza (con independencia de si son ilícitos concurrenciales desleales de tipo *B2B* o *B2C*).

anterioridad en el epígrafe destinado al análisis del ilícito de competencia desleal transfronteriza en el Capítulo tercero; C. DÍAZ, *La protección de la Marca no registrada en España. Passing Off y Marca no registrada...*, *op.cit.* pp. 40-43.

⁹⁵⁵*Ibid.*, p. 492 y p. 562; asuntos *Re Vitamin Cell Complex* (I ZR 101/02) 2006, *IL Pr 7; Carpoint SPA v. Microsoft Corporation*.

⁹⁵⁶*Vid.* J. J. FAWCETT/P. TORREMANS, *Intellectual Property and Private International Law...*, *op.cit.*, p. 458; “Should a claim for passing-off under English law be treated for the purposes of the Brussels I Regulation as one for unfair competition because that would be how it would be regarded in other Member States?”. En principio los autores consideran que esta opción es la válida si se tiene en cuenta la valoración del artículo 6.2 del RRII, precisamente el apartado destinado a la determinación de la ley aplicable en relaciones *B2B* (*forum-ius*). También, lo consideran válido puesto que una demanda basada en una ley extranjera de competencia desleal que adopte la forma del *passing off* (imitación de productos/violación del derecho marcario) tiene cabida en el ámbito de la jurisdicción inglesa. Del lado contrario, una reclamación basada en el derecho inglés debiera tenerse en cuenta de la misma forma, aunque con un *caveat* de fondo que ya ha sido explicado en referencia a los límites de la figura del *passing off*: que no debe ser tratado como competencia desleal (*unfair competition*) en sede de CJI.

⁹⁵⁷Cdo.16 RBI bis; J. VON HEIN, “Protecting Victims of Cross-Border Torts...”, *loc.cit.*, p. 245. Los problemas se presentan entre establecer una interpretación estricta o restrictiva del lugar del daño y compaginarlo con el efecto útil, para dar a ambas partes las mismas oportunidades procesales.

Deberá determinar si el mercado que resultó afectado (los intereses colectivos de los participantes y las relaciones de competencia), teniendo en cuenta que la valoración se hace sin tener que conocer primero del fondo del asunto y que tienen proximidad con su jurisdicción⁹⁵⁸.

B. Idoneidad de las teorías del TJUE para ilícitos de daños a distancia en los litigios de competencia desleal transfronteriza

183. La aplicación de este foro sin límite alguno por su flexibilidad a la hora de elegir lugar en cuanto interponer la demanda, puede generar situaciones de *bad forum shopping*⁹⁵⁹; de *forum actoris* generando un *favor laesi*⁹⁶⁰. Por ello, la interpretación adecuada debe ser restrictiva y de acuerdo con lo que el RBI *bis* considera obligación de tipo extracontractual y daños⁹⁶¹.

184. Las teorías del TJUE sobre la interpretación extensiva o restrictiva del foro se dividen dependiendo de si el ilícito es ubicuo/a distancia o es un ilícito multilateral⁹⁶².

Esta jurisprudencia se ha mostrado un poco contradictoria, pero la razón debe encontrarse en que depende del tipo de obligación extracontractual ante el que el foro debe aplicarse por la especialización actual de las materias⁹⁶³.

⁹⁵⁸Asuntos *Brogstetter y Kolassa* (vid. supra comentario realizado en el apartado sobre la calificación de ambos asuntos).

⁹⁵⁹M. SABIDO RODRÍGUEZ, “Artículo 7.2...”, *loc.cit.*, en F. F. GARAU SOBRINO/ P. BLANCO-LIMONES (coords.)..., *op.cit.*, p. 213, la aversión por esta figura siempre ha sido deseado evitarla, así cita los asuntos por todos conocidos, *Dumez* (c-220(88)) y *Réunion Européenne* (C-51/97); A. CRESPO HERNÁNDEZ, “Delimitación entre materia contractual y extracontractual en el Convenio de Bruselas...”, *loc.cit.*, pp. 2179-2180. También evitando que la víctimas indirectas puedan solicitar en su Estado la reclamación del daño causado por un ilícito extracontractual; E. LEIN/A. DICKINSON, *The Brussels I Regulation Recast... op.cit.*, pp. 167-168. Un riesgo que parece se ha incrementado con el artículo 4.1 del RRII que fomenta la aplicación de la *lex loci damni* (vid. infra Capítulo IV) y que debe tenerse en cuenta a la hora de las relaciones B2B en la aplicación del artículo 6.2 RRII. Para ello, se hace necesaria una interpretación restrictiva del foro para evitar la producción de un *forum actoris* de parte de los demandantes.

⁹⁶⁰Sobre el tratamiento del *favor laesi* en la jurisprudencia del TJUE, el asunto *Folien Fischer* (C-133/11) y en relación a acciones del Derecho de la competencia. El TJUE reiteró de nuevo que el foro no estaba para establecer y ofrecer a la parte débil mayor protección; E. LEIN/A. DICKINSON, *The Brussels I bis Regulation...*, *op.cit.*, p. 171, sobre el “centro de intereses de la víctima” como criterio de conexión

⁹⁶¹Vid. M. VIRGÓS SORIANO/F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional...*, *op.cit.*; C. I. CORDERO ÁLVAREZ, “Algunos problemas en la aplicación del art. 5.3...”, *loc.cit.*; J. VON HEIN, “Protecting Victims of Cross-Border Torts...”, *loc.cit.*, p. 245.

⁹⁶²Vid. C. I. CORDERO ÁLVAREZ, “Algunos problemas de aplicación del artículo 5.3 ...”, *loc.cit.*, lo pone de relieve, en los desafíos que presenta la Sociedad de la Información o del conocimiento; la única diferencia estriba en que el RBI ya incluyó la posibilidad de “donde pudiese producirse el hecho dañoso”, a diferencia del CB 1968, pero fue para considerar la posibilidad del establecimiento de acciones de cesación e inhibitorias desde el foro de la obligación extracontractual.

a. Teoría de la ubicuidad

185. La primera de ellas, la “teoría de la ubicuidad”, se sabe que nace de la jurisprudencia del TJUE en relación a la interpretación del foro de las obligaciones extracontractuales cuando el TJUE debe interpretar en el asunto “Minas de Potasa”, donde debe establecer la demanda en base a los criterios de conexión establecidos en el CB 1968.

Esta teoría establece que los daños “ubíquos” (deslocalizados) causados por el ilícito des-localizado que tiene cabida o bien ante el foro del hecho causante (mercado de ataque) tanto en el foro del lugar del daño (mercado de recepción)⁹⁶⁴.

186. La “teoría de la ubicuidad” aplicada a los asuntos de competencia desleal transfronteriza puede ser controvertida si tenemos en cuenta la aplicación de su criterio clásico, el del “mercado afectado”⁹⁶⁵.

⁹⁶³Las últimas sentencias del TJUE demuestran el grado de diferencias a la hora de la determinación del criterio de conexión, en cierta medida intentando aproximarse a la coherencia entre el *forum-ius*, teniendo en cuenta lo que posteriormente establece el legislador europeo en el RR II; E. LEIN/A. DICKINSON, *The Brussels I Regulation Recast...*, *op.cit.*, p. 170-172.

⁹⁶⁴P. MANKOWSKI, “Special Jurisdiction...”, *loc.cit.*, en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI, *Brussels I Regulation...*, *op.cit.*, pp. 211-217, p. 212: “*The PIL of Unfair Commercial Practices does not follow the principle of ubiquity, but developed it’s own rule. (...) Nevertheless practitioners Should be warned that this has not been affirmed by reliable authority yet*”; A favor del criterio; T. KADNER GRAZIANO, *La responsabilité délictuelle en droit international privé européen*, Bruylant, LGDJ, 2004, pp. 86-91, p. 88; C. KESSEDIAN, “Chapter 10- Competition...”, *loc.cit.*, en *Transnational Tort Litigation...*, *op.cit.*, pp. 184-187; D. MOURA VICENTE, “La Propriété Intellectuelle en droit international privé...”, *loc.cit.*, p. 419; J. J. FAWCETT/ P. TORREMANS, *Intellectual Property and Private International...*, *op.cit.*, p. 490; de forma más reciente, H. SHACK, “Kohärenz im europäischen Internationalen Deliktsrecht”, en J. VON HEIN/G. RÜHL, *Kohärenz im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht der Europäischen Union*, vol. 53, Materialien zum ausländischen und internationalen Privatrecht, Tübingen, Mohr Siebeck, 2016, pp. 279-298, p. 291: “*Im Lauterkeitsrecht sollet man das Ubiquitätsprinzip daher vollständig zugunsten des Marktortprinzips aufgeben*”; en *Coty Germany*, se perdió la oportunidad de haber establecido el criterio como fundamental en la determinación del lugar del hecho causante, como puso de relieve por, A. KUR, “Durchsetzung gemeinschaftsweiter Schutzrechte: Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht. Zugleich Anmerkung zu den Entscheidungen EuGH, Rs. C-360/12- *Coty* und EuGH, Rs. C-479/12-Gautzsch”, *GRUR Int.*, vol. 63, n°8/9, 2014, pp. 749-760. Por ejemplo, J. MASEDA RODRÍGUEZ, *Aspectos internacionales de la concesión mercantil (De Conflictus Legum. Estudios de Derecho internacional privado)*, Santiago de Compostela, Universidad Santiago de Compostela, 2000, pp. 200-206, analizado desde el punto de vista de los contratos de concesión se traslada el criterio del mercado afectado a dos puntos de conexión: el mercado como lugar de promoción y el lugar de reventa de los productos contractuales, pudiendo ser válidos en ilícitos ubíquos pero de forma más dudosa en ilícitos mosaico.

⁹⁶⁵Cf. P. MANKOWSKI, “Special Jurisdictions...”, *loc.cit.*, en P. MANKOWSKI/U. MAGNUS, *Brussels I Regulation...*, *op.cit.*, pp. 211-213; “*Nevertheless practitioners should be warned that this has not been affirmed by reliable authority yet*”; también, J. J. FAWCETT/P. TORREMANS, *Intellectual Property and Private Interantional...*, *op.cit.*, T. KADNER GRAZIANO, *La responsabilité délictuelle en droit international...*, *op.cit.*, p. 88, considera que el DIPr de la competencia desleal no admite la aplicación de la ubicuidad como lo considera MANKOWSKI de forma cautelosa. De hecho, la misma jurisprudencia alemana que ahora lo aplica para otro tipo de ilícitos de tipo extracontractual, ya no la

Cuestión particular en competencia desleal. El hecho de tener en cuenta este criterio y aplicársele hace que no se coincida con la solución ofrecida por la “teoría de la ubicuidad” en ilícitos a distancia, a no ser que se realice una interpretación teleológica de la redacción del foro, en cuanto permite el establecimiento de acciones, en varios lugares, el mercado de ataque o recepción⁹⁶⁶.

No obstante, no se cuenta con suficiente jurisprudencia del TJUE sobre este particular, para poder determinar de forma clara, que en realidad el criterio del mercado afectado no admite la aplicación de la teoría de la ubicuidad en todos los supuestos que se presentan por competencia desleal transfronteriza.

187. En ilícitos de tipo ubicuo o a distancia, en algún supuesto, el lugar del daño puede coincidir el lugar del establecimiento o domicilio del demandado, cediendo entonces, la especialidad de la norma a favor de la norma general, el domicilio del demandado (que puede ser el lugar del “mercado de ataque” afectado)⁹⁶⁷.

188. Este supuesto ha sido debatido de forma amplia en la doctrina. Si el foro del lugar del hecho causante (*delicti commissi*) coincide en la mayoría de las veces con el foro general del domicilio del demandado, pero a diferencia del último, el primero está basado en consideraciones materiales (contenido y objeto de la demanda) buscando por tanto una limitación territorial evitando el *bad forum shopping*⁹⁶⁸.

aplica en materia de competencia desleal; de forma similar cuestionando el principio de ubicuidad en reclamaciones patrimoniales, E. TORRALBA MENDIOLA, “La competencia judicial internacional en las reclamaciones de responsabilidad extracontractual por daños meramente patrimoniales y la inutilidad de la “regla de la ubicuidad”, *La Ley Unión Europea*, nº 42, 2016, pp. 1-8.

⁹⁶⁶ D. MOURA, “La propriété intellectuelle...”, *loc.cit.*, p. 419.

⁹⁶⁷ C. I. CORDERO ÁLVAREZ, “Algunos problemas de interpretación del artículo 5.3 ...”, *loc.cit.* cómo establece la autora en estos casos de coincidencia entre ambos lugares, se debe basar la CJI en el domicilio del demandado con lo que la especialidad de la norma cede a favor de la norma general.

⁹⁶⁸ *Vid.* A. DICKINSON, *The Rome II Regulation: The Law Applicable to non contractual obligations*, Oxford, Oxford University Press, 2008, pp. 98-99; el que opina que el *forum shopping* no tiene porque ser siempre limitado. De ahí que estemos diferenciando entre situaciones de *good* o *bad forum shopping*. Los demandantes tienen derecho a elegir los lugares donde van a limitar por numerosas razones, entre las que pueda haber legítimas o no; en defensa del *forum shopping* también puede verse, F.K. JUENGER, “Forum Shopping, Domestic and International...”, *loc.cit.* No obstante, este particular no es el objeto de análisis y conlleva un profundo y acalorado debate académico doctrinal e incluso en el ámbito práctico; sobre la coincidencia en ilícitos de violación del secreto comercial, como ya ponía de relieve, A. FONT SEGURA, *La protección internacional del secreto...*, *op.cit.*, p. 184: teniendo este ilícito una configuración especial dentro del ámbito de los ilícitos de competencia desleal y los derechos de exclusiva, permitiendo en ciertos supuestos como examinó el autor, establecer la demanda en el lugar de violación del secreto comercial o empresarial puesto que es el lugar de la infracción que no requiere además de registro. Siendo este aspecto (la falta de registro), su característica principal.

b. Teoría del mosaico (*Mosaikbetrachtung*)

189. La segunda teoría jurisprudencial, nacida del asunto *Shevill*⁹⁶⁹, conocida como la “teoría del mosaico” se desarrolló para supuestos de daños plurilocalizados en diferentes Estados.

190. De acuerdo con la “teoría del mosaico”, el tribunal del lugar dónde sucedió el hecho dañoso o el *loci delicti commissi* (*mercado de recepción afectado*), es el tribunal que tiene CJI para conocer de la totalidad de los daños y, dado que en estos ilícitos el lugar del hecho dañoso (*loci damni*) se “pluri-localiza” en varios lugares dónde se manifiestan los efectos, si se interponen las acciones ante alguno de estos Tribunales.

Estos tribunales sólo podrán ser competentes para conocer de los daños causados en ese lugar/territorio-mercado. De esta forma, se previenen situaciones de *bad forum shopping* y de estrategias procesales abusando del derecho a poder demandar ante cualquier tribunal donde ha sucedido el daño.

191. Son típicos supuestos de *multi-state torts*, los supuestos de publicidad engañosa y comparativa, cuándo el lugar de comercialización del producto imitado es diferente al lugar dónde se está produciendo y distribuyendo a los competidores y consumidores de otros mercados⁹⁷⁰, los supuestos de carteles internacionales, las infracciones a derechos subjetivos (personalidad y derechos de propiedades inmateriales⁹⁷¹).

⁹⁶⁹ Asunto *Shevill* (C-68/93).

⁹⁷⁰ Este, por ejemplo, es el supuesto del que fue llamado el asunto de la “bici transfronteriza”, asunto *Andreas Kainz vs. Pantherwerke AG* (C-45/13), I. LORENTE MARTÍNEZ, “Daños causados por los productos y competencia judicial internacional en la Unión Europea”, *Cuadernos de Derecho transnacional*, vol. 6, nº2, 2014, pp. 351-361, en donde se explica de forma breve el asunto así como los puntos más relevantes destacables sobre los problemas de CJI en materia de daños causados por un producto defectuoso. El lugar del hecho dañoso en estos supuestos se localiza en el lugar donde se ha fabricado el producto, tribunal previsible para ambas partes.

⁹⁷¹ C. I. CORDERO ÁLVAREZ, “Algunos problemas de interpretación del art. 5.3 ...”, *loc.cit.*, que analiza estos problemas en este ámbito con las siguientes preguntas abiertas todavía: ¿qué ocurre si el editor tiene varios establecimientos?; ¿qué se entiende por establecimiento?; o ¿qué ocurre si el lugar de edición y el del establecimiento del editor son distintos? La última hipótesis puede ser solucionada como establece sí, en caso de no coincidir en el mismo lugar el establecimiento del editor y el de la edición/publicación del periódico por sí, el lugar del establecimiento del editor, la víctima podría optar por demandar en éste último, por la totalidad de los daños (competencia ilimitada) sobre la base del art. 2 RBI o ante el lugar de edición o publicación del periódico (competencia limitada) siendo este lugar el donde se materializa el hecho causante del que se derivan los daños, el verdadero lugar de origen del daño; la misma hipótesis planteada en relación al efecto útil del RBI y el foro del lugar causante del daño

192. También en situaciones de responsabilidad medioambiental que impliquen aspectos relacionados con la Responsabilidad Social Corporativa (RSC) en donde es posible que a través de la infracción de ambos cuerpos normativos se produzca una infracción administrativa que tiene consideración de ilícito concurrencial desleal, el *dumping social*⁹⁷².

193. Si además se suma que el ilícito conllevó una infracción de difamación y atentó contra la reputación del competidor, la demanda debe interponerse ante el foro del lugar donde se malogró tal reputación del competidor.

194. La teoría del mosaico aquí sí limitaría el lugar del hecho dañoso por ejemplo, en el lugar donde el daño puede cuantificarse de forma económica. En la mayoría de los supuestos, este lugar, es el lugar del establecimiento del profesional/competidor dañado o el lugar donde perdió beneficios, pudiendo llegar a la creación de un *forum actoris*⁹⁷³. Por lo que, puede adolecer de problemas, según considera el TJUE, si no establece una interpretación restrictiva del mismo artículo a la hora de valorar el establecimiento de acciones.

195. En el caso de co-responsables del acto comercial desleal (como ejemplo y aunque del ámbito *antitrust*: los cárteles transfronterizos), se ha argumentado la posibilidad que el artículo 7.2 establezca una acumulación de acciones contra los co-

o *loci delicti (effet utile)* estando a favor del *forum loci damni*, por J. VON HEIN, “Protecting Victims of Cross-Border Torts...”, *loc.cit.*, p. 245.

⁹⁷²*Vid.* Capítulo I, Sección III; T. COTTIER/A. JEVTIC, “The protection against unfair competition in WTO Law: Statuts, potential ...”, *loc.cit.*, en J. DREXL/R. M. HILTY (eds.) *et al.*, *Technology and Competition. Technologie et Concurrence...*, *op.cit.*, pp. 669-695; T. COTTIER/S. KHORANA, “Linkages between Freedom of Expression and Unfair Competition Rules in International Trade: The Hertel Case and Beyond”, en T. COTTIER/J. PAUWELYN/E. BUERGI BONANOMI (eds.), *Human Rights and...*, *op.cit.*; C. LÜTGE, “Moral in der Marktwirtschaft: Hat dar “ehrbare Kaufmann” ausgedient?”, en R. HILTY/ F. HENNING-BODEWIG (eds.), *Corporate Social Responsibility: Verbindliche Standars des Wettbewerbsrechts?*, MPI Studies on Intellectual Property and Competition Law, n°21, Munich, Springer, 2014, pp. 33-41; T. COTTIER/G. WERMELINGER, “Implementing and Enforcing Corporate Social Responsibility: The Potential of Unfair Competition Rules in International Law”, en, R. HILTY /F. HENNING-BODEWIG (eds.), *Corporate Social Responsibility...*, *op.cit.*, pp. 81-99; En España, podría ser de aplicación el artículo 15.3 LCD sobre este particular, teniendo en cuenta su grado de especialidad y su solapamiento con cuestiones de derecho administrativo y laboral entre otras cuestiones no sólo relacionadas con el ámbito de la RSC; en ley aplicable, A.L.CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado...*, vol. 2, *op.cit.*, p. 1362 (supuestos de fabricación a bajo coste); el problema en estos supuestos es que la fabricación a bajo coste en un tercer Estado no es competencia desleal. Al menos, desde las normas de CD. Cuestión diferente es bajo los estándares del comercio internacional.

⁹⁷³*Vid.v.gr.*, asunto *eDate v. Martínez*(C-161/10)

responsables del acto (demandar a un responsable del acto dónde el otro ha actuado pero no los otros infractores⁹⁷⁴).

Tal como sucede con el artículo 8 RBI *bis* evitando las soluciones contradictorias que pueden darse en estos supuestos diferente a la establecida cuándo sólo es un responsable pero que ha actuado en varios Estados⁹⁷⁵.

196. Este aspecto cuenta como importante, teniendo en cuenta que las críticas doctrinales se dirigieron hacia el TJUE para evitar el crimen organizado, o en supuestos donde existen cadenas de profesionales que están compitiendo de forma desleal y organizada en varios Estados como en cárteles transfronterizos que impliquen actos de boicot desleales.

197. El hecho que la jurisprudencia del TJUE no realice una interpretación extensiva del foro sobre este particular, es una “puerta abierta” a este tipo de actos comerciales organizados por varios profesionales, dudando la aplicación del mercado

⁹⁷⁴ Así, asuntos *Melzer* (C-288/11) y *Coty Germany* (C-360/12). En *Melzer* en este asunto el TJUE determina que no se permite establecer la CJI en base al artículo 7.2 contra uno de los autores del daño que no es parte del litigio frente a otro autor del daño que no actuó en el ámbito competencia del órgano jurisdiccional que conoce. Esto es, dos responsables de un mismo daño que actuaron en dos Estados miembros diferentes, en el cual sólo uno fue demandado ante el lugar dónde el otro actuó (el cómplice inglés no tenía conexión con el tribunal competente, localizado en Alemania). La conexión sólo se podría establecer mediante recíproca atribución/acumulación de acciones por responsabilidad extracontractual y el controvertido asunto de infracción marcaria y competencia desleal *Coty Germany* (En este último, interesa resaltar que en cuanto a la imitación desleal y publicidad ilícita el Reglamento de Marca Comunitario no tenía aplicación sino que la tenía el RBI: “Reglamento sobre la protección de la marca comunitaria” (Reglamento (CE) 40/94 sobre la marca comunitaria en su última versión el Reglamento (UE) 2015/2024). En *Coty Germany* se reitera la jurisprudencia del asunto *Melzer*, habiendo quedado claro que cuándo se demanda a uno de los autores pero en el lugar dónde no actuó es de dudosa confirmación que este tribunal tenga CJI sobre los hechos ilícitos de estos responsables, apartado 50 de la STJUE; P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “Ejercicio de infracciones de los derechos de marca comunitaria y competencia desleal en un Estado en el que el demandado no actuó y en el que no está domiciliado”, disponible en, <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.de/2014/06/ejercicio-de-acciones-por-infraccion-de.html#more>. Resalta el autor que, el AG estableció en sus conclusiones la dificultad de determinar la CJI en estos casos dónde los actos comerciales desleales fueron cometidos por varios autores en una cadena de causalidades pero con riesgos para la operación de localización del tribunal competente extendiendo *in extremis* y de forma peligrosa la competencia en estos casos, basándose en el artículo 7.2 (párr. 64 de las Conclusiones del AG); E. LEIN /A. DICKINSON, *The Brussels I Regulation Recast...*, *op.cit.*, pp. 165-166. La acumulación de acciones sólo es posible bajo el artículo destinado al litisconsorcio pasivo y bajo determinados requisitos como se analizó anteriormente (como por ejemplo, que exista un vínculo suficiente entre las demandas/más los otros apartados del artículo que no se han analizado puesto que no guardan relación con los problemas de la competencia desleal transfronteriza, exceptuando la posibilidad del apartado 3º en materia de reconvencción derivada de un contrato o también una demanda inicial) pero no está establecida de momento en el foro de la obligación de tipo extracontractual.

⁹⁷⁵ I. HEREDIA CERVANTES, “Capítulo II: Sección 2 (Art.8.1)...”, *loc.cit.*, en F.F. GARAU SOBRINO/P. BLANCO MORALES LIMONES, *op.cit.*, p. 285. Mediante el asunto *Réunion européenne*, y permite que este foro de conexidad procesal sea usado para la acumulación de responsabilidades contractual y extracontractual.

afectado en estos supuestos, pudiendo limitarse la aplicación del foro por medio del criterio de los efectos⁹⁷⁶.

198. Muchos autores de estos actos comerciales desleales, a sabiendas de una posible falta de responsabilidad en los lugares dónde se realizan tales actos comerciales desleales, los realizan. Suele suceder en situaciones de terceros intermediarios necesarios para la comisión del ilícito concurrencial de tipo desleal.

Por ejemplo, en responsabilidad de terceros en materia de secreto comercial; robo de clientela por tercero; campaña publicitaria desleal realizada a través de medios prestados por terceros, ect.

199. Para limitar la pluralidad de foros en supuestos de publicidad desleal plurilocalizados, el lugar como punto de conexión, debe ser según los autores, aquel lugar dónde se difundió la publicidad que corresponde de forma general con el foro *loci damni* (*mercado de recepción afectado*) parece que es el lugar más apropiado o adecuado para interponer la demanda⁹⁷⁷.

C. Otros criterios de conexión en ilícitos concurrenciales desleales cometidos en *Internet*

200. Como ya se ha comentado, el uso de las nuevas tecnologías e *Internet* siendo el no espacio (a-territorial por natura)⁹⁷⁸, ha dado lugar a plantearse cambios en los criterios de conexión para localizar tanto el tribunal competente como la ley aplicable en todo tipo de ilícitos.

201. En los mismos, cabe preguntarse: ¿sirve el criterio del mercado afectado como criterio territorial y objetivo para localizar el tribunal del lugar del daño?⁹⁷⁹. Los

⁹⁷⁶E. LEIN/A. DICKINSON, *The Brussels I Regulation Recast...*, *op.cit.*, p. 166; por todos, de forma general, J. VON HEIN, *Das Günstigkeitsprinzip in internationalen Deliktsrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1999; con una visión en el nuevo RBI *bis*, *id.* "Protecting Victims of Cross-Border Torts...", *loc.cit.*, p. 263, una crítica al trato de favor en materia de ilícitos transfronterizos de forma general así como también a la falta de acción por parte del TJUE en este particular, debido al alto desarrollo que tiene el derecho procesal de los EM en materia de litisconsorcio. El TJUE debía de haber realizado un concepto autónomo sobre este aspecto en materia de responsabilidad extracontractual transfronteriza.

⁹⁷⁷ Si el ilícito toma la forma de un *libel* emitido en periódicos o revistas, publicidad en revistas, el demandante debe demostrar que la revista o periódico se vende de forma regular es activamente distribuido por la editorial.

⁹⁷⁸R. PODSZUN, "The More Technological Approach: Competition Law in the Digital Economy", en G. SURBLYTÉ (ed.), *Competition on the Internet*, MPI Studies on Intellectual Property and Competition Law, vol. 23, Munich, Springer, 2015, pp. 101-108; P. MANKOWSKI, "Particular Kinds of Unfair Competition on the Internet and Conflict of ...", *loc.cit.*, pp. 390-412, por lo que habrá ser cuidados a la hora de determinar la CJI mediante estos foros.

⁹⁷⁹*Vid.* P. MANKOWSKI, "Chapter II.- Special Jurisdictions. Article 5", en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (ed.), *Brussels I Regulation (European Commentaries on Private International Law)*, Múnich, Sellier, 2007, p. 210: "*Torts committed via the Internet do not enjoy specific rules on jurisdiction tailor-made to their scope*"; *id.* "*Unfair competition on the Internet and Conflict of laws...*",

lugares en donde se puede interponer una demanda por competencia desleal transfronteriza que ha acontecido por *Internet* son más variados que en ilícitos que no han acontecido por *Internet*, por la naturaleza de este medio que deslocaliza los daños causados por el acto comercial desleal.

202. El elenco de ilícitos concurrenciales desleales que acontecen en la red son: desde la manipulación de buscadores, por ejemplo *google (search engines)*, y dentro de este tipo de manipulación el *meta-tagging*⁹⁸⁰; la usurpación de los nombres de dominio o *url*, como por ejemplo, *.com (domain grabbing)*; *deep linking, spamming* (también conocido como *e-bulk mailing*)⁹⁸¹; responsabilidad del intermediario por el proveedor de los servicios (*liability of ingringing party*) y el *placing cookies*.

Así como los conflictivos supuestos de responsabilidad de prestadores y proveedores de servicios en *Internet* y aquellos de cooperación necesaria o responsables no directos, como ejemplo paradigmático las *Adwords* de *Google*⁹⁸².

loc.cit.; C.I. CORDERO ÁLVAREZ, “Algunos problemas de aplicación del art. 5.3º del Reglamento 44/2001”, *AEDIPr*, 2011, t. IX, 2009, pp. 411-428, p. 421

⁹⁸⁰ En materia de publicidad, competencia desleal y uso de marcas por Internet o metabuscadores, el asunto *Belgian Electronic Sorting Technology* (C-657/11): el asunto no contiene cuestiones relativas a los problemas de CJI pero sí interesa en cuanto se analiza el problema de la localización territorial del acto desleal cuando éste ha acontecido en Internet.

⁹⁸¹ Vid. E. LEIN/A. DICKINSON, *The Brussels I bis Regulation Recast...*, *op.cit.*, p. 169; A. THÜNKEN, “Multi-State Advertising Over the Internet and the Private International Law of Unfair...”, *loc.cit.*; P. MANKOWSKI, “Particular kinds of Unfair Competition on the Internet and Conflict of Laws...”, *loc.cit.* pp. 404-406, sobre los problemas causados por el *spamming* y el establecimiento de *cookies*; J. PHILLIPS, “Google Ad-Words: Trade Mark Law and Liability of Internet Service Providers”, en A. LÓPEZ TARRUELLA MARTÍNEZ (ed.), *Google and the Law. Empirical Approaches to Legal Aspects of Knowledge-Economy Business Models*, Information Technology and Law Series, vol. 22, The Hague, Springer, pp. 38-51; P. A. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho privado de Internet...*, *op.cit.*; M. VERMEER, “Electronic Unfair Competition and Applicable Law: An Open Shot in the European Jungle”, disponible en: <http://www.ejcl.org/75/art75-9.PDF>, pp. 1-4; L. ESTEVE GONZÁLEZ, “La protección internacional de la propiedad intelectual (derechos de autor y conexos) en el contexto digital: *quo vadis*”, *UAIPIT*, 2010, disponible en: http://www.uaipit.com/files/publicaciones/1279710169_LYDIA_ESTEVE_-_PI_-_QUO_VADIS-01.07.2010.pdf

⁹⁸² Vid. *v.gr.*, P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “Internet Intermediaries and the Law Applicable to Intellectual Property Infringements”, *JIPITEC*, nº3, 2012, pp. 350-360, Para algún sector doctrinal se considera innecesaria la imposición de responsabilidad al intermediario en la prestación de servicios en cuestiones de competencia desleal así como en ilícitos *antitrust*, como pueden ser los cárteles transfronterizos;; C. I. CORDERO ÁLVAREZ, “Asuntos acumulados *E-date Advertising* y *Martínez Martínez* (STJUE de 25 de Octubre)”, *Foro-Nueva época*, nº 14, 2011, pp. 267-268, esta sentencia como dice la autora supuso una evolución en la comprensión sostenida por el TJUE en relación al concepto “lugar del daño”; P. A. DE MIGUEL ASENSIO/E. LEIN/A. DICKINSON, *The Brussels I Regulation Recast, op.cit...*, p. 162 y p. 170; E. ÁLVAREZ ARMAS/ M. FALLON, “La responsabilité civile du gestionnaire de portail internet...”, *loc.cit.*, p. 9; J. ANGELOPOULOS, *European Intermediaty Liability in Copyright: A Tort-Based Analysis*, tesis doctoral inédita, Amsterdam, Universidad de Amsterdam, 2016, p. 165; STS 264/2014, Sala de lo Civil, Asunto *Masaltos*. Depende del uso de las *keywords* será constitutivo de una infracción a los derechos de marca y competencia desleal o no; R. PAZOS CASTRO,

a. Criterio de la “focalización” (*stream of commerce*)

203. En recientes cuestiones prejudiciales y a propósito de la interpretación del artículo 5.3 RBI por infracciones a los derechos patrimoniales de autor, el asunto *Hejduk* (C-441/13) y el asunto *Hobohm* (C-297/14⁹⁸³), el AG Cruz Villalón ha llamado nuestra atención sobre otro criterio que también se planteó en una STJUE anterior, el asunto *Pinckney* (C-170/12)⁹⁸⁴. Es el criterio de la “criterio de la focalización”⁹⁸⁵.

204. El “criterio de la focalización”, a diferencia del criterio de la accesibilidad de la página *web*, criterio que se analiza de forma posterior⁹⁸⁶ puede aplicarse en cuanto se determine que existe una actividad económica precedida de una clara intención de ofertar bienes y servicios en el Estado donde se dirige la actividad comercial (en realidad sería el mercado de recepción como mercado afectado, pero en estos supuestos realizados por *Internet*)⁹⁸⁷.

205. La focalización se entiende como la dirección hacia donde se destina la “actividad económica” principal del competidor/profesional. Es obvio que en cuestiones de competencia desleal como se sostuvo, existe la actividad económica focalizada a un lugar concreto (mercado) donde se ofertan una serie de bienes y

“Violación de los derechos de marca y competencia judicial internacional. Comentario a la STJUE de 5 de junio de 2014 (asunto C-360/12, *Coty Germany*)”, *Boletín CeDe UsC*, Sección Comentarios de Jurisprudencia, 8/2014, disponible en: http://revistas.usc.es/boletincede/documentos/8_RicardoPazos_CotyGermany.pdf; J. PHILLIPS, “Google AdWords: Trade Mark Law and Liability of Internet Service...”, *loc.cit.*, en A. LÓPEZ TARRUELLA MARTÍNEZ, *Google and the Law. Empirical Approaches...*, *op.cit.*; en la jurisprudencia del TJUE, Asunto *e-Date Advertising y Martínez* (C-509/09); *Coty Germany* (C-580/13); *Hotel Maritime; Hi Hotel* (387/12)

⁹⁸³ En este mismo asunto, el AG sr. CRUZ VILLALÓN, vuelve a explicar el concepto de “actividad dirigida” y “relación de causalidad”, no definido ni en el RBI ni el RBI *bis* pero sí en cierta medida, en la jurisprudencia del TJUE sobre la materia.

⁹⁸⁴ Párr. 31, 32, 33, 34 y 35 (diferencias entre la infracción de un derecho de la personalidad y la infracción de un derecho de exclusiva *on line*)

⁹⁸⁵ A. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, “Criterio de “focalización” y *forum delicti commissi* en las infracciones de propiedad industrial e intelectual en Internet”, *pe.i.*, *Revista de propiedad intelectual*, nº 31, 2009, pp.13-51, p. 41, que se muestra favorable a este criterio.

⁹⁸⁶ M. HUSOVEC, “Comment on “Pinckney”, Council Regulation (EC) No. 44/2001 of 22 December 2000 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters, Art. 5(3)- Peter Pinckney v. KDG Mediatech AG”, *IIC*, vol. 45, 2014, pp. 370-374, p. 372.

⁹⁸⁷ *Vid.* Conclusiones del AG sr. Cruz Villalón, asunto *Hejduk* (C-441/13), pto. 31.

servicios en busca de cuota de mercado y consumidores interesados en los productos y servicios promocionados⁹⁸⁸.

b. Criterio de la accesibilidad de la página *web* : *Zippo test*

206. Por otra parte, el TJUE también empezó a considerar el criterio de la accesibilidad de la página *web*, que ha sido bastante criticado por no limitar de forma adecuada el acceso a los foros por parte del demandante (el criterio del dominio), consagrando el *fórum actoris*, así como también situaciones de *bad fórum shopping*, como se explica en el párrafo siguiente.

207. Este aspecto se concretiza en la siguiente reflexión. Si no se limita el mismo, cualquier lugar al que se acceda a la página *web* valdría para establecer acciones, incluso si no es el lugar donde se ha cometido el hecho dañoso de forma directa y sustancial⁹⁸⁹.

208. El criterio no llega a ser determinante en algunos supuestos de competencia desleal que han acontecido por este medio ubicuo, aunque no es el alcance o impacto del acto comercial desleal el que tiene en determinado mercado el “mero acceso”.

209. Lo determinante para poder aplicar este criterio de forma eventual en litigios de competencia desleal, será saber la intención que tenía el profesional hacer llegar el acceso a los potenciales clientes en un determinado país (que puede ser medido

⁹⁸⁸ A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado...*, vol. 2, *op.cit.*, p. 1360.

⁹⁸⁹ De forma contraria a lo que parece sucede en Estados Unidos dónde la mera accesibilidad es un criterio suficiente para determinar la CJI, U. KOHL, *Jurisdiction and the Internet...*, *op.cit.*, pp. 96-102 (caso *People v. World Interactiva Gaming Corp.*, 714 NYS 2d 844, 850, 1999, un asunto en dónde se prohibió las apuestas *on line* en el Estado de NY, una jurisprudencia muy en línea con el asunto *International Shoe, Co.*, que estableció la “doctrina de los contactos mínimos”: “*The act of entering the bet and transmitting the information from New York via the internet is adequate to constitute gambling activity within New York State*”). Más difícil es determinarla ante estos tribunales cuándo el servidor puede ser un escudo contra la responsabilidad de la actividad online desleal y no está activamente (páginas *web activas y pasivas*) en el Estado, en estos casos, no se puede determinar la CJI en base al criterio de la accesibilidad puesto que se convertiría en un foro exorbitante; El lugar del servidor no debe constituirse como el único criterio de localización puesto que puede conllevar a situaciones de “conexiones artificiales”, M. PAZDAN/M. SZPUNAR, “Cross-Border Litigation of Unfair Competition...”, *loc.cit.*, en A.NUYTS (ed.), *International Litigation in Intellectual Property...*, *op.cit.*, p. 141.

por el idioma en que la publicidad del producto o servicio se realizó; los *disclaimers*⁹⁹⁰; o también si se dirigió de forma global o sólo a un determinado y concreto número de consumidores muy específicos)⁹⁹¹.

210. Zippo test/Calder test. La solución norteamericana. En este sentido, puede usarse la solución ofrecida por los tribunales norteamericanos en cuanto a la diferencia entre páginas *webs* activas y pasivas con el *Zippo test* o también el conocido *Calder test*⁹⁹².

Esto es, aquellas *webs* que incitan a saber si el profesional está haciendo negocios en Internet (*doing business*) o simplemente son páginas *web* donde se informa su actividad comercial pero no dirigida hacia profesionales ni consumidores⁹⁹³.

211. En el *Zippo test*, el juez tiene que entrar a valorar el nivel de interacción que había entre la *página web* y su proximidad con el foro, aceptando el principio de proximidad para tener una referencia basada en la seguridad jurídica.

⁹⁹⁰ Vid. P. MANKOWSKI, “Special Jurisdiction...”, *loc.cit.*, en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI, *Brussels I Regulation...*, *op.cit.*, p. 213: “In the field of unfair commercial practices disclaimers might serve a useful purpose. In unfair commercial practices a generalisation has to be implemented. Disclaimers indicate the spatial ambit in particular of a web-site but only insofar as the advertising person himself generally pays due regard to his own disclaimer and complies with it”; P. MANKOWSKI, “Unfair Competition on the Internet...”, *loc.cit.*, p. 391: “Disclaimers on a webpage do not represent a choice of law and have no significance unless they are actually complied with”; M. PAZDAN / M. SZPUNAR, “Cross Border Litigation of Unfair Competition...”, *loc.cit.*, en A. NUYTS (ed.), *International Litigation in Intellectual Property and Information Technology...*, *op.cit.*, p. 146

⁹⁹¹M. PAZDAN/M. SZPUNAR, “Cross Border Litigation of Unfair Competition...”, *loc.cit.*, en A. NUYTS (ed.), *International Litigation in Intellectual Property and Information Technology...*, *op.cit.*, p. 145. A veces, estos factores se tienen en cuenta incluso cuándo el profesional no tuvo intención de causar un acto de competencia desleal.

⁹⁹²W.G. JIMÉNEZ BENITEZ, “Rules for offline and online in determining internet jurisdiction. Global overview and Colombian cases”, *Revista Colombiana de Derecho internacional de Bogotá*, n°26, 2015, pp. 13-62, p. 32, en el que el autor explica que el *Calder test* (o *effects test*) es muy importante sobre todo en materia de *intentional torts* supuestos de difamación en línea. No obstante, este test puede ser aplicado de forma conjunta con el *Zippo test* porque no son mutuamente excluyentes. Está basado en los efectos que se causan de forma intencional dentro del foro pero por el comportamiento del demandado realizado en otro foro.

⁹⁹³Vid.P. MANKOWSKI, “Special Jurisdiction...”, *loc.cit.*, en *Brussels I Regulation...*, *op.cit.*, p. 213. Para saber que una página es activa en un determinado Estado, a parte del idioma se pueden observar símbolos nacionales tales como las banderas, por ejemplo; R. E. CAUGHEY, “The Use of Public Polls, Surveys and Sampling as Evidence in Litigation, and Particularly Trademark and Unfair Competition Cases”, *California Law Review*, vol. 44, 1956, pp. 539-546; un análisis del *Zippo test*, W.G. JIMÉNEZ BENITEZ, “Rules for offline and online in determining internet jurisdiction. Global overview and...”, *loc.cit.*, donde el autor realiza un análisis comparado entre las normas de CJI en supuestos de internet de la legislación colombiana y la legislación europea parece que prefieren seguir usando los criterios de localización *offline* más que los criterios de localización *on line* dados por la jurisprudencia, más que las normas, hasta el presente momento. A diferencia de la legislación norteamericana que los combina ambos, puesto que ambos test derivan de la doctrina de los contactos mínimos (*minimum contacts*).

En el *Calder test*, quizás más familiar para las jurisdicciones europeas y bajo el *RBI bis*, se analiza más la intención de llevar acciones o comercializar en el foro, aunque estas se hayan realizado fuera del foro dónde se demanda que la mera accesibilidad a la página web⁹⁹⁴.

212. El riesgo de aumentar el lugar de los foros se amplía cuándo el dominio de la página *web* es mundial o “.com;” puesto que no existe entonces un lugar geográfico concreto, como ya se consideró⁹⁹⁵.

213. Valoración del criterio de la accesibilidad de forma positiva. Un supuesto interesante que demuestra que no siempre el criterio de la accesibilidad es negativo y que debe atenderse al caso por caso, implicó un acto de competencia desleal en *Internet* es el asunto *GEP INDUSTRIES c. HSM SCHUHMARKETING*, una demanda entre una compañía francesa contra una compañía alemana que había imitado sus zapatos en internet sin consentimiento.

214. El demandado argumentó que sólo había comercializado el zapato en Alemania puesto que su página web estaba en alemán y no existieron ventas en Francia (que ni el demandante pudo probar).

215. La *Cour de Cassation* francesa parece que sí pudo ver que el demandado había comercializado sus zapatos imitados en Francia puesto que en realidad, se podía acceder a la *página web* desde Francia, causando confusión a estos consumidores de la empresa francesa de zapatos o que “podían haber causado un daño” un Francia a potenciales consumidores que hubiesen podido acceder y de forma indirecta a la empresa demandante⁹⁹⁶.

⁹⁹⁴Vid. W.G. JIMÉNEZ BENITEZ, “Rules for offline and online in determining internet jurisdiction. Global overview and...”, *loc.cit.*, pp. 30-31. El autor considera que para algunos litigios *on line* el *Calder test* es mejor que el *Zippo test*. Sin embargo, para las operaciones comerciales *online B2B* que deban ser probadas en el foro del lugar donde se ha demandado, el autor aboga por utilizar el *Zippo test*, sobre todo, porque el *Calder test* puede derivar en razonamientos subjetivos.

⁹⁹⁵P. A. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho privado de internet...*, *op. cit.*; M. PAZDAN/M. SZPUNAR, “Cross-Border Litigation of Unfair Competition...”, *loc.cit.*, en A. NUYTS (ed.), *International Litigation in Intellectual Property...*, *op.cit.*, p. 141; M. E. ANCEL, “Contrefaçon de marque sur un site web: quelle compétence intracommunautaire pour les tribunaux français?”, en *Droit et technique. Etudes à la mémoire du professeur Xavier Linant de Bellefonds*, Paris, Litec, 2007, pp 1-, pp. 12-13; asunto *Castellblanch SA v. Champagne Louis Roederer*, ante la *Cour de Cassation* francesa en donde se establece la simple accesibilidad a la página *web* como criterio de conexión para determinar la *CJI* en supuestos de competencia desleal transfronteriza, J.J. FAWCETT/P. TORREMANS, *Intellectual property and Private international...*, *op.cit.*, p. 555.

⁹⁹⁶A. LÓPEZ TARRUELLA, “Chapter 12. The International Dimension of Google Activities: Private International Law and the Need of Legal Certainty”, en A. LÓPEZ TARRUELLA (ed.), *Google and the Law...*, *op.cit.*, pp. 330-353, pp. 336-342; el mismo análisis pero en ilícitos transfronterizos contra los derechos de la personalidad, C. I. CORDERO ALVÁREZ, *Litigios internacionales sobre*

216. Por último, el lugar desde donde se descargaron los datos, que de forma general, suele coincidir también con el domicilio del demandado, siendo un lugar adecuado para interponer las acciones por infracciones a los derechos de autor, por ejemplo, y acciones por competencia desleal.

D. Acciones permitidas: particularidades en ilícitos concurrenciales desleales

217. Las acciones que este foro permite establecer a las partes se encuentran limitadas si se compara con las acciones que pueden interponerse ante el foro general del domicilio del demandado, en donde no se limita la competencia territorial por razones de proximidad.

218. Este aspecto encuentra su lógica en los límites territoriales y la seguridad jurídica atendiendo a las diferentes teorías del TJUE y los objetivos planteados por el legislador europeo en el RBI / CL en la aplicación alternativa y concurrente con el foro general del domicilio del demandado⁹⁹⁷.

Para los supuestos de deslealtad competitiva transfronteriza, las acciones que se suelen interponer son de naturaleza no compensatoria⁹⁹⁸. Al menos, ante el foro del

difamación y derechos de la ..., *op.cit.*, pp. 138-139; El criterio ha sido usado también para localizar un hecho dañoso en un sistema de distribución selectiva que excluía en una cláusula contractual entre el distribuidor selectivo y el minorista, la reventa por Internet de los productos de exclusiva (C-618/15, pto. 62) en cuanto el AG sr. Wathelet se manifiesta así: “En efecto, dado que los sitios *web Amazon.de*, *Amazon. Co.uk*, *Amazon.es* y *Amazon.it* son en principio **accesibles** en Francia, el perjuicio alegado por Concurrence lo constituyere la pérdida de cuotas de mercado en el mercado de su actividad de venta por los productos de la gama ELITE tanto en su tienda ubicada en París como en su sitio de Internet, de cuya gestión se hace cargo desde su sede en París”, y pto 25, *Amazon Europe* como demandado por su parte alegaba que además de la accesibilidad en el territorio del tribunal ante el que se ha presentado la demanda, los contenidos puestos en línea estén orientados al público residente en este territorio, lo que supone la concurrencia cumulativa de varios indicios; especificidad de la ley, lugar de la entrega de productos puestos en venta, lengua en que se redactan los anuncios, moneda en que se ha fijado el precio de venta y modalidad de publicidad. Y, que, por supuesto no cabe alegar la teoría de la accesibilidad porque favorece el *bad forum shopping* produciéndose además un *law shopping* (pto.67).

El demandante en este supuesto, el minorista, considera que basta que el anuncio realizado por los otros distribuidores por Internet pueden causarle un perjuicio en el momento que pueden ser ofertados de la misma forma que lleva a cabo, llamando la atención del mismo público y consumidores (basta con que dichas ofertas puedan interesar al potencial cliente francés) y que el producto pueda ser adquirido en Francia. En este particular, las Conclusiones del AG son interesantes en cuanto diferencian el daño competitivo de los daños en materia de derechos de autor y derechos de la personalidad.

⁹⁹⁷De forma general, sobre las acciones de este foro, A. NUYTS, “Chapter 6.- Suing At the Place of Infringement: The Application of Article 5(3) of Regulation 44/2001 to IP Matters and Internet Disputes”, en A. NUYTS (ed.), *International Litigation in Intellectual Property and Information....*, *op.cit.*, pp. 105-130, pp. 110-114; de forma general pero en el sistema jurídico español sobre las acciones que permite la LCD española, puede verse, E. RIBÓN SESIDEDOS, “Acción civil frente a las prácticas comerciales desleales”, *CEACCU, Las prácticas comerciales desleales*. Estudios y documentación, nº7, 2010, pp. 81-128.

⁹⁹⁸*Vid.* J. MASSAGUER FUENTES, “La acción de competencia desleal en el ...”, *loc.cit.*, p. 108, Al contrario de lo que sucede en materia de Derecho *antitrust*, en donde las acciones de indemnización por daños y perjuicios son las populares, C. ORÓ MARTÍNEZ, *La aplicación privada del*

lugar dónde sucedió o empezó la infracción a las normas de la competencia desleal (*mercado de ataque*).

219. Las acciones clásicas que se pueden interponer ante este foro son las acciones de indemnización por daños y perjuicios; acciones de restitución y de remoción (si están permitidas por la *lex fori*), acciones declarativas (en sus dos vertientes: positiva y negativa-*torpedo actions* o acciones torpedo⁹⁹⁹) y, las acciones de cesación, prohibitivas e inhibitorias¹⁰⁰⁰.

220. En algunos supuestos se permite la interposición de acciones colectivas/*collective redress* (aunque estas últimas, son de controvertida aplicación en supuestos por competencia desleal por la configuración que reciben en el ámbito del Derecho sustantivo y procesal de los EM)¹⁰⁰¹.

a. La acción de indemnización de daños y perjuicios en la competencia desleal transfronteriza

Derecho de la competencia: aproximación desde el Derecho internacional privado..., *op.cit.*, pp. 7-8 y p. 289.

⁹⁹⁹Asunto *Folien Fischer* (C-133/11); E. RODRIGUEZ PINEAU, “Competencia y abuso del derecho procesal en la Unión Europea...”, *loc.cit.*, pp. 15-24; A. SAYDÉ, *Abuse of EU Law and...*, *op.cit.*, pp. 32-43; C. ORÓ MARTÍNEZ, “Las acciones declarativas negativas y el artículo 5.3 del Reglamento Bruselas...”, *loc.cit.*; P. BLANCO-MORALES LIMONES, “Acciones declarativas negativas y el *forum delicti commissi*. ¿Galgos o podencos?: La litispendencia. Comentario a la Sentencia del Tribunal (Sala primera) de 25 de octubre de 2012. *Folien Fischer AG y Fofitec AG c. Ritrama Spa, CDT*, vol. 5, nº1, 2013, pp. 240-253; en propiedad intelectual e industrial, A. GARDELLA, “*Torpedoes and Actions for Negative Declarations*” en, A. NUYTS (ed.), *International Litigation in Intellectual Property and Information Technology...* *op.cit.*, pp. 181-206; H. MUIR WATT, “Note sur le jugement *Folien Fischer AG, Fofitec AG c. Ritrama SpA*”, *Rev.crit.d.int.pr.*, vol. 102, nº 2, abril-junio 2013, pp. 501-511.

¹⁰⁰⁰*Vid.* P. JIMÉNEZ BLANCO, “Acciones de cesación de actividades ilícitas transfronterizas...”, *loc.cit.*, p. 120, a su vez, no sólo cuentan con estas particularidades sino que debe hacerse una revisión del concepto del daño en relación con lo establecido en el artículo 7.2 como pone de relieve la autora. en la LCD española se establecen de la siguiente forma en el artículo 32.1.2º: “Acción de cesación de la conducta desleal o de prohibición de su reiteración futura. Asimismo, podrá ejercerse la acción de prohibición, si la conducta todavía no se hapuesto en práctica”. Esto es, la LCD española diferencia la acción de cesación para el acto de competencia desleal que ha empezado ya y la de prohibición para el acto de competencia desleal que no ha empezado todavía.

¹⁰⁰¹*Vid.* L. CARBALLO PIÑEIRO, “Derecho de la competencia, intereses colectivos y su proyección procesal: observaciones a propósito del art. 6 del Reglamento “Roma II””, *AEDIPr*, t. VII, 2007, pp. 465-495; Z. S. TANG, “Collective redress in European Private International Law”, *JPIL*, vol. 7, 2011, pp. 101-141, en el que la autora pone de relieve que las acciones de tipo colectivo sólo pueden ser interpuestas ante el foro general del domicilio del demandado, a menos que los consumidores estén domiciliados en otro EM. Causando este aspecto problemas; E. LEIN/A. DICKINSON, *The Brussels I Regulation Recast...*, *op.cit.*, p. 160; el último asunto traído ante el TJUE que muestra los problemas de la acción de cesación en el ámbito del DIPr europeo, C-191/15; M. SABIDO RODRÍGUEZ, “Capítulo II: Sección 2 (Art. 7.2)...”, *loc.cit.*, en F.F. GARAU SOBRINO/ P. BLANCO LIMONES (coord.), *Comentario al Reglamento(UE) nº 1215/2012 relativo a la competencia judicial...*, *op.cit.*, pp. 204-205

221. Al contrario que la acción de cesación o inhibitoria (por lo que suele solicitarse en el mercado de recepción- *forum loci damni* y no en el lugar dónde “pudieren producirse los efectos del hecho dañoso”)¹⁰⁰².

222. Nota específica. Las acciones de tipo compensatorio como la acción de indemnización por daños y perjuicios se suelen solicitar o bien ante el foro general del domicilio del demandado o bien ante el foro del mercado de recepción (lugar donde ha sucedido el daño-*loci damni*).

223. Por regla general, el contenido de esta acción está limitado a la totalidad de los daños causados por el impacto del acto o práctica comercial desleal pero no se reconoce para todos los lugares – mercados (cuando ha sido un ilícito multilateral o mosaico).

224. Una de las razones por las que no se suele solicitar la acción de indemnización por daños y perjuicios en los supuestos por competencia desleal transfronteriza es la dificultad que existe en la cuantificación de la indemnización económica que es el objetivo fundamental de esta acción en el ámbito del derecho de obligaciones extracontractuales¹⁰⁰³.

El resarcimiento sólo tiene cabida si el acto comercial desleal causó una lesión patrimonial efectiva (daño emergente y lucro cesante-*lucrum cessans*)¹⁰⁰⁴.

225. Esta dificultad es notoria porque el daño económico y los efectos de los actos comerciales desleales son harto difíciles de precisar de forma exacta y más aún en un contexto transfronterizo, cuando su impacto se ha recepcionado en más de un mercado¹⁰⁰⁵. De otro lado, porque en numerosas ocasiones la determinación tampoco es posible, dado que el acto de competencia desleal no se ha consumado.

226. Se añade también que la acción de indemnización por daños y perjuicios necesita que el “daño” que se reclama, se pruebe mediante la relación de causalidad entre la intención subjetiva-, la culpa del agente,- y el lugar del mercado afectado.

¹⁰⁰²P. MANKOWSKI/U. MAGNUS, *Brussels I Regulation...*, *op.cit.*, p. 214; A. NUYTS, “Suing At the Place of ...”, en A. NUYTS (ed.), *International Litigation in Intellectual Property...*, *op.cit.*, p. 127, sobre las diferencias de establecer acciones o ante el foro del lugar dónde se ha empezado el hecho dañoso o ante el foro del lugar de sustanciación del daño (y sus consecuencias territoriales, a tener en cuenta, a efectos prácticos); S. BACHARACH DE VALERA, *La acción de cesación para la represión de la competencia...*, *op.cit.*, p. 108 y p. 157, teniendo en cuenta la acción de cesación provisional en la solicitud de medidas cautelares *inaudita parte contraria*; Auto del JPI Bilbao, Asunto *Iberdrola vs. EDF*.

¹⁰⁰³S. BACHARACH DE VALERA, *La acción de cesación para la represión de la competencia...*, *op.cit.*, p. 108, siendo fuente de disquisiciones doctrinales en el pasado en el ámbito del Derecho comparado.

¹⁰⁰⁴J. MASSAGUER FUENTES, “La acción de competencia desleal en el ...”, *loc.cit.*, p. 108.

¹⁰⁰⁵*Ibid.* p.110.

b. La acción de cesación transfronteriza como “acción reina” en procesos de competencia desleal: tipos

227. Las acciones de cesación (*injunctio relief/cease and desist orders/measures d’interdiction/Beseitigung*) se constituyen como uno de los medios más adecuados de tipo no compensatorios con multitud de formas¹⁰⁰⁶.

228. Según la jurisprudencia del TJUE se pueden solicitar ante el foro de la obligación extracontractual, puesto que son acciones típicas en el ámbito de las obligaciones no contractuales pudiendo interponerse ante el *forum delicti commissi* y ante el *forum loci damni*¹⁰⁰⁷.

229. Esta consideración emana del establecimiento en el RBI *bis* y el RRII, que se puede establecer acciones ante el foro del lugar del daño *hipotético* con previsión que pudiera pasar (donde “pudiere producirse” los efectos del hecho dañoso-acto comercial desleal)¹⁰⁰⁸.

230. Puede afirmarse que son la “acción reina” en procesos de competencia desleal sin lugar a dudas, recordando su condición de ilícito de peligro que puede ser repetido en el tiempo¹⁰⁰⁹) de represión de los actos de competencia desleal ora sean transfronterizos ora sean de tipo doméstico o nacional, y cualesquiera sean los actos o prácticas comerciales desleales perseguidos. Aunque a diferencia de la acción de

¹⁰⁰⁶Destrucción de productos, prohibición de determinadas acciones en los sitios *web*, supresión de determinadas actividades también realizadas en un sitio *web*, etc., como algunos de los ejemplos; P. MANKOWSKI, “Special Jurisdictions...”, *loc.cit.*, en *Brussels I Regulation...*, *op.cit.*, pp. 213-214, pero sólo en lo que al “anunciante” generalmente paga debido a su propio *disclaimer* y para cumplir con ello. O, también cuando el *disclaimer* sólo ofrece una simple indicación, su validez tampoco puede usarse como único criterio para determinar el lugar de la infracción y por ende, el foro de CJI.

¹⁰⁰⁷Para los ilícitos concurrenciales de tipo *B2C* existe la Directiva 2009/22/CE del Parlamento y el Consejo, del 23 de Abril de 2009, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores (Considerando 9º); E. COUREAULT, *La concurrence déloyale en droit international...*, *op.cit.*, pp. 200-202; P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “Acciones de cesación, condiciones generales y protección de datos: avances en la interpretación de los Reglamentos I y II”, 29/07/2016, disponible en: <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.de> comentario acerca del asunto C-191/15 (*Verein für Konsumentinformation*), en el cual, el TJUE analiza la ley aplicable a las acciones de cesación en materia de consumidores. En este asunto interesa resaltar que fue de aplicación el artículo 6.1 RRII, puesto que las cláusulas abusivas en un contrato de condiciones generales de venta que daña los intereses colectivos de los consumidores y la competencia en el mercado es un acto de competencia desleal de tipo *B2C*; así también el Considerando 21 de la DPCD establece que las cuestiones sobre legitimidad activa en materia de acciones en procesos *B2C* corresponde ser determinada por la *lex fori*.

¹⁰⁰⁸*Vid.* C. ORÓ MARTÍNEZ, *La aplicación privada del Derecho de la competencia: aproximación desde el Derecho internacional privado...*, *op.cit.*, p. 119; asunto C-618/15, Conclusiones del AG sr. Wathelet.

¹⁰⁰⁹*Ibid* (BACHARACH VALERA), *La acción de cesación...*, *op.cit.*; J. M. OTERO LASTRES, “La nueva Ley sobre competencia desleal...”, *loc.cit.*; C. LEMA DEVESA, “Posibilidades y remedios para reprimir la competencia desleal...”, *loc.cit.*; S. BARONA VILAR, *Competencia desleal. Tutela jurisdiccional...*, t. I, *op.cit.*; R. BELLIDO PENARÉS, *La tutela frente a la competencia desleal...*, *op.cit.*

indemnización de daños y perjuicios se necesita haber participado en el mercado (especialmente en ilícitos concurrenciales *B2B*)¹⁰¹⁰.

231. Su carácter preventivo, rápido y cautelar e incluso prohibitorio de los actos comerciales desleales la convierten en un medio procesal efectivo para paralizar y prohibir los actos y prácticas comerciales desleales tanto de tipo *B2C* como de tipo *B2B*¹⁰¹¹.

Sobre todo en supuestos de competencia desleal que suceden por *Internet* y con independencia de la localización de un servidor, que necesitan mayor rapidez¹⁰¹².

232. Tipos de acciones de cesación. Hay que diferenciar también entre las acciones de cesación *preventivas* (como puede ser solo orden de hacer cesar actos desleales potenciales en el futuro); y las acciones de cesación *de prohibición* (mediante prohibición de ventas/y las acciones de cesación que pueden ser solicitadas como medida cautelar/corresponde además la carga de la prueba al demandado¹⁰¹³).

Para los actos comerciales desleales de los que no se puede probar su continuidad en el tiempo y el los que sea más difícil la prueba del daño que pueden causar, puede establecerse también las acciones de cesación *provisional* solicitadas mediante una medida cautelar (acción de cesación preventiva)¹⁰¹⁴.

Los tipos de daños (difusos, futuros..., etc), como se verá en los siguientes párrafos, también son importantes a la hora de saber donde establecer la demanda, si ante el mercado de ataque (*loci delicti*) o ante el de recepción (*loci damni*).

¹⁰¹⁰ *Ibid.* pp. 76-78 (BACHARACH), “desde el punto de vista de la víctima del daño, no puede negarse que su prevención es siempre mejor que su represión o su resarcimiento. Con esta clara finalidad, en el Derecho de la competencia desleal se consagra por primera vez la acción de cesación con carácter general...”; E. ULMER/K. BEIER, *La répression de la concurrence déloyale dans les États...*, *op.cit.*, p. 280; S. BARONA VILAR, *Competencia desleal. Tutela jurisdiccional (especialmente proceso civil) y extrajurisdiccional...*, t. II, *op.cit.*..., pp. 1498-1499; J. MASSAGUER FUENTES, “La acción de competencia desleal en el derecho español”, *Themis*, vol. 36, 1997, pp. 103-118, pp. 104-106; P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, “Jurisprudencia española y comunitaria de Derecho internacional privado. Derecho del comercio internacional. Competencia desleal. Propiedades inmateriales. Delimitación competencia desleal/propiedades inmateriales. Protección del Derecho unionista. Aplicación de la ley de competencia desleal: Mercado español afectado. Legitimación activa: Sentencia de la Audiencia provincial de Madrid (sección 14ª) de 3 de septiembre de 2003”, *REDI*, vol. 56, nº1, 2004, pp. 408-417.

¹⁰¹¹ También así en el ámbito del Derecho *antitrust*, C. ORÓ MARTÍNEZ, *La aplicación privada del Derecho de la competencia: aproximación desde el Derecho internacional privado...*, *op.cit.*, p. 8.

¹⁰¹² *Vid.* C. I. CORDERO ALVÁREZ, *Litigios internacionales sobre difamación y derechos de la personalidad...*, *op.cit.*, pp. 220-221, como establece, hay que tener en cuenta que existen resoluciones en las que se han denegado las acciones de cesación y prohibitorias en el ámbito transfronterizo alegando el carácter universal de Internet.

¹⁰¹³ *Ibid.* (MASSAGUER, p. 105).

¹⁰¹⁴ *Ibid.* Sugiere MASSAGUER que acompañando a esta acción de cesación debe solicitarse la acción de remoción de los actos, especialmente cuando la acción de cesación no sea suficiente para asegurar que el acto comercial desleal no se realizará.

i. Elementos

233. Los elementos determinantes para solicitar la acción de cesación se limitan por la *lex fori*¹⁰¹⁵. Son el “peligro de repetición” (cesación prohibitoria) y el “peligro de comisión” (cesación preventiva) de la infracción a las normas de conducta del mercado (atendiendo a la redacción del art. 15.d RRII)¹⁰¹⁶.

234. En cuestiones de competencia desleal, este aspecto debe tenerse en cuenta, puesto que existen “cláusulas de mercado interior” y pueden haber existido autorizaciones en el Estado de origen del acto comercial donde no se considera desleal¹⁰¹⁷.

235. Esto supone que ninguna ley diferente al del Estado del establecimiento del comerciante puede imponer condiciones ni más ni menos protectoras para sus consumidores (dejando la remisión a la “ley del mercado afectado” puesto que pasa a ser la ley del establecimiento del comerciante, el único parámetro para medir la licitud/ilicitud de la actividad)¹⁰¹⁸.

ii. Relación con las medidas cautelares y la acción de cesación provisional

¹⁰¹⁵Vid. C. ORÓ MARTÍNEZ, *La aplicación privada del Derecho de la competencia.....,op.cit.*, p. 295.

¹⁰¹⁶P.JIMÉNEZ BLANCO, “Acciones de cesación en actividades...”, *loc.cit.*, p. 133; artículo 15.d RRII, no obstante, la autora considera que es mejor la aplicación de la *lex fori*. Otros autores y del lado contrario, consideran que este aspecto fomenta el *forum shopping*, I. BACH, “Chapter V. Common Rules. Article 15” en P. HUBER (ed.), *Rome II Regulation (Pocket Commentary)*, Munich, Sellier. European Law Publishers, 2011, pp. 342-352; asunto *Verein für Konsumentinformation* (C-191/15); en contra del *lege forismo* también, M.L. NIBOYET, “Contre le dogme de la *lex fori* en matière de procedure”, en VVAA, *Mélanges en l’honneur de Hélène Gaudement Tallont*, Paris, Dalloz, 2008, pp. 363-375; C. ORÓ MARTÍNEZ, *op.cit.*, p. 296-301: “De esta manera, si nos atenemos a la regla establecida en este artículo 15.d, el órgano jurisdiccional deberá utilizar las acciones de cesación de su Derecho procesal aunque el Derecho del foro no prevea este tipo de acciones en el marco de la defensa de la competencia (...). En este sentido, es innegable que el artículo 15.d se ocupa de la articulación entre el Derecho procesal del foro y la *lex causae*, y no la del Derecho procesal del foro y la normativa de competencia aplicable que ley de policía”.

¹⁰¹⁷Art. 4 DCPD y el art. 3 Directiva sobre comercio electrónico; remitimos a lo considerado en el Capítulo II, en relación al debate de si se pueden considerar como normas de conflicto implícitas o no.

¹⁰¹⁸En el ámbito de aplicación de la LOPJ y los criterios de conexión de competencia territorial dados en el artículo 52.1.12º de la LEC cuándo el supuesto no muestre vínculos en el territorio de ningún EM, el legislador español ofrece una solución parecida(vid. *infra*, epígrafe sobre la aplicación de la LOPJ); P. JIMÉNEZ BLANCO, “Acciones de cesación de actividades ilícitas...”, *loc.cit.*, pp. 134-135; Aunque la autora no excluye la posibilidad por razones de proximidad procesal, interponer las acciones de cesación en el foro del daño, aunque de forma restrictiva (en relación a la medida cautelar *inaudita parte*; M. VIRGÓS SORIANO/F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional...., op.cit.*, p. 191 (citados por la autora también); P. JIMÉNEZ BLANCO, “Acciones de cesación de actividades ilícitas...”, *loc.cit.*, p. 128, otra razón es prevenir el *forum actoris* así como ofrecer al demandado la posibilidad de saber con exactitud donde se le va a demandar; Algunos autores reconocen que lo ideal es establecer las acciones de cesación en el lugar dónde se desarrolla la actividad que se quiere cesar y aplicar el Derecho de tal Estado, para otorgarles plena eficacia, C. I. CORDERO ALVÁREZ, *Litigios internacionales sobre difamación y derechos de la personalidad...., op.cit.*, p. 221.

236. Uno de sus mayores problemas se encuentra sobre todo en su ejecución, teniendo en cuenta que la ejecución de estas acciones y medidas en el ámbito transfronterizo se puede realizar por la vía indirecta a través de multas sobre el patrimonio del demandado.

237. Los problemas de reconocimiento y ejecución se plantean sobre todo cuándo la acción de cesación se solicita en una medida cautelar *inaudita parte contraria*. El asunto *Iberdrola vs. EDF* nos otorga el ejemplo de su complejidad¹⁰¹⁹.

238. La pregunta que se suscitó en este asunto era si la necesidad de reconocimiento de la medida para que tuviese efecto en el foro del Estado dónde se estableció la demanda (el *forum loci damni*, según la demandante), es diferente a la medida que se solicita en el foro general del domicilio del demandado (donde la acción de cesación tiene que tener efectos). Se desarrolla este particular en mayor amplitud en el apartado relativo a las medidas cautelares de tipo transfronterizo.

239. La acción de cesación provisional dictada como medida cautelar incidirá en el fondo de la cuestión, por cuanto se trata de asegurar y conservar una situación jurídica consistente en la pretensión de obtener condenas de no hacer o hacer¹⁰²⁰.

240. No deberá ser planteada (la cesación provisional) para actos de competencia desleal cuya ejecución se ha agotado y que no son de repetición inminente

¹⁰¹⁹*Vid.* Autos JM nº2 Bilbao, nº 38/2008 de 25 de Marzo; y los autos nº 26/2008 y 160/2008. El juez de lo mercantil despachó ejecución forzosa y estableció medidas coercitivas puesto que el demandado no compareció finalmente; P. JIMÉNEZ BLANCO, “Acciones de cesación de actividades ilícitas...”, *loc.cit.*, pp. 140-141; “Este efecto obligatorio extraterritorial de la orden de cesación, coincidiendo con el ámbito competencial del tribunal que la dictó, supondrá que cualquier comportamiento contrario a dicha decisión constituirá una vulneración de la misma sin necesidad de reconocimiento (efecto de derecho de la decisión).”; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “La competencia judicial para adoptar medidas cautelares: el caso *IBERDROLA vs. EDF*”, *RDcD*, Sección Práctica, nº3, 2008, pp. 147-156; J. MARTÍN PASTOR, “Algunas reflexiones sobre la tutela cautelar frente a actos de competencia desleal. Comentarios al Auto nº38/2008, del Juzgado de los Mercantil nº2 de Bilbao, asunto *Iberdrola c. Electricité de France*”, *Diario La Ley*, nº6938, Sección Doctrina, año XXIX, 2008

¹⁰²⁰*Ibid.* (BACHARACH DE VALERA) p. 157. En procesos de competencia desleal tiene sus particularidades. Según la autora, la adopción de la medida depende de la gravedad del daño futuro que puede producirse por dilaciones en el proceso como óbice a su rapidez; S. BARONA VILAR, *Competencia desleal. Tutela jurisdiccional (especialmente proceso civil) y extrajurisdiccional...*, t. II, *op.cit.* p. 1499, la cesación provisional de la actividad desleal es una medida muy incisiva y eficiente que favorece la posición del demandante en el proceso; C. ORÓ MARTÍNEZ, *La aplicación privada del Derecho de la competencia: aproximación desde el Derecho internacional privado...*, *op.cit.*, p. 289; J. MASSAGUER FUENTES, “Las medidas cautelares en la ley de competencia desleal”, *RDM*, nº206, 1992, pp.731-766: “La cesación o prohibición provisional no deben impedir necesariamente la actividad inicialmente tenida por desleal en toda su extensión. También puede consistir en la limitación de una actividad”.

o cuya repetición sólo se estima a largo plazo¹⁰²¹. A su vez, suele ir acompañada de una acción declarativa que declare la deslealtad del acto, de forma previa a la cesación.

241. En estos supuestos, la acción declarativa es un presupuesto constitutivo para la cesación, puesto que hay que decir que no es una acción típica en procesos por competencia desleal¹⁰²².

En otros supuestos irá acompañada de una acción de remoción (que actúa sobre los efectos residuales¹⁰²³), cuándo la interposición de la acción de cesación no haya sido suficiente para eliminar el daño causado por el acto comercial desleal. En el ámbito transfronterizo, la acción de remoción tiene cabida ante cualquier foro en el que el acto comercial desleal haya producido efectos y estos deban ser removidos o subsanados.

c. La acción declarativa y la acción declarativa negativa (*torpedo actions*) en competencia desleal

242. Tanto para el ilícito de competencia desleal como para el ilícito *antitrust* y bajo las disposiciones del RBI/CL, el TJUE pareció dejar claro en el asunto *Folien Fischer*¹⁰²⁴ que se puede establecer la acción declarativa en sus dos vertientes ante el foro de la obligación extracontractual ante el *forum loci damni* (“mercado de recepción”¹⁰²⁵).

243. Las dos vertientes de esta acción son: la negativa, que es la vertiente conflictiva (*pre-emptive actions, actions for non-liability, declaration of non-infringement* o en alemán, *negative Feststellungsklage*¹⁰²⁶) siempre y cuando se

¹⁰²¹ Vid. J. MASSAGUER FUENTES, “Las medidas cautelares en la ley de competencia desleal...”, *loc.cit.*

¹⁰²² *Ibid* (BACHARACH DE VALERA) p. 95. La declaración de la existencia de un acto de deslealtad en la competencia es el presupuesto para solicitarla. Incluso en la cesación provisional queda condicionada al fondo necesitando el *fumus de boni iuris*; sobre la acumulación de acciones, R. BELLIDO PENADÉS, “La acumulación de acciones en Derecho de la competencia y sectores concurrentes...”, *loc.cit.*

¹⁰²³ *Ibid.* (BACHARACH DE VALERA), pp. 99-100, con cita a SCHRICKER que fue el pionero de dicha afirmación y a favor de establecer para el ilícito desleal publicitario, la acción de remoción, J. MASSAGUER FUENTES, “La acción de competencia desleal...”, *loc.cit.*, p. 106, que no implica ni dolo ni culpa por parte del agente siendo una acción complementaria.

¹⁰²⁴ Conclusiones del AG sr. N. Jääskinen (C-133/11)

¹⁰²⁵ Vid. P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “Lugar de origen del daño y acciones declarativas negativas...”, *cit., supra*, sobre todo en infracciones cometidas por Internet, coincidiendo con el domicilio del demandante; E. RODRIGUEZ PINEAU, “Competencia y abuso de derecho procesal...”, *loc.cit.*, p. 12; C. ORÓ MARTÍNEZ, “Acciones declarativa negativas...”, *loc.cit.*, pp. 208-211; S. MARINO, “Foro dell’illecito e azioni di accertamentonegativo: la sentenza *Folien Fischer* della Corte di Giustizia”, disponible en: <https://aldricus.com/2012/11/09/folien/>.

¹⁰²⁶ Así se estableció en el asunto *Tatry* (C-406/92); P. TORREMAN/ J.J. FAWCETT, *Intellectual property and Private International...*, *op.cit.*, pp. 208-213; A. LÓPEZ TARRUELLA, *Litigios transfronterizos sobre derechos de propiedad industrial...*, *op.cit.*

encuentre establecida en el Derecho material del foro¹⁰²⁷; y, la vertiente positiva de la acción declarativa ante los dos foros¹⁰²⁸.

244. Este “pareció dejar claro”, viene determinado por el que ha sido siempre el carácter y la naturaleza conflictiva de estas acciones, por las situaciones de inseguridad jurídica que provocan, así como su valoración en contra del espíritu de los instrumentos procesales¹⁰²⁹.

i. La acción declarativa y la acción declarativa negativa (torpedo action) en competencia desleal

245. El problema de estas acciones en su vertiente negativa y las disposiciones del *ex. RBI* era la aparición del llamado “torpedo italiano” (*torpedo actions*) esto es, el aprovechamiento de los fallos del sistema procesal especialmente ante las jurisdicciones

¹⁰²⁷La posibilidad de solicitar este tipo de acciones se hace según lo establecido en la *lex fori* (de acuerdo al principio de *lex fori regit processum*) pero los requisitos de aplicabilidad vendrán determinados por la *lex causae*, de conformidad con lo establecido en el RRII; En España, la LCD no las establece de forma expresa en su art. 32, S. BACHARACH DE VALERA, “Acciones derivadas de la Competencia desleal...”, *loc.cit.* pp. 6177-6215; *id.* La acción de cesación para la represión de la competencia..., *op.cit.*; J. MASSAGUER FUENTES, “La acción de competencia desleal en el derecho...”, *loc.cit.*, p. 104; según el autor es difícil que esta acción negatoria acabe siendo reconocida por los tribunales, aunque quizás no falte apoyo a favor de su admisibilidad, como es su expreso establecimiento para la violación de patentes, y para otros supuestos de violaciones de derechos de exclusiva (artículo 127 LP y artículo 41 LM); E. RODRIGUEZ PINEAU, “Competencia y abuso de derecho procesal en la ...”, *loc.cit.*, como se desprende de las Conclusiones generales en *Folien Fischer* (C-133/11); A. BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, *Comentarios a la ley de competencia desleal...*, *op.cit.*, p.855, aunque reconoce el autor que tampoco existen impedimentos, puesto que no se prohíbe de forma expresa, entroncando este interés legítimo con el artículo 24 de la CE; en Inglaterra también existen antecedentes de su negación, por ejemplo en el asunto *Pearce v. Ove Arno Partnership Ltd.*, solventado ante la *High Court of London*, 7/03/1997 en donde el juez inglés rechazó conocer la acción declarativa negativa contra una infracción de derechos de autor, marca y competencia desleal, puesto que los hechos dañosos se localizaban en Estados Unidos y no en Inglaterra.

¹⁰²⁸*Vid.* C. ORÓ MARTÍNEZ, “Acciones declarativas negativas...”, *loc.cit.*; E. RODRÍGUEZ PINEAU, “Acciones negativas, Derecho de la Competencia, y abuso del Derecho procesal de la Unión Europea. ...”, *loc. cit.*, pp. 125-147; asunto *Folien Fischer* (C-133/11), apartado 44; S. BACHARACH DE VALERA, *La acción de cesación para la represión de la competencia...*, *op.cit.*; F. HENNING-BODEWIG (ed.), *International Handbook on Unfair Competition...*, *op.cit.*; J. MASSAGUER FUENTES, “La acción de competencia desleal...”, *loc.cit.*, p.104; P. MANKOWSKI, “Special Jurisdictions. Article 5...”, *loc.cit.*, en P. MANKOWSKI/ U. MAGNUS (ed.), *Brussels I Regulation...*, *op.cit.*, pp. 190-191; por todos, M. FRANZOSI, “*Torpedoes are here to stay*”, *IIC*, 2002, pp. 154-163. A. GARDELLA, “*Torpedoes and Actions for Negative Declarations in International IP Law Litigation*” en A. NUYTS, *International Litigation in Intellectual Property and Information Technology...*, *op.cit.*, pp. 181-206; P. BLANCO-MORALES LIMONES, “Acciones declarativas negativas y *Forum delicti commissi*...”, *loc.cit.*, p. 242, la autora sí está de acuerdo con la aproximación que el TJUE ofrece en el asunto *Folien Fischer* porque resuelve lo que habían sido hasta el momento contradicciones en la jurisprudencia de los EM sobre esta acción.

¹⁰²⁹*Ibid.* (GARDELLA, p. 187); P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “Lugar de origen del daño y acciones declarativa negativas”, 2/11/2012, disponible en: <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.de/2012/11/lugar-de-origen-del-dano-y-acciones.html#more> ;E. RODRÍGUEZ PINEAU, “Competencia y abuso de derecho procesal en la ...”, *loc.cit.*; C. ORÓ MARTÍNEZ, “Acciones declarativas negativa...”, *loc.cit.*; P. BLANCO MORALES LIMONES, “Acciones declarativa negativas...”, *loc.cit.*

más lentas¹⁰³⁰ (*delaying tactics by the offender*), aprovechando los escapes en materia de litispendencia procesal constituyéndose además como fraude a la ley¹⁰³¹.

Cuestión específica en litigios de competencia desleal. En el ámbito de la competencia desleal transfronteriza supondrá la búsqueda por parte del requirente de una declaración judicial que establezca que no ha cometido ningún tipo de infracción a las normas de competencia desleal del mercado afectado¹⁰³².

ii. Solución de los tribunales españoles: asunto SORPRESA

246. Una solución que fue dada por el Alto Tribunal español es que ambas partes podrán solicitar a la vez, la acción declarativa negativa y positiva para prevenir los efectos dilatorios de la litispendencia.

La solución se dio en un asunto con elemento extranjero en el que se había realizado una infracción de marca con actos desleales de imitación (aprovechamiento indebido de la reputación ajena).

247. La demanda fue establecida ante los tribunales españoles por la empresa *Ferrero SpA* (propietaria de huevo con marca renombrada; *Kinder Sorpresa*) y su filial en España, *Ferrero Ibérica S.A.*, contra la empresa italiana *Luigi Zaini SpA* (propietaria también de un huevo de chocolate, con la misma forma que los de la empresa Ferrero, pero llamado “Super Mario”)¹⁰³³.

¹⁰³⁰ Sobre la acción declarativa negativa y su relación con otros problemas como el *forum shopping*, A. T. VON MERHEN, “The Transmogrification of Defendants into Plaintiffs: Herein of Declaratory Judgments, Forum Shopping and *Lis Pendens*”, en J. BASEDOW/ H. KÖTZ (ed.), *Festschrift für Ulrich Drobnig*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1998, pp. 409-425; M. FRANZOSI, “World Wide Patent Litigation and the Italian Torpedo”, *EIPR*, 1997, n°7, pp. 382-385; A. GARDELLA “*Torpedoes and Actions for Negative Declarations...*”, *loc.cit.*, en A. NUYTS (ed.), *International Litigation in Intellectual property...*, *op.cit.*, p. 186; P. DE JONG, “The Belgian Torpedo: From Self-propelled Armament to Jaded Sandwich”, *EIPR*, 2005, pp. 75-81; M. PERTEGÁS SENDER, *Cross Border Enforcement of Patent Rights. An Analysis of the Interface Between Intellectual Property and Private International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2002; P. BLANCO-MORALES LIMONES, “Acciones declarativas negativas y *Forum Delicti Commissi*. ¿Galgos o podencos?...”, *loc.cit.*, p. 252.

¹⁰³¹ Vid. E. RODRIGUEZ PINEAU, “Competencia y abuso de derecho procesal en la Unión Europea...”, *loc.cit.* pp. 15-17; de hecho, estos comportamientos van unidos a la figura del abuso del Derecho, una figura que no tiene claros límites en el ámbito del Derecho procesal civil internacional de la UE, y de la que todavía el TJUE deberá considerar interpretar en el futuro para aclarar ciertas cuestiones. El fraude a la ley no está reconocido en los Tratados de formación de la UE pero sí en la Carta de los Derechos de la UE en el art. 54 y en España, art. 24 de la CE; A. SAYDÉ, *Abuse of EU Law and Regulation of the ...*, *op.cit.*

¹⁰³² Adaptándose al criterio del mercado afectado para evitar el *forum shopping*, E. RODRIGUEZ PINEAU, “Competencia y abuso del derecho procesal en la...”, *loc.cit.*, p. 13; P. MANKOWSKI, “Der europäische Gerchichtsstand des Tatortes aus Art. 5 Nr. 3 EuGVVO bei Schadensersatzklagen bei Kartelldelikten”, *WuW*, n°9, 2012, pp. 797-807.

¹⁰³³ Vid. STS 72/2010, de 4 de marzo de 2010, asunto *Kinder Sorpresa*, FJ 2°.

El demandado en España pero presunto demandante en Italia (*Luigi Zaini SpA*) comercializó sus huevos de chocolate “Super Mario” acompañado con la denominación “SORPRESA”.

248. Este aspecto fue el detonante para la demandante en España y su consideración que la empresa demandada estaba causando confusión y aprovechándose de su reputación, puesto que los huevos *Kinder* siempre han usado “SORPRESA” como distintivo en el mercado. A pesar que el TS español consideró que la imitación de la forma del huevo no era “desleal” y que la denominación “SORPRESA” debía ser examinada de forma cuidadosa para valorar si hubo o no explotación de la reputación ajena.

La sentencia interesa en cuanto a la forma en que el TS maneja el problema de las acciones declarativas negativas y la excepción de litispendencia bajo las normas del anterior CB 1968.

249. La litispendencia tenía lugar en este asunto porque la empresa italiana *Luigi Zaini SpA* (demandada en España) había interpuesto *ex ante* una demanda contra la empresa *Ferrero SpA* (demandante en España) ante los tribunales italianos.

250. No obstante, el TS fue bastante claro. Primero, consideró para evitar este supuesto dudoso de litispendencia, que la demanda no se había establecido contra las mismas partes (sino sólo contra uno de las demandantes en España, representante de la empresa italiana *Ferrero SpA* en España, pero no se había demandado a la empresa española que demandó a *Luigi Zaini SpA*). Segundo, el objeto y *petitum* de la demanda italiana no parecía guardar relación con el establecido en España (siendo diferentes el uso de las marcas en tela de juicio así como su infracción).

251. Finalmente, el TS con estos argumentos desmontó el pretendido torpedo italiano establecimiento que ante un litigio en el que no concurren ni las mismas partes con el mismo objeto y causa, no se puede solicitar la excepción de litispendencia bajo las normas del aquél entonces CB 1968 (ahora el RBI *bis*).

También, porque nada impedía a las partes establecer en la demanda o reconvencción a la demanda las acciones declarativas positiva y negativa.

252. Un supuesto de acción declarativa negativa de la acción declarativa negativa: el Super-torpedo. Existe la posibilidad que el demandante realice lo que se

ha denominado como el “súper-torpedo”¹⁰³⁴. Esto es, que establezca una acción anticipatoria del torpedo del infractor que es, en estos casos, el primer demandante¹⁰³⁵. No obstante, la acción se permite en caso de que la otra parte se prueba que haya actuado de mala fe, pero no paraliza su acción declarativa negativa sino que se establece como posible remedio para el demandado (“verdadera” víctima de la infracción). Si el tribunal sostiene que otro tribunal no tiene CJI, el infractor que interpuso el primer torpedo mediante la solicitud de esta acción declarativa negativa, será la parte perdedora.

III. La tutela cautelar transfronteriza en el ámbito del RBI bis/CL 2007

1. Características de la tutela cautelar en materia de competencia desleal

A. Importancia de las medidas cautelares para litigios de competencia desleal

256. Se observa que los litigios transfronterizos por competencia desleal debido al objeto de tutela (conducta en el mercado e intereses económicos participantes en el mercado) no son ajenos a la solicitud de medidas cautelares antes, durante y después de la demanda (definitivas o / y provisionales).

257. Es más, es bastante habitual encontrar que los litigios de competencia desleal comienzan con la solicitud de medidas o de tipo cautelar o provisional como embargos preventivos, anotaciones en Registros Públicos y las órdenes de cesación provisional¹⁰³⁶.

258. Concepto propio del RBI bis. El RBI *bis*/ CL permite la solicitud de medidas cautelares como instrumento procesal y sólo otorga la CJI a los tribunales de

¹⁰³⁴Vid. P. TORREMANS/J.J. FAWCETT, *Intellectual Property and Private International... op.cit.*, p. 212.

¹⁰³⁵*Ibid.*

¹⁰³⁶Vid. T. BALLARINO, “El Derecho *antitrust* comunitario y el art. 6 del Reglamento “Roma II” (Régimen conflictual y territorial, efecto directo”, *AEDIPr*, t. VII, 2007, pp. 407-420, p. 420 que lo pone de relieve en primer lugar de su contribución; E. COUREAULT, *La concurrence déloyale en droit international...*, *op.cit.*, pp. 206-212, para litigios de difamación o denigración entre competidores, C. I. CORDERO ALVÁREZ, *Litigios internacionales sobre difamación y derechos...*, *op.cit.*, pp. 185-186; C. ORÓ MARTÍNEZ, *La aplicación privada del Derecho de la competencia...*, *op.cit., passim*, 173; M. FRANZOSI/V. JANDOLI, “A Preliminary Injunction Concerning Unfair Competition in the Alcoholic Beverages Sector in Italy”, *EIPR*, vol. 10, 1996, pp. 567-571; tutela cautelar y sobre competencia desleal de forma exhaustiva en España, S. BARONA VILAR, *Competencia desleal. Tutela jurisdiccional...*, t. II, *op.cit.*, pp. 1365-1646; I. M. VILLAR FUENTES, *Las diligencias preliminares de los procesos de propiedad industrial y competencia desleal*, monografías 919, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2014; J. MARTÍN PASTOR, “Algunas reflexiones sobre la tutela cautelar frente a actos de competencia desleal...”, *loc.cit.*, en referencia al asunto *Iberdrola vs. EDF* que comentamos en el apartado siguiente; N. DORANDEU, *Le dommage concurrential*, Perpignan, OpenEdition Books, 2014; SJPI nº1 Alicante, nº 39/08, asunto *L’Oreal Société Anonym et al., vs. Sociedad Uniexva S.L.*; AJM nº3 de Barcelona, nº 239/2006.

los EM¹⁰³⁷, pero no establece las condiciones que deben darse para interponer tales medidas y qué tipo de medidas deben ser adoptadas.

259. En primer lugar, como la gran mayoría de conceptos establecidos en el ámbito de los instrumentos de DIPr de la UE, el concepto de medida cautelar y/o provisional del foro especial en el RBI *bis* es un concepto propio con carácter “provisional” que no incluye en su ámbito¹⁰³⁸, el ámbito de las “diligencias preliminares”, por ejemplo¹⁰³⁹. Son todas las medidas que vayan dirigidas a asegurar el objeto del procedimiento¹⁰⁴⁰.

260. Por otra parte, el Cdo. 25 también incluye en el concepto de “medida provisional y cautelar” las que están destinadas a obtener información o conservar pruebas establecidas en los artículos 6 y 7 de la Directiva 48/2004/CE sobre los DPI¹⁰⁴¹.

Debe tenerse en cuenta, puesto que cuándo exista un vínculo con una infracción al derecho de exclusiva con el acto de competencia desleal podrán solicitarse este tipo de medidas.

¹⁰³⁷V. FUENTES CAMACHO, *Las medidas cautelares en el Espacio judicial europeo (Estudio del art. 24 del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, con especial referencia a la posición española)*, Madrid, Eurolex (Colección de Estudios internacionales), 1996; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Las medidas cautelares en el comercio internacional*, Madrid, Mc Graw Hill, 1996; sobre las reformas actuales tras la refundición del RBI en RBI *bis*; *id.* “Provisional and Protective measures in the Brussels I Regulation Recast”, *YPIL*, vol. 16, 2014/2015, pp. 57-83, p. 58; A. DICKINSON, “Provisional Measures in the Brussels I Review: Disturbing the *status quo*?”, *JPIL*, vol. 6, nº3, 2010, pp. 519-564; C. ORÓ MARTÍNEZ, *La aplicación privada del Derecho de la competencia...*, *op.cit.*, pp. 8-9.

¹⁰³⁸C. ORÓ MARTÍNEZ, *La aplicación privada del Derecho de la competencia: Aproximación desde el Derecho internacional...*, *op.cit.*, p. 172; C. I. CORDERO ALVÁREZ, *La protección del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen...*, *op.cit.*, pp. 343-344; F. GASCÓN INCHAUSTI, “Sección 10. Medidas provisionales y ...”, *loc.cit.*, en F. F. GARAU SOBRINO/P. BLANCO-MORALES LIMONES, *Comentario al Reglamento (UE) N° 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la .. op.cit.*, pp. 703-708; Asunto *Reichert II* (C-261/90) por medio del cuál el TJUE establece el concepto de medida cautelar y provisional como concepto autónomo; M. PERTEGÁS SENDER, “Chapter II. Provisional, including Protective, measures. Article 31”, en P. MANKOWSKI/U. MAGNUS, *Brussels I Regulation...*, *op.cit.*, pp. 524-533, aunque el análisis se corresponde con el anterior RBI, *mutatis mutandis* en cuestión de ámbito temporal.

¹⁰³⁹*Vid.* Asunto *St Paul Dairy* (C-104/03); F. GASCÓN INCHAUSTI, *loc.cit.*, *supra*, p. 709; C. I. CORDERO ALVÁREZ, *op.cit. supra*, p. 344; Sobre el concepto “medidas cautelares y provisionales”, el RBIIo incluye en la definición de “resolución” del artículo 2.a: “a los efectos del Capítulo III, “resolución” engloba las medidas provisionales o las medidas cautelares acordadas por un órgano jurisdiccional competente, en virtud del presente Reglamento, para conocer del fondo del asunto. No se incluyen las medidas provisionales y cautelares que el órgano jurisdiccional acuerde sin que el demandado sea citado a comparecer, a no ser que la resolución relativa a la medida haya sido notificada al demandado antes de su ejecución. Incluso cuando la medida fuera válida a la luz de la *lex fori*, si ésta fue adoptada en ausencia del sujeto contra el que se insta, *in auditia parte*, también cabría la denegación del reconocimiento por no respetar las garantías procesales” (en conexión con el artículo 45.1.ay 45.2 del RBI *bis*.)

¹⁰⁴⁰Asunto *Reichert II* (C-261/90)

¹⁰⁴¹*DO L* 195, 2.06.2004, analizado en el Capítulo I, el por qué de su relación con la competencia desleal.

261. Así, puede ponerse el ejemplo de la protección otorgada al secreto industrial, por ejemplo, el que ha encontrado siempre tutela como derecho de exclusiva *sui generis* en la ley de patentes¹⁰⁴².

Con relación al concepto propio y restrictivo del RBI *bis* de medida cautelar¹⁰⁴³ el aspecto no necesita de mayor aclaración, aunque no existe una opinión doctrinal unívoca en este sentido, sino que se han aportado diferentes opiniones en base también a la jurisprudencia que el TJUE ha ido desarrollando desde el CB 1968¹⁰⁴⁴.

B. Diferencias con las acciones de cesación de tipo provisional

262. Aunque las diferencias entre las acciones de cesación o prohibitivas y las medidas cautelares son notorias, su finalidad es la misma cuándo las acciones de cesación se solicitan de forma cautelar: salvaguardar el objeto de procedimiento y que no haya peligro de demora.

263. Normalmente, las acciones de cesación que no se solicitan en la medida cautelar sino en la demanda principal buscan un efecto permanente en el tiempo, una condena a no volver a realizar el acto de nuevo nunca más.

Mientras en la tutela cautelar el juez no tiene porque entrar al fondo del asunto, no es así en el ámbito de las acciones de cesación (ni siquiera en el ámbito de la “cesación preventiva” o prohibición de repetir un acto hasta la sustanciación del proceso, solicitada en el marco de una medida cautelar bien sea transfronteriza o doméstica)¹⁰⁴⁵.

264. También los efectos que producen se diferencian en tanto que los efectos de las medidas cautelares acaban cuando la medida ha cumplido con el objetivo (la garantía de la ejecución de la sentencia), así como impedir que el demandado se

¹⁰⁴²Una precisión puede hacerse. Estas medidas se consideran en la Ley de Patentes española, “diligencias de comprobación” (diligencias preliminares), poniendo en duda, por tanto, si se solicitan en España, si tienen cabida bajo el RBI *bis*. Sobre todo son usadas en el ámbito del robo del secreto empresarial o protección de *know-how* (art.130.4 LP) por la necesidad de premura que requieren estos litigios.

¹⁰⁴³Sobre estas diferencias, C. KESSEDJIAN, “Note sur le mesures provisoires et conservatoires en droit international privé et droit comparé”, Doc. Prél., No. 10, *Conférence de la Haya de Droit International Privé*, 1998; A. NUYTS, “Chapter 12. Provisional Measures”, en E. LEIN/ A. DICKINSON, *The Brussels I Regulation Recast...*, *op.cit.*, pp. 360-365.

¹⁰⁴⁴C. I. CORDERO ALVÁREZ, *La protección del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen...*, *op.cit.*, p. 347, *a sensu contrario* que, A. DICKINSON, “Provisional Measures in the Brussels I ...”, *loc.cit.*; F. GASCÓN INCHAUSTI, “Capítulo II: Sección 10. Artículo 35...”, *loc.cit.*, en F. F. GARAU SOBRINO/ P. BLANCO-MORALES LIMONES (coord.), *Comentario al Reglamento (UE) N° 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de...*, *op.cit.*, pp.704-705.

¹⁰⁴⁵A. LÓPEZ- TARRUELLA MARTÍNEZ, *Litigios transfronterizos sobre derechos de propiedad industrial...*, *op.cit.*, p. 80.

abstenga de realizar durante el período de tiempo que dure el proceso de realizar actos o conductas tendentes a impedir la futura ejecución de la sentencia¹⁰⁴⁶.

C. Presupuestos para la solicitud de las medidas cautelares y especialidad en litigios de competencia desleal

265. Los presupuestos de las medidas cautelares, para poder solicitarles, son por todos conocidos: *fumus de boni iuris*, *periculum in mora* y *cautio*. En competencia desleal tanto el *fumus de boni iuris* y el *periculum in mora* tienen particularidades. Las medidas cautelares en materia de competencia desleal y propiedades inmateriales suelen fundamentarse en la doctrina del *ex re ipsa* puesto que la acreditación del *periculum in mora* de las medidas cautelares en competencia desleal es complicado¹⁰⁴⁷.

266. Esta doctrina permite al perjudicado por un acto dañoso (desleal) que si demuestra que la evidencia del daño es inaccesible para él permite al juez intuir la negligencia en ausencia de prueba directa (sobre todo en el ámbito de daños morales).

267. Si el demandado parece que puede ser el único que causó daño, entonces es responsable para fundamentar el *fumus de boni iuris* (situación jurídica cautelable)¹⁰⁴⁸. De otro lado, el *fumus de boni iuris* en las acciones relativas a la LCD no emanan directamente de la titularidad de un derecho “subjetivo” del solicitante, sino

¹⁰⁴⁶*Ibid.*

¹⁰⁴⁷J. MASSAGUER FUENTES, “Las medidas cautelares en la ley de competencia...”, *loc.cit.* Es un presupuesto connatural y justifica la tutela cautelar civil, presente en competencia desleal.

¹⁰⁴⁸*Vid.* S. BARONA VILAR, *Competencia desleal. Tutela jurisdiccional (especialmente proceso civil...)*, t. I, *op.cit.*, p. 1442 y pp. 1447-1459 y t. II, pp. 1685-1805; la prueba además en España se revierte al demandado, es una *probatio* diabólica del artículo 217.4 de la LEC: “en los procesos por competencia desleal y sobre publicidad ilícita corresponderá al demandado la carga de la prueba de la exactitud y veracidad de las indicaciones y manifestaciones realizadas y de los datos materiales que la publicidad exprese, respectivamente”; la prueba de aquellos elementos como el engaño, error, confusión, etc, que permitan considerar el grado de incidencia y el condicionamiento para impedir que la competencia se desarrolle con normalidad y deba ser reputada como desleal. Aunque la autora considera que el precepto en realidad lo que viene a establecer es que el juez, de oficio, es el que tiene que apereibir al demandado, así, *v. gr.*, SAP Madrid, Secc. 10, n°99/2007, de 23 de febrero de 2007, FJ 3°; el origen en materia de publicidad desleal de la inversión de la carga de la prueba en estos procesos, al menos, en el ámbito de la UE, En materia de publicidad desleal, la inversión de la carga de la prueba fue introducida por la Directiva sobre publicidad engañosa en 1997, con la segunda revisión de la Directiva de 1984, *vid. v. gr.*, Commission of the European Communities, “Proposal for a Council Directiva concerning comparative advertising and amending Directive 84/450/EEC concerning misleading advertising”, COM (91) 147 final-SYN 343, Bruselas, 21.06.1991, p. 5: lo único que le informe establecía era que el anunciante era el que debe probar que la veracidad de su publicidad. Cuestión diferente son los medios de prueba que se permiten, según el análisis del Derecho comparado (especialmente en litigios *B2B*); en Estados Unidos, la carga de la prueba se manifiesta al contrario, puesto que será el competidor afectado o el demandante debe siempre someterse al “test de los efectos” y otro tipo de encuestas que debe aportar para justificar su *cause of action* en competencia desleal.

de la comisión o inminencia de la comisión de un comportamiento constitutivo de competencia desleal¹⁰⁴⁹.

2. *Ejemplos de adopción de medidas cautelares en litigios recientes de competencia desleal y nuevos modelos de conducta en el mercado*

268. Ejemplos actuales sobre medidas cautelares en competencia desleal, nos lo muestran el asunto *UBER* y el asunto *BlaBlaCar*. El auto alemán dictado en 2014 en el asunto *UBER* es con diferencia el más ilustrativo acerca de la solicitud de medidas cautelares en el ámbito del RBI.

Las medidas cautelares se solicitaron ante el *Landgericht Frankfurt am Main*, (Frankfurt-Alemania) contra la compañía americana *UBER* con sede en California pero con establecimiento y filial situada en Holanda. En España también ha sido demandada ante dos juzgados sitos en ciudades diferentes.

Los dos jueces de lo Mercantil (en Madrid, nº2 y Barcelona, nº3)¹⁰⁵⁰ también han conocido respectivas demandas del sector del taxi con medidas cautelares contra la compañía *UBER*¹⁰⁵¹.

269. Interesa destacar del Auto del juez de lo mercantil nº2 de Madrid (ordenando la cesación de la actividad de *UBER* en todo el territorio español, de su página *web* y aplicación móvil (*UBERpop*), de forma similar a la realizada por el *Landgericht Frankfurt am Main*), el tratamiento que realiza del *periculum in mora*.

270. Considera la pertinencia de la medida cautelar *ex ante*, en cuanto *UBER* se localiza en un *offshore*, paraíso fiscal (*Delaware-USA*), reforzando el peligro. En relación al *fumus de boni iuris* también concurre en cuento resulta probado que según el

¹⁰⁴⁹J. MASSAGUER FUENTES, “Las medidas cautelares en la Ley de competencia...”, *loc.cit.* sin que haya argumentos para exigir prueba documental del comportamiento e infracción al derecho de la competencia desleal y contra el mercado; de forma contraria se pronunciaba, C. LEMA DEVESA, “Posibilidades y remedios para reprimir la...”, *loc.cit.*, p. 8; AJM nº 10 de Madrid, nº 658/2011, de 15 de diciembre 2011, Diario La Ley, nº 7801, Sección jurisprudencia, 20/02/2012, FD 6º.

¹⁰⁵⁰El demandante (*Taxi Deutschland*) solicitó medidas cautelares bajo el amparo del artículo 12.2 *UWG* y multas coercitivas con condena adicional de los artículos 3 y 4.11 *UWG* (equivalente al artículo 15.2 de la LCD española, la consideración de desleal prevalecerse en el mercado de una ventaja competitiva significativa, por las infracciones de tipo administrativo, como sería en España, a normas que regulan el transporte de pasajeros, para la prohibición y cese del uso de la aplicación móvil *UberPop* del demandado en *Frankfurt am Main (Uber B.V.* con sede en Holanda), ante el tribunal de Frankfurt.; el auto es el siguiente, *Landgericht Frankfurt am Main*, 3 Zivilkammer, 2-03 O 329/1425/08/2014.

¹⁰⁵¹El auto de Frankfurt en el asunto *UBER* fue dictado un año antes de la medida adoptada por el juez español. En él se encuentran interesantes cuestiones relativas al ámbito de la CJI y también de la LA, puesto que el juez alemán utilizó el RRII para determinar que la ley aplicable al asunto fuese la alemana.

art. 15.2 LCD (art. 12.2 *UWG* alemana), existe una actividad que está infringiendo las normas jurídicas en un sector totalmente regulado como es el transporte de viajeros¹⁰⁵².

271. Las medidas fueron adoptadas por el tribunal que iba a conocer del fondo de la demanda (el tribunal del *loci damni*-mercado de recepción puesto que se fundamenta la CJI en base al artículo 5.3 RBI, el lugar donde se está recibiendo el servicio de transporte mediante la aplicación móvil)¹⁰⁵³.

272. Aunque podían haberse solicitado ante el lugar del establecimiento de la filial de *UBER* (ante los tribunales holandeses) dado que ambos tribunales tenían CJI para conocer del fondo del asunto. Por otro lado, se establecen con la prevención de multas coercitivas en caso que no se cumpliesen las órdenes de cesación del *Landgericht* e incluso si la multa no se hacía efectiva, la condena a una pena privativa de libertad (contemplado en el derecho procesal alemán).

273. Otro asunto similar dilucidado en España y que ha terminado en primera instancia de forma favorable para el demandado, es el asunto CONFEBÚS (Patronal de Autobuses de España) c. *BlaBlaCar*¹⁰⁵⁴ (“empresa” de *carpooling* por internet, con sede en Francia).

274. Esta plataforma opera como “intermediario” en *Internet* poniendo en comunicación a operadores privados, particulares, ofreciendo servicios de transporte para ir de una ciudad a otra y sólo cubrir los gastos del transporte al usuario que se anuncia ofreciendo este servicio).

En este asunto, a su vez, se solicitaron medidas cautelares *ex ante* (pero esta vez en el ámbito doméstico, no de corte transfronterizo) para paralizar el uso del prestador de servicios por *Internet*, el intermediario *Blablacar*, que pone en comunicación a los particulares para ser transportados por otros particulares a diferentes lugares de la geografía, pero el juez de lo Mercantil nº2 de Madrid desestimó la

¹⁰⁵²Aplica además el art. 6.1 RRII en cuanto a la determinación de la ley aplicable; J. A. ÁGUILA REAL, “La cuestión prejudicial sobre Uber”, 20/06/2015, disponible en: <http://almacenederecho.org/la-cuestion-prejudicial-sobre-uber/>; P. JARNE MUÑOZ, “Uber ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: la incidencia del recurso a las plataformas en línea en la calificación ...”, *loc.cit.*, p. 116; sobre las medidas cautelares en España, aunque de tipo nacional pero en el asunto *UBER*, A. TOURIÑO, “La economía colaborativa desde la óptica de la competencia desleal. Análisis de los autos de medidas cautelares dictados en los casos de *Uber*, *Bla Bla Car* y *Cabify*”, *La Ley Digital* 360, 2016, pp. 1-15.

¹⁰⁵³*Vid.* por todos, siendo el único comentario realizado a la resolución alemana, P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “La resolución del *Landgericht* de Fráncfort sobre la aplicación *Uber*”, 4/06/2015, disponible en: <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.de/2014/09/la-resolucion-del-landgericht-de.html>

¹⁰⁵⁴Se puede ver su página web: <https://www.blablacar.es>

solicitud de medidas cautelares interpuesta por la demandante CONFEBÚS por no considerar ni que existía un riesgo de *periculum in mora* ni *fumus de boni iuris*¹⁰⁵⁵.

3. La doble opción en el ámbito del RBI bis/CL: foro del fondo/foro de las medidas

275. Antes de explicar el procedimiento hay que considerar que el legislador europeo ha cambiado el sistema de reconocimiento y ejecución de las medidas cuanto el foro ante el que se solicitan no es el mismo foro en donde se va a conocer del fondo del asunto¹⁰⁵⁶.

276. Esta opción ha sido mejorada con la supresión del *exequátur* puesto que de forma actual podrá solicitarse una ejecución directa sin esperar que el tribunal donde deban solicitarse las medidas, reconozca y ejecute las mismas¹⁰⁵⁷. A pesar que las medidas cautelares no son una resolución firme¹⁰⁵⁸.

277. El demandante en un litigio transfronterizo tiene dos opciones de conformidad con el régimen RBI bis/CL¹⁰⁵⁹. O bien solicita las medidas ante el tribunal

¹⁰⁵⁵ La Patronal de Autobuses (CONFEBÚS)-demandante, es la que solicita dichas medidas cautelares, para que se cerrase de forma provisional la página *web* y el uso de la *app móvil*, desde la que esta plataforma de *carpooling* con sede en Francia opera en España y otros EM hasta que se dilucidase el proceso; Auto nº26/2016 del JM nº 2 de Madrid, de 26 de enero de 2016. En este caso, el Juzgado rechazó las medidas cautelares solicitadas por la demandante, puesto que consideró que la parte demandante no probó con suficiente claridad el requisito del *periculum in mora*. Consideró que la demandante pretendía anticiparse al fondo del asunto, al pedir el cese de actos de competencia desleal y no prevenir que el objeto del litigio se extinguiese antes de la sentencia. Interesa el Auto en cuanto pone de relieve el contenido del “*periculum in mora*” (FD 2ª). Uno de ellos se constituye en que debe ser el solicitante de la medida cautelar el que debe acreditar los hechos que constituyen la existencia del peligro, de aquellas situaciones que impidieren o dificultaren la efectividad de la tutela que pudiera otorgarse en la sentencia.

¹⁰⁵⁶ En el sistema anterior (que aún sigue vigente con el CL 2007) este aspecto permitía que mediante el artículo que permitía la solicitud de medidas cautelares en cualquier parte, el demandante siempre buscarse el tribunal del lugar cuya legislación fuese más favorable, A. LÓPEZ TARRUELLA MARTÍNEZ, “Las medidas cautelares en los litigios internacionales de propiedad intelectual e industrial en el Reglamento Bruselas I”, disponible en: <http://www.sfplegal.com/es/las-medidas-cautelares-en-los-litigios-internacionales-de-propiedad-industrial-e-intelectual-en-el-reglamento-bruselas-i> ; S. SÁNCHEZ LORENZO, “El nuevo sistema de reconocimiento y ejecución de resoluciones en el Reglamento (UE) 1215/2012 (“Bruselas I bis”), *La Ley Unión Europea*, nº25, abril 2015, pp. 1-16, p. 2.

¹⁰⁵⁷ A. NUYTS, “Chapter 12. Provisional Measures...”, *loc.cit.*, en E. LEIN/A. DICKINSON, *The Brussels I Regulation Recast...*, *op.cit.*, p. 361 y pp. 369-372: “(.) *The Article on provisional measures had been slightly amended to confirm that it applies even when jurisdiction as to the substance lies with an arbitral tribunal*”. Aunque el autor hace referencia a los cambios realizados en referencia a los procesos de medidas cautelares en el ámbito del arbitraje, y los asuntos que conocieron de este problema en el ámbito temporal del CB 1968 y RBI, *Van Uden y Solvay*.

¹⁰⁵⁸ S. BARONA VILAR, *Competencia desleal. Tutela jurisdiccional...*, t. II, *op.cit.*, p. 1425.

¹⁰⁵⁹ Por otro lado, el Cdo. 33 del RBI bis añade que, las medidas adoptadas por el Tribunal que no tiene CJI sobre el fondo del asunto sólo tendrán efecto en el lugar /territorio de ese Estado. Por otro lado, se entiende por el art. 2.1.a, que hay límites en su reconocimiento y ejecución, que parece que sólo envuelven al Estado requerido, donde se buscará el reconocimiento y ejecución, y no en el Estado de origen, donde se emite la orden, A. NUYTS, “Chapter 12. Provisional Measures...”, *loc.cit.*, en E. LEIN/A. DICKINSON, *The Brussels I Regulation Recast...*, *op.cit.*, p. 372.

competente para conocer del fondo del asunto y por tanto los efectos de las mismas serán reconocidos por todos¹⁰⁶⁰.

278. El juez del fondo del asunto puede ser el juez del domicilio del demandado, o dónde tenga su establecimiento o ante los tribunales de competencia por razón de la materia¹⁰⁶¹ (en estos supuestos, ante el tribunal del hecho dañoso-mercado afectado o donde pudieren producirse los efectos)¹⁰⁶².

279. O bien, solicita las medidas cautelares ante cualquier tribunal que tenga sólo CJI para conocer de las medidas cautelares o provisionales pero que tenga un vínculo territorial con la medida, según el art. 35 RBI *bis*. Por ser el lugar dónde las medidas cautelares y provisionales puedan surgir o deban surgir efectos, por ejemplo. Fundamentado en el *periculum in mora*¹⁰⁶³.

280. El proceso entonces se disocia y con este foro se tiene por sentado que se va a desarrollar ante tribunales de Estados diferentes¹⁰⁶⁴. La opción que se ofrece es porque en litigios transfronterizos es más cómodo y fácil para la parte demandante

¹⁰⁶⁰ F. GASCÓN INCHAUSTI, “Capítulo II: Sección 10. Artículo 35...”, *loc.cit.*, en F. F. GARAU SOBRINO/P. BLANCO-MORALES LIMONES (coord.), *Comentario al Reglamento (UE) N° 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de...*, *op.cit.*, p. 721.

¹⁰⁶¹ Artículos 4 a 26 del RBI *bis*.

¹⁰⁶² Esto es, por ejemplo en un litigio de competencia desleal, la simple puesta en peligro del buen funcionamiento del mercado y de los intereses de los participantes del mercado se vean afectados como incidio suficiente para su interposición; El RBI no lo establecía de forma expresa pero el TJUE lo reconoce de forma constante, C. ORÓ MARTÍNEZ, *La aplicación privada del Derecho de la competencia: Aproximación desde el Derecho internacional...*, *op.cit.*, pp.172-173, la CJI para solicitar estas medidas de forma transfronteriza es por la CJI que tienen sobre el mismo fondo del asunto; M. FRANZOSI/V. JANDOLI, “A Preliminary Injunction Concerning Unfair Competition...”, *loc.cit.*, p. 569: “ (...) *periculum in mora in unfair competition matters in re ipsa*”. Esto es, que no necesitan prueba, puesto que los actos comerciales hablan por sí mismos en relación al daño que pueden producir. Sobre todo, en el ámbito de la publicidad desleal, S. BARONA VILAR, *Competencia desleal. Tutela jurisdiccional (especialmente proceso civil...)*, t. I, *op.cit.*, p. 1447; J. J. FAWCETT/P. TORREMAN, *Intellectual Property and Private international law...*, *op.cit.*, p. 236; en la jurisprudencia española, STS Sala de lo Civil de 24 de octubre de 2012, asunto *Vileda c. Spontex* (en donde también se solapa con la protección de un modelo de utilidad); SAP Sevilla, sección nº1710/2013, de 13 de marzo de 2014, FJ 6º: “(...) Como la demandada ha vulnerado los derechos de autor al utilizar el catálogo sin autorización alguna, nos hallamos ante un daño ex re ipsa, como dicen las actoras en su demanda, pues la infracción por sí misma produce un resultado dañoso para el titular del derecho sobre la obra copiada”.

¹⁰⁶³ Vid. F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ/M. VIRGÓS SORIANO, *Derecho procesal civil internacional...*, *op.cit.*; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “La competencia judicial para adoptar medidas cautelares: el caso *IBERDROLA vs. EDF...*”, *loc.cit.*, p. 150; A. NUYTS, “Chapter 12. Provisional Measures...” en E. LEIN/A. DICKINSON, *The Brussels I Regulation Recast...*, *op.cit.*; C. I. CORDERO ALVÁREZ, *Litigios internacionales sobre difamación y derechos de la personalidad...*, *op.cit.*; A. LÓPEZ MARTÍNEZ TARRUELLA, *Litigios transfronterizos sobre derechos de propiedad intelectual...*, *op.cit.*

¹⁰⁶⁴ F. GASCÓN INCHAUSTI, “Capítulo II: Sección 10 (art. 35)...”, *loc.cit.*, en F. F. GARAU SOBRINO/P. BLANCO-MORALES LIMONES, *Comentario al Reglamento (UE) N° 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución...*, *op.cit.*, p. 715.

acudir por separado al tribunal del lugar donde deba ejecutarse la medida cautelar¹⁰⁶⁵, en vez de solicitarlas ante el tribunal que conocerá y sustanciará el fondo del asunto puesto que el *periculum in mora* no se establece en este Estado ni el *fumus de boni iuris*¹⁰⁶⁶.

281. Entre estos requisitos, las medidas que se van a solicitar deben estar permitidas por la *lex fori* y deben ser adoptadas con carácter de urgencia (debido al requisito del *periculum in mora*) para que puedan ser válidas.

Jurisprudencia *Van Uden*. El problema que puede encontrarse es que si en alguna de estas medidas cautelares se encuentren planteamientos sobre el fondo, y se han dictado por un tribunal que sólo tiene reconocida la CJI sobre la medida cautelar.

282. Este aspecto de no poder dictar medidas cautelares con pronunciamientos sobre el fondo, obviamente diferencia su función de la del tribunal que sí conoce del fondo del asunto, que tiene CJI ilimitada, en cuanto a todo tipo de medidas que deban ser establecidas.

Valiendo en este particular, la jurisprudencia emanada del asunto *Van Uden* para prevenir el llamado *provisional forum shopping* en materia de medidas cautelares¹⁰⁶⁷.

283. Por lo que, aquellas medidas cautelares o provisionales adoptadas ante el tribunal que sólo tiene CJI sobre las mismas no pueden considerarse como tal a efectos del RBI, por el peligro que lleguen a constituirse una sustitución del pronunciamiento del tribunal que sí tiene CJI para conocer del fondo¹⁰⁶⁸. Así también hay otro supuesto en el que se pueden encontrar dificultades: las medidas de aseguramiento de la prueba.

Jurisprudencia *St. Paul Dairy*. Este tipo de medidas tienen una función muy particular, que es el aseguramiento de una parte del proceso que es la fase probatoria, y no del objeto mismo del proceso¹⁰⁶⁹.

¹⁰⁶⁵Vid. v. gr., M. VIRGÓS SORIANO /F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional...*, op.cit., p. 347-348; P. JIMÉNEZ BLANCO, “Acciones de cesación de actividades ilícitas ...”, loc.cit., p.142 que considera que el límite territorial es consecuencia de una limitación al reconocimiento y ejecución de la medida en otro Estado. Por lo que no debería existir óbice en admitir mandamientos judiciales de cesación cautelar con efectos en varios Estados cuándo sean coercitivos sobre bienes del sujeto; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “Provisional and Protective Measures...”, loc.cit., p. 71, según el artículo 35 (es complementario) es debatible si existe elemento territorial requerido por el artículo para ser aplicado.

¹⁰⁶⁶V. FUENTES CAMACHO, *Las medidas provisionales y cautelares en el espacio judicial...*, op.cit., pp. 118-119.

¹⁰⁶⁷P. JIMÉNEZ BLANCO, “Acciones de cesación de actividades lícitas...”, loc.cit., pp.142.

¹⁰⁶⁸*Ibid*; sobre la jurisprudencia emanada de *Van Uden* (C-99/96); V. FUENTES CAMACHO, *Las medidas cautelares en el Espacio judicial europeo...*, op.cit.

¹⁰⁶⁹*Ibid*. p. 709; Asunto *St. Paul Dairy*, C-104/03, medidas de aseguramiento de prueba para ser consideradas en el ámbito del foro especial de la medida cautelar como medida cautelar deben ser tratadas como urgentes. Hay que tener en cuenta por ejemplo aquellas medidas cautelares que se

283. En ilícitos concurrenciales desleales transfronterizos, el límite territorial para determinar el foro de las medidas cautelares diferente al foro donde se establece la demanda principal, se debe buscar mediante los indicios que den lugar a pensar cuál es el “mercado afectado”, generalmente, este lugar será el mercado de ataque.

Esto es, donde se realizó e invirtió en recursos para hacer la campaña publicitaria de los productos y/o servicios; mediante el lanzamiento de los productos y servicios para su venta mediante actos preparatorios; el lugar donde se estaban realizando las imitaciones e infracciones de marca, que luego iban a ser distribuidas al mercado afectado por las mismas, etc.

4. *Medidas cautelares inaudita parte contraria: el asunto Iberdrola c. Electricité de France y el caso CODERE Apuestas*

284. Un tipo de medidas provisionales muy problemático por ser una excepción al principio de audiencia al demandado o de contradicción en el proceso son las medidas cautelares *inaudita parte contraria*. Mayor dificultad se presenta en la litigación transfronteriza. Su interposición y solicitud se permite siempre y cuando exista un peligro grave e inminente¹⁰⁷⁰.

285. Su naturaleza especial provoca disfunciones en el ámbito del reconocimiento y la ejecución de las mismas, especialmente si el demandado vive en un Estado diferente o se tienen que solicitar ante el tribunal que no conoce del fondo del asunto.

286. Conforme al régimen establecido en el ámbito del anterior RBI/CL, estas medidas *inaudita parte contraria* no pueden reconocerse y ejecutarse a no ser que se hayan notificado previamente al demandado antes de su ejecución (nuevo art. 2.a RBI *bis*)¹⁰⁷¹.

287. Es un condicionante establecido por el legislador europeo en el nuevo RBI *bis*, ajeno a la adopción de la medida bien sea anticipatoria o aseguradora por el juez que tiene CJI para conocer del fondo del asunto (competencia que se conoce como funcional e instrumental de las medidas al servicio de la tutela efectiva de la pretensión

contienen en otros instrumentos jurídicos, que son consideradas de aseguramiento de la prueba, que pueden ser usadas en procesos por competencia desleal (Directiva 2004/48/CE).

¹⁰⁷⁰Vid. J. MASSAGUER FUENTES, “Las medidas cautelares en la ley de competencia...”, loc.cit., el ex. art. 25 LCD 1991 contenía estas medidas en el apartado 2^a; S. SÁNCHEZ LORENZO, “El nuevo sistema de reconocimiento y ejecución de resoluciones...”, loc.cit., p.2.

¹⁰⁷¹Ibid. p. 2; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “La competencia judicial para adoptar medidas cautelares...”, loc.cit., pp. 4-5; id. “Provisional and Protective Measures...”, loc.cit.; R. ARENAS GARCÍA, “Las medidas provisionales y cautelares en el Reglamento Bruselas I: de la regulación actual a la regulación proyectada”, *Diario La Ley*, nº 7601, 2011, pp. 1-13, pp. 8-9.

principal salvaguardando el objeto del proceso principal). En el ámbito del RBI *bis* (y a diferencia de lo que sigue estando presente en el CL 2007) sí se permite su reconocimiento si está establecido en el ámbito del régimen autónomo de los EM (Cdo. 33), a pesar que no hayan sido notificadas al demandado antes de su ejecución¹⁰⁷².

288. Y, que a pesar de no haber sido notificado, el demandado pueda tener opción de forma posterior, a impugnar tal medida según el Derecho nacional del EM de origen. Como dicen las voces doctrinales y de acuerdo a la jurisprudencia del TJUE (en relación al anterior RBI) sería contradictorio que si el demandado ha tenido la oportunidad de oponerse (habiendo sido parte de un proceso contradictorio), no tuviese cabida su reconocimiento¹⁰⁷³.

289. De esta forma, se ha provisto al régimen del RBI *bis* de mayor flexibilidad y discreción a los jueces nacionales de los EM¹⁰⁷⁴. El artículo 40 RBI *bis* determina que toda resolución que tenga fuerza ejecutiva conlleva la facultad de aplicar medidas cautelares previstas en la legislación del EM requerido, y el art. 44.1.a prevé la posibilidad de limitar la ejecución a medidas cautelares si se solicita la denegación de la ejecución de una resolución.

290. Un ejemplo paradigmático de los problemas de las medidas *inaudita parte contraria* que a su vez comporta un asunto transfronterizo de competencia desleal *B2B* fue el asunto IBERDROLA c. *ELECTRICITÉ DE FRANCE* (en los sucesivos, *EDF*)¹⁰⁷⁵.

¹⁰⁷²*Ibid.* (S. SANCHEZ LORENZO, p. 2).

¹⁰⁷³R. ARENAS GARCÍA, “Las medidas provisionales y cautelares en el Reglamento...”, *loc.cit. supra*, p. 5.

¹⁰⁷⁴A. NUYTS, “Provisional Measures...”, *loc.cit.*, en E. Lein y A. Dickinson, *The Brussels Regulation Recast...*, *op.cit.*, p. 371.

¹⁰⁷⁵ El asunto trajo como consecuencia varios autos del Juzgado de lo Mercantil nº2 de Bilbao; AAJM Bilbao 16 de mayo, nº 132/2008 (desestimatorio de la declinatoria que interpuso el demandado *EDF* por considerar la falta de CJI en el asunto y para dictar medidas cautelares *inaudita parte*); Auto nº 38/2008; “2008/25.-Juzgado de lo Mercantil, nº 2, Auto de 16 de mayo de 2008. Ponente: D. Edorta J. Etxanradio. *La Ley*, 2008, 3 nº 1152”, *AEDIPr*, Sección jurisprudencia, 2008, pp. 888-890; 2008/26.-Juzgado de lo Mercantil, nº2, Auto de 6 de junio de 2008. Ponente: Ilmo. Sr. D. Edorta J. Etxanradio. *La Ley*, 53264/2008”, *AEDIPr*, Sección jurisprudencia, 2008, pp.890-892; Auto nº 178/08 de 15 de septiembre del 2008, siendo el auto que sobreesee de forma total las actuaciones por haber terminado el proceso de forma extrajudicial); F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “La competencia judicial para adoptar medidas cautelares: el caso IBERDROLA vs. *EDF*”, *RCyD*, nº3, Sección Práctica, Julio-Diciembre 2008, pp. 147-156; A. SUÑOL LUCEA, “Adquisición de empresas en el mercado de valores, obstaculización...”, *loc.cit.*; A. SÁNCHEZ GRAELLS, “Competencia desleal y mercado de control societario: riesgo de injerencia judicial...”, *loc.cit.*; F. ZUNZUNEGUI, “Lamentable injerencia de un juez de Bilbao en la posición de EDF sobre Iberdrola”, *RDMF*, 2008, disponible en: <http://www.rdmf.es/2008/03/26/lamentable-injerencia-de-un-juez-de-bilbao-en-la-posicion-de-edf-sobre-iberdrola/>; *id.* “Caso EDF-Iberdrola: nuevas perlas de Edorta Etxanradio”, *RDMF*, 2008, disponible en: <http://www.rdmf.es/2008/03/28/caso-edf-iberdrola-nuevas-perlas-de-edorta-etxanradio/>; *id.*, “Caso EDF-Iberdrola: satisfacción extraprocésal”, *RDMF*, 2008, disponible en: <http://www.rdmf.es/2008/09/17/caso-edf-iberdrola-satisfaccion-extraprocésal/>

El asunto se mostró problemático por el contenido de las medidas cautelares, el tipo de medida, y las multas coercitivas así como su eficacia transfronteriza¹⁰⁷⁶.

291. La solicitud de medidas cautelares contemplaba dos pretensiones: acciones de cesación (condena de no hacer, en el supuesto analizado) y la solicitud de remoción de los efectos causados por el presunto acto de competencia desleal realizado por el demandado (condena de hacer), la empresa *EDF*¹⁰⁷⁷.

292. A su vez, se acompañó de multas coercitivas en el caso que el demandado no cumpliera las medidas otorgadas para el demandante. Las multas coercitivas tampoco están excluidas del ámbito del RBI *bis*, según el artículo 24.5, pero sólo pueden ser ejecutadas si la cuantía aparece bien definida (art.55)¹⁰⁷⁸.

293. El asunto se sustanció en el ámbito temporal del RBI y aunque el juez que dictó estas medidas cautelares era el juez que iba a conocer del fondo del asunto, (apartado “A”), estas medidas encuentran problemas en el ámbito del reconocimiento y la ejecución. Por ello, el artículo 35 (*ex. 31* cuándo el asunto se sustanció) no tenía porque ser de aplicación, puesto que no era el juez del domicilio del demandado (en este supuesto, el juez de París) diferente al juez que conocía del fondo del asunto, quién debía dictarlas, sino notificarlas¹⁰⁷⁹.

294. Este aspecto es el principal problema en el ámbito de las medidas cautelares transfronterizas: primero, hay que diferenciar la fase declarativa (juez principal) y segundo, la ejecutiva (juez del lugar de la ejecución). No obstante, cómo se dijo en el párrafo anterior, con el nuevo régimen, se prevén cambios que pueden ayudar en el proceso de reconocimiento, incluido el concepto de medida cautelar (Cdo. 25)¹⁰⁸⁰.

295. Otro asunto que interesa en el ámbito transfronterizo de las medidas cautelares *inaudita parte contraria* en competencia desleal transfronteriza es el asunto

¹⁰⁷⁶ F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “La competencia judicial para adoptar medidas cautelares: el caso *IBERDROLA vs. EDF...*”, *loc.cit.*, p. 4. Las multas coercitivas tienen cabida ante el RBI *bis*, art. 55. La condición del artículo es que serán ejecutadas en el Estado requerido cuándo la cuantía se fije definitivamente por el órgano de origen. Las que no tienen cabida en el ámbito del reconocimiento y la ejecución son las multas privativas de libertad de contenido penal como así estableció la AAP Barcelona (Secc. 15), nº 32/2010 de 15 de marzo.

¹⁰⁷⁷ J. MARTÍN PASTOR, “Algunas reflexiones sobre la tutela cautelar frente a actos de competencia...”, *loc.cit.*, p. 8.

¹⁰⁷⁸ S. SÁNCHEZ LORENZO, “El nuevo sistema de reconocimiento y ejecución de resoluciones en el Reglamento (UE)...”, *loc.cit.*, p. 8.

¹⁰⁷⁹ F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “La competencia judicial para adoptar medidas cautelares: el caso *IBERDROLA vs. EDF...*”, *loc.cit.*, p. 148, siempre que la cuantía haya sido fijada, de forma definitiva por el tribunal de origen.

¹⁰⁸⁰ S. SÁNCHEZ LORENZO, “El nuevo sistema de reconocimiento y ejecución de resoluciones en el Reglamento (UE)...”, *loc.cit.*, p. 2.

CODERE APUESTAS S.A., c. *Bwin* y Real Madrid Club de Fútbol¹⁰⁸¹. En este supuesto, el juez consideró que cabían estas medidas *inaudita parte contraria* porque de no haberlo hecho así, se hubiese comprometido la efectividad de la prohibición y la cesación habida cuenta del procedimiento relativo a derechos protegidos por la LCD (FD 3º).

296. En este asunto fue el tribunal que iba a conocer del fondo del asunto era el mismo que dictó las medidas cautelares. La demandante solicitó medidas cautelares transfronterizas así como a la concesión de “acciones de cesación” (según el art. 727.7ª LEC) y “prohibición” de la publicidad ilícita de los juegos de azar y apuestas por canales electrónicos, telemáticos e interactivos accesibles en territorio español y en particular, las actividades de Internet mediante el sitio de las demandadas (www.miapuesta.com) u otros dominios de los que tuvieses control directo o indirecto (v.gr.: www.miapuesta.es).

297. En el asunto *HOLA* c. *GALA Ediciones*¹⁰⁸², se acordó una medida cautelar *inaudita parte*. La revista *GALA* hizo uso de la palabra *HOLA* violando la marca de la propietaria *HOLA*. En la medida cautelar, el juez basó su competencia territorial en el artículo 52.1.12 LEC y se solicitó la medida cautelar para prevenir que se siguiese generando confusión en el mercado y aprovechamiento de la reputación ajena, puesto que suponía no sólo la infracción marcaría sino también la publicidad ilícita adhesiva.

298. La tutela cautelar se rechazó en cuanto a la cesación de la publicidad, según lo establecido en la LGP, puesto que según el tribunal, el ejercicio de la acción de la cesación de publicidad y su anticipación en el medida cautelar exige la previa solicitud de cesación efectuada al anunciante para que en término de 15 días cese en la actividad publicitaria.

Sólo en caso que este no conteste, se opongá a la cesación o ésta no hubiera tenido lugar, puede el perjudicado ejercitar la acción (art. 26 LGP).

SECCIÓN II. COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN EL DERECHO PROCESAL CIVIL INTERNACIONAL ESPAÑOL

I. Consideraciones previas

299. Existen numerosas cuestiones en el análisis de los foros del sistema español de DIPr de CJI que se corresponden o tienen semejanza con el régimen analizado en los

¹⁰⁸¹AJM Madrid nº10, de 15 de diciembre de 2011 y el del 23 de febrero de 2012; el mismo asunto ante el TS, STS, Sala de lo Civil nº 304/2017, de 17 de mayo de 2017

¹⁰⁸²AJM nº5 de Madrid, nº6/2004 (*Hola Ediciones vs. Gala Ediciones S.L./España Ediciones*).

otros epígrafes del Derecho procesal civil internacional en el ámbito europeo e incluso en el ámbito del Derecho convencional, por ello, hay cuestiones que si bien no se omiten, se remiten a lo que se ha analizado en la Sección primera.

300. De otro lado, España no es parte de numerosos tratados internacionales en cuanto a la materia de CJI con terceros Estados, aparte del “Convenio suscrito con El Salvador en materia de CJI y reconocimiento y ejecución de resoluciones de sentencias en materia civil y mercantil”¹⁰⁸³, que puedan ser aplicados a la materia de la competencia desleal transfronteriza. Aparte de los Convenios bilaterales de reconocimiento y ejecución de resoluciones y actos judiciales que puedan existir y ser de aplicación en la materia, si existen.

301. Estos foros de CJI realizados por el legislador español, entonces, serán de aplicación, cuando los anteriores instrumentos no lo sean, como bien se sabe. Por último, se debe atender a la reforma que el legislador español realizó en los mismos, en el año 2015¹⁰⁸⁴.

II. Los foros de CJI en el ámbito del sistema de Derecho procesal civil internacional español

1. Los foros generales y de la autonomía de la voluntad para los litigios de competencia desleal transfronteriza

302. Ambos foros, -el foro general del domicilio del demandado y los foros de la sumisión expresa y tácita-, se analizan en este epígrafe de forma conjunta.

A. Foros de prórroga de competencia

Con respecto a los foros de las sumisiones (expresa y tácita) para la competencia desleal transfronteriza, pueden ser supuestos de laboratorio por su naturaleza porque en la mayoría de los supuestos tendrá aplicación el RBI *bis* desde que eliminó la consideración de domicilio en su redacción. Esto es, la virtualidad del artículo 22 *bis* (sumisión expresa y tácita) y del artículo 22 *ter* (domicilio del demandado) es, como lo ha sido desde la entrada de España en la CEE, muy limitada¹⁰⁸⁵. Así como las

¹⁰⁸³BOE nº 256, de 25 de octubre de 2001, pp. 39150-39153.

¹⁰⁸⁴La reforma realizada en los foros de CJI del sistema autónomo español se produce mediante la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, BOE, nº 174, de 22 de julio de 2015. La citada Ley entró en vigor el 1 de octubre del 2015 (disposición adicional séptima)

¹⁰⁸⁵Vid. J. M. ESPINAR VICENTE, *Derecho procesal civil internacional*, Madrid, La Ley (Guías de estudio), 1988, pp. 35-38; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ/M. VIRGÓS SORIANO, *Derecho procesal civil internacional...*, *op.cit.*; sobre los cambios operados por el legislador español, F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “La competencia judicial internacional en la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial”, *Diario La Ley*, nº8614, Sección Documento *on line*, 2015, pp. 1-11, esp. pp. 4-3, en donde el autor reconoce de forma precisa, como gran parte o toda la doctrina, el sin sentido del artículo

excepciones que deban tenerse en cuenta a la regla general, como contratos con consumidores, trabajadores y asegurados¹⁰⁸⁶.

303. Las novedades en este foro que afectarán a la competencia desleal como materia que tiene cabida en los mismos, han residido, por vez primera, en que el legislador español reconoce de forma expresa el efecto derogatorio de los acuerdos de elección de foro (*i.e.*: posibilidad de excluir la CJI de los tribunales españoles mediante la sumisión a un tribunal extranjero)¹⁰⁸⁷.

304. Tras la revisión operada de los foros, el legislador español establece primera vez, en el sistema de foros autónomos y de forma expresa la *derogatio fori* en el art. 22 *ter*, ap. 4º LOPJ. Con ello, la ha limitado al foro general y a los foros especiales por razón de la materia¹⁰⁸⁸.

Los tribunales españoles deberán suspender de oficio el procedimiento. Sin embargo, si el tribunal del tercer Estado declina su competencia, podrán volver a conocer del litigio con lo que, de esta forma, se evitan situaciones de infracción al derecho a la tutela judicial efectiva.

B. Foro general del domicilio del demandado

305. Acerca de los cambios en el foro general del domicilio del demandado, se ha seguido manteniendo a pesar de su falta de utilidad práctica. En el caso que el demandado tenga el domicilio en un tercer Estado, como bien se sabe, los tribunales españoles sólo pueden declararse competentes por otros foros, como los especiales por razón de la materia, sumisiones, etc, pero no en base al domicilio ni residencia habitual del demandado en un tercer Estado¹⁰⁸⁹.

306. Con la reforma operada en 2015, este foro contiene una novedad. Se incluye ahora que debe entenderse por domicilio de personas físicas en España en su

22 *bis* sobre acuerdos de sumisión (entre otros cambios operados en los foros); A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado...*, vol. 1, *op.cit.*, pp.337-339.

¹⁰⁸⁶ G. VITELLINO, “Chapter Twenty-Two. Consumer protection against unfair practices in cross-border food trade...”, *loc.cit.*, en A. LUPONE/C. RICCI/A. SANTINI (eds.), *The Right to safe food towards...*, *op.cit.*, p.439-440, en contratos de consumo que tengan relación con productos de alimentación.

¹⁰⁸⁷ J. M. ESPINAR VICENTE, *Tratado elemental de Derecho internacional...*, *op.cit.* p. 191; también el artículo 22 *bis* establece que, en materias que así se permita. Teniendo en cuenta esta afirmación, y siendo la competencia desleal, como ponemos de relieve en el texto, derecho dispositivo.

¹⁰⁸⁸ J. L. IGLESIAS BUHIGUES, “La competencia judicial internacional: el modelo español...”, *loc.cit.*, C. ESPLUGUES MOTA/J. L. IGLESIAS BUHIGUES /G. PALAO MORENO, *Derecho internacional privado...*, *op.cit.*, p. 162.

¹⁰⁸⁹ Vid. R. ARENAS GARCÍA, “Competencia territorial y competencia judicial internacional en el mercado de la competencia...”, *loc.cit.*, pp. 19-20.

apartado 2º (art. 22 *ter*, 2º). Para ello, se entiende que una persona física tiene el domicilio en España cuándo tenga también su residencia habitual según lo establecido en el art. 40 CC¹⁰⁹⁰.

La mayor parte de la doctrina ha considerado que se puede caer en el peligro de considerar que es una noción de hecho y adquirir un perfil “jurídico administrativo” si se le añade el calificativo de “legal” al término domicilio.

307. Según también lo establecido en la *lex fori* española (art. 50.3 LEC¹⁰⁹¹) debe atenderse a tres criterios para poder determinar qué es domicilio a efectos procesales: residencia efectiva, habitualidad, y que el lugar sea un centro de intereses.

Es un lugar dónde se desarrolla la “actividad económica” y/o “actividad profesional”, siendo al mismo tiempo, el mercado español, dónde las partes se encuentran compitiendo¹⁰⁹².

308. Cuestión diferente es si el competidor o competidores (desleales) no tienen el domicilio en ningún Estado de la UE (ni filiales ni sucursales¹⁰⁹³) en donde podría entrar en juego el foro de la obligación extracontractual sólo si el acto comercial desleal ha sucedido en España.

309. Otro posible foro de aplicación será el foro de conexidad procesal que ha sido introducido en la LOPJ. La característica del foro de la conexidad en el derecho autónomo es que se podrá demandar a todos los infractores y competidores desleales, siempre y cuando se ejercite una sola acción o varias entre las que exista un nexo importante y vínculo con la acción en territorio español¹⁰⁹⁴.

310. En este supuesto, su inclusión ha sido bienvenida puesto que ha resuelto como dice la doctrina, una laguna importante. Aunque no se entiende porque no se ha incluido en la redacción la lógica seguida por el legislador europeo en el ámbito del RBI *bis* y se ha confeccionado con un criterio de corte doméstico, el contenido en el art.

¹⁰⁹⁰Cf. art. 40 CC que delimita el concepto de residencia habitual en el derecho español; residencia habitual debe ser entendida como el domicilio de las personas naturales. Si bien es cierto que el precepto deja lugar a interpretar que existen otros tipos de domicilios, como puede ser el domicilio fiscal o el diplomático/consular. Pero, que no interesan para este análisis; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “La competencia judicial internacional en la reforma de la Ley Orgánica del Poder...”, *loc.cit.*, p. 6, que determina que la nueva redacción podía haber seguido la misma terminología que el RBI *bis*.

¹⁰⁹¹R. ARENAS GARCÍA, “Competencia territorial y Competencia judicial internacional en el marco de la competencia...”, *loc.cit.*, p.17.

¹⁰⁹²*Vid.* Art. 50 LEC que determina los requisitos procesales.

¹⁰⁹³*Vid.* sobre el criterio de la sucursal, agencia o establecimiento, art. 22 *quinquies c*.

¹⁰⁹⁴*Ibid.* El foro de la pluralidad de demandados se prevé en el RBI *bis*, incluso para demandados que no están domiciliados en la UE.

72 LEC¹⁰⁹⁵, que determina los criterios para los supuestos en el ámbito doméstico de litisconsorcio pasivo y limita su uso abusivo.

2. Particularidad en los litigios de competencia y publicidad desleal en competencia territorial: el artículo 52.1.12 LEC y falta de sintonía con el foro de la obligación de tipo extracontractual

311. Antes de comentar el uso de los foros de CJI de producción interna, queremos mencionar la especialidad de la competencia desleal en cuestiones de competencia territorial. Incluso a sabiendas que sólo se determinará cuándo se haya determinado la CJI¹⁰⁹⁶.

A. Criterios específicos de competencia territorial

312. Los criterios de competencia territorial para la competencia y publicidad desleal fueron introducidos por primera vez en el sistema jurídico español en el ámbito de la antigua LCD 1991 en el *ex. art.* 23 LCD, que en principio iban en relación con lo establecido en el *ex. art.* 4 LCD como norma de conflicto unilateral.

Esta norma determinaba que cuándo el mercado español se viera afectado por el acto o actos comerciales desleales (con independencia de donde se hubiere producido) sería de aplicación a la controversia el derecho español de competencia desleal¹⁰⁹⁷.

313. Cuándo el art. 23 LCD 1991 se traslada a la LEC, se traslada de una ley material especial a la ley general procesal. Este aspecto no la hizo perder su carácter de norma “especial” de competencia territorial¹⁰⁹⁸. Lo que sí cambió fue su carácter dispositivo en cuanto se dejaba a total discreción del demandante la elección del foro territorial¹⁰⁹⁹.

¹⁰⁹⁵ *Ibid.* Para el autor, el silencio del legislador español resulta un absurdo o un olvido, puesto que entonces el foro español parece tener mayor alcance para domiciliados en la UE que para los de terceros Estados.

¹⁰⁹⁶ *Vid.* R. ARENAS GARCÍA, “Competencia territorial y competencia judicial internacional...”, *loc.cit.*, p. 19.

¹⁰⁹⁷ M. VIRGÓS SORIANO, *El comercio internacional en el nuevo derecho de la competencia desleal...*, *op.cit.*; P. RODRIGUEZ MATEOS, *Sistema de mercado y tráfico internacional de mercancías...*, *op.cit.*; P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, “Comentario al asunto Delinas: Jurisprudencia española y comunitaria de Derecho internacional privado. Derecho del comercio internacional. Competencia desleal. Propiedades inmateriales. Delimitación competencia desleal/propiedades inmateriales...”, *loc.cit.*; A. FONT SEGURA, *La protección internacional del secreto empresarial...*, *op.cit.*

¹⁰⁹⁸ Que fue derogado por la Disposición Derogatoria única nº11, de la LEC 2000; S. BARONA VILAR, *Competencia desleal. Tutela jurisdiccional (especialmente proceso civil)...*, t. II..., *op.cit.*, p. 1054 y p. 1059.

¹⁰⁹⁹ Sobre este control de oficio de forma exhaustiva, *ibid* (BARONA VILAR pp. 1075-1095); C. ESPLUGUES MOTA, “Aspectos de Derecho internacional privado de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, de 7 de enero de 2000”, *RD*, nº1, 2002, pp. 1-43, esp. pp. 9-10.

314. El artículo contenía y contiene una serie de criterios, entre ellos, el criterio de los efectos (ahora en el art. 52 LEC): “cuándo el demandado no tenga su domicilio en territorio español el lugar donde se haya realizado el acto de competencia desleal o donde se produzcan sus efectos ...”.

315. En cuanto a su utilidad, se ha llegado a considerar un foro de ataque por la doctrina, poco útil en cuanto si los tribunales españoles carecen de CJI ni siquiera se podría plantear la competencia territorial, no pudiendo subsanarse ni mediante el criterio de los efectos, puesto que este criterio desaparece en el ámbito de la ley aplicable cuando el artículo 4 de la LCD se cambia por la transposición de la DPCD y como consecuencia del establecimiento del RR II y su norma especial en materia de competencia desleal, el artículo 6 apartados 1º y 2º¹¹⁰⁰.

316. Los otros criterios del precepto son: el criterio del establecimiento del demandado y el domicilio o lugar de residencia (este último opera en caso de no conocer el domicilio)¹¹⁰¹ y sino lo tuviere en “territorio español” el *lugar donde se cometió el acto comercial desleal* (que viene siendo el equivalente al *forum delicti commissi*) o *donde se produzcan los efectos del acto comercial* (que viene siendo el equivalente al *forum loci damni*)¹¹⁰² siempre y cuando se produzcan en territorio español.

Haría falta añadir que los efectos sustanciales se refieren a cuándo el acto de competencia desleal que ha comenzado en el extranjero (en litigios con elemento extranjero) produce sus efectos en el mercado español (criterio *de minimis*)¹¹⁰³.

317. Por ello, sobre el “criterio de los efectos” existen muchas críticas que vienen dadas con razón. El intérprete de la norma muchas ocasiones no le queda claro cuándo puede usar un criterio u otro. Se ha discutido también si estos foros son alternativos o no¹¹⁰⁴.

¹¹⁰⁰ Vid. R. ARENAS GARCÍA, “Competencia territorial y competencia judicial internacional...”, *loc.cit.*, p. 23.

¹¹⁰¹ *Ibid.* p.1060 (BARONA VILAR), obviando que existe la conjunción disyuntiva “o”.

¹¹⁰² *Ibid.* p.1061 (BARONA VILAR), para la autora los criterios son una combinación de fueros subsidiarios (concurrentes y sucesivos) como ha puesto de manifiesto la jurisprudencia.

¹¹⁰³ Por ejemplo, SAP B 14999/2006, FJ 1º y 2º, aunque en materia de ley aplicable, relativo al artículo 4 LCD, explica esta característica del “criterio de los efectos” sostenido por el legislador español.

¹¹⁰⁴ Vid. R. ARENAS GARCÍA, “Competencia territorial y competencia judicial internacional en el marco de la competencia desleal...”, *loc.cit.*, p. 19, sobre el debate parlamentario de este aspecto mientras se redactaba la LCD 1991 que dejaba claro que se quería dar prioridad y la opción al demandante entre varios juzgados competentes para conocer de las reclamaciones por competencia desleal. N. DÍAZ MÉNDEZ, “La competencia territorial en los juicios en materia de competencia desleal”, *La Ley*, nº2, 1993, pp. 980-982, que presentó una opinión contraria pero perjudicial para los derechos del demandado en los procedimientos por competencia desleal.

No son alternativos aunque la conjunción disyuntiva “o” pueda dar lugar a equívocos. Son foros jerarquizados, y si se no se cumple el primero, la selección debe procederse de forma ordenada hasta llegar al último criterio (el de los efectos en el mercado español).

B. Teorías sobre la extensión de los criterios de competencia territorial a la CJI

318. Tampoco queda claro la consideración de “efectos” en el mercado, teniendo en cuenta que el criterio de la disciplina, más que el de los efectos se constituye como el del mercado afectado evitando la confusión y la multiplicidad de foros.

Aparte de la falta de coordinación entre ambos preceptos (el foro de CJI y el foro de competencia territorial) que tienen función diferenciada, al menos, en el sistema español de competencia¹¹⁰⁵.

319. No obstante, como sostienen CALVO CARAVACA/CARRASCOSA, en aquellos supuestos en los que el foro de CJI como sucede en el artículo 22 *quinquies* de la LOPJ, en los que no existe norma de competencia territorial interna, se puede aplicar el mismo foro para determinar la competencia territorial, y las de corte general de la LEC. En supuestos de competencia desleal al existir una norma especial de competencia territorial, se observa que no sería necesario acudir a esta técnica establecida por la tesis alemana¹¹⁰⁶.

320. Los sistemas dualistas reconocen diferentes funciones para las normas de CJI y las normas que delimitan la competencia territorial¹¹⁰⁷. Si el legislador español hubiese deseado lograr este resultado, esto es, que la norma de competencia territorial sirviese para delimitar/suplir las lagunas del foro, haciendo esta labor subsidiaria en supuestos de competencia desleal transfronteriza.

321. Sin embargo, al introducir el precepto en la ley procesal general todavía se aumentó en mayor medida dicha separación en la función de ambas normas¹¹⁰⁸.

¹¹⁰⁵A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado (vol. I)*..., *op.cit.*, pp. 131-133 y pp 348-350.

¹¹⁰⁶*Ibid.*, p. 349.

¹¹⁰⁷Vid. M. AMORES CONRADI, “La nueva estructura del sistema español de CJI en el orden civil: artículo 22 LOPJ”, *REDI*, vol. XLI, nº1, 1989, pp. 131-156; A. L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASOCA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado (vol. I)*, ..., *op.cit., supra*, los autores si consideran que en determinados casos, como bien pudiera ser el de la competencia desleal por el uso del foro del artículo 22 *quinquies* LOPJ si cabe que se precise la competencia territorial en cuanto este foro determina “lugar” si no existe norma de competencia territorial que la otorge en la LEC

¹¹⁰⁸M. VIRGÓS SORIANO/F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional*..., *op.cit.*, p. 383; “a. Que la CJI es un presupuesto procesal autónomo distinto del de

322. Sin embargo, ha existido siempre controversia en relación a este particular. Todo parte de considerar que el foro de la obligación extracontractual que no tiene un criterio específico para supuestos de competencia desleal transfronteriza (ni para ningún tipo de obligación extracontractual) pueda ser, en cierta medida, “cubierto” o interpretado en estos supuestos por los criterios establecidos en la norma especial de competencia territorial.

323. Para evitar problemas de interpretación entre la función de las normas de competencia territorial especial y las normas de CJI en supuestos de competencia desleal transfronteriza la doctrina *ius* internacionalista consideró las siguientes precisiones.

324. En primer lugar, el artículo 52.1.12ª LEC cumple la función de delimitar sólo la competencia territorial (el “lugar” entendiendo lugar como “mercado español”).

En segundo lugar, al ser un sistema dualista (a diferencia de otros sistemas procesales como es el sistema procesal alemán¹¹⁰⁹) si el foro de las obligaciones de tipo extracontractual como es el de la competencia desleal transfronteriza, establecen también que el juez es competente de forma internacional cuándo sea el juez del “lugar del hecho dañoso”, entenderemos que será el del “mercado afectado” también, alineándolo con lo dispuesto en el foro de competencia territorial y no dejar en

competencia territorial, por lo que no cabe trasladar automáticamente las soluciones previstas en esta sede al ámbito de aquélla”; A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Un Convenio internacional perdido y hallado en las Islas Baleares: Reflexiones sobre el control de oficio de la competencia judicial internacional y las fuentes del Derecho internacional privado español”, *CDT*, vol. 9, nº 1, marzo 2017, pp. 366-382, p. 382; en materia de competencia desleal, S. BARONA VILAR, *Competencia desleal. Tutela jurisdiccional (especialmente proceso civil)...*, t. II..., *op.cit.*, pp. 1051-1098; R. ARENAS GARCÍA, “Competencia territorial y competencia judicial internacional en el marco de la competencia desleal”, *Derecho de los Negocios*, vol. 10, nº 103, 1999, pp. 16-23, no obstante, la problemática de este artículo fue erradicada. Problemática relativa a sí había que entender que el artículo 23 determinaba no sólo la competencia territorial sino si podía ser usado para determinarla en supuestos transfronterizos de competencia desleal, teniendo en cuenta que el *ex. 4* LCD 1991, representaba la norma de conflicto unilateral y el criterio de cuando el mercado “español” resulte afectado coincidía. De forma contraria se mostraba A. FONT SEGURA, *La protección internacional del secreto...*, *op.cit.*, p. 154, que no concebía una interpretación extensiva del *ex. art. 23* puesto que no consideraba su aplicación para la determinación de la CJI sino sólo territorial. Sobre los cambios acontecidos en este particular y los problemas del asunto REPSOL, R. ARENAS GARCÍA, “Competencia judicial internacional y demandas por competencia desleal. El retorno del Imperialismo...”, *loc.cit.*, pp. 1001-1009, “Ahora bien, este planteamiento ya no es defendible tras la LEC puesto que en ella la normativa sobre competencia territorial en materia de competencia desleal claramente se ubica en una regulación diferenciada de la de la competencia judicial internacional (...)”.

¹¹⁰⁹Es cierto que, como estableció ARENAS GARCÍA, la regulación diferenciada de la CJI y de la competencia territorial puede plantear ciertas dificultades en la articulación procedimental de unas y otras en algunos supuestos internacionales. De hecho, es un problema cuándo existiendo CJI no se ha podido determinar la competencia territorial de los tribunales de un Estado pudiendo subsanarse; A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado (vol. 1)*, ..., *op.cit.*, p. 349.

situación de indefensión a las partes que busquen ante los tribunales españoles su derecho al ejercicio de acciones en esta materia, cuando realmente sea el mercado español el afectado.

325. De esta forma, los partidarios de esta solución pretenden solventar la “laguna axiológica” del ahora art. 22 *quinquies* b. El *forum loci damni* establecido en uno de los criterios del artículo 52.1.12º LEC se conecta y coincide con el foro de CJI de las obligaciones extracontractuales del artículo 22 *quinquies* b.

Parece claro que, al menos, el foro de competencia territorial sí está aunando los criterios clásicos de la disciplina deben ser también establecidos en sede de CJI y aunque su función es diferente puede considerarse complementaria en cuanto si el *forum loci damni* coincide con el criterio de la CJI, tal laguna puede ser salvaguardada.

327. De esta forma, se evita que ciertos demandantes tengan a su disposición la batería de foros para poder interponer la demanda en cualquier parte en detrimentos de los derechos procesales del demandado (o prevenir el *bad fórum shopping*).

De otro lado, en el artículo de los foros de tipo territorial para los supuestos de competencia desleal y, como ya fue puesto de relieve por la doctrina, no existe la posibilidad *de lege lata* para aquellos supuestos de clausulas de sumisión expresa.

328. Existe todavía en este aspecto un problema la hora de determinar la competencia territorial que está todavía irresuelto puesto que además no contamos con jurisprudencia para poder apreciar una posible solución práctica dada por los tribunales españoles.

En el supuestos de la sumisión tácita, podría usarse el foro autónomo de CJI de la sumisión tácita para otorgar competencia territorial al tribunal español (al revés de lo que sucede si usamos el foro de la competencia territorial para otorgar CJI al juez)¹¹¹⁰. De momento, este aspecto este abierto y no es todavía pronto para interpretarlo de una forma u otra.

329. La acumulación de acciones que es otro de los aspectos controvertidos en el solapamiento entre la LCD y los cuerpos de normas relativos a la PI es una opción que los demandantes tienen a su alcance (art. 53 LEC, que lo resuelve por pluralidad

¹¹¹⁰R. ARENAS GARCÍA, “Competencia territorial y competencia judicial internacional en competencia...”, *loc.cit.* p.20, en este caso, advierte el autor que se haría sólo para limitar la posible elección del demandante a la hora de elegir; de forma general para todo tipo de supuestos, M. AMORES CONRADI, “La nueva estructura del sistema español de competencia judicial internacional en el orden civil...”, *loc.cit.*

objetiva y subjetiva)¹¹¹¹, por ser bastante común¹¹¹²; se permite bajo la regla del artículo 52.1.12ª LEC en concordancia con la regla 11ª (propiedad intelectual) y la regla 13ª (patentes y marcas); así como en el ámbito del Derecho material está permitida en el art. 32 LCD¹¹¹³.

En estos casos, lo más importante es preservar la “unidad del procedimiento” mediante el proceso único.

3. La aplicación del foro de las obligaciones extracontractuales en supuestos de competencia desleal transfronteriza a la luz del asunto REPSOL c. YPF Argentina

330. Para analizar los problemas que la disciplina tiene en el ámbito del Derecho procesal civil internacional español puede y debe traerse a colación el asunto *REPSOL c. YPF Argentina*, como ejemplo relevante, siendo de los pocos asuntos más recientes que nuestra jurisprudencia tiene en competencia desleal transfronteriza en el uso del foro español de CJI en obligaciones de tipo extracontractual¹¹¹⁴.

¹¹¹¹*Ibid.* p 1062. El fundamento de la acumulación se asienta en la doble idea de la justifica y la efectividad, que no siempre siguen caminos parejos. La acumulación de objetos y pretensiones, que el objeto procesal se compone de tres elementos identificadores, siendo sujetos del proceso, causa de pedir y *petitum*. Se convierte en una posibilidad de tramitar un único procedimiento, con una única sentencia, dos o más pretensiones-objetos; En la jurisprudencia también hubo controversia en cuanto si el artículo 125.2 LP cumplía la función de delimitar los foros territoriales en materia de competencia desleal; por ejemplo, STS Sala 1ª de lo Civil, 13/06/2008. Frente al artículo 23 LCD, el art. 125. 2 LP tenía carácter de *ius cogens*, el cual impone un férreo control de competencia al juzgador.

¹¹¹²Como ejemplo y de solapamiento en un asunto de competencia desleal transfronteriza y de infracción de marca sustanciado ante los tribunales españoles, SAP Madrid (Sección 14ª) de 3 de septiembre de 2003, asunto *Prêt a Manger c. Delinas*; P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, “Comentario al asunto Delinas:Jurisprudencia española y comunitaria de Derecho internacional privado. Derecho del comercio internacional. Competencia desleal. Propiedades inmateriales. Delimitación competencia desleal/propiedades inmateriales ...”, *loc.cit.*, p. frente a la imitación del signo distintivo resultada de aplicación la LM y no la LCD

¹¹¹³R. BELLIDO PENARÉS, “La acumulación de acciones en Derecho de la competencia y sectores concurrentes (Antecedentes y regulación...)”, *loc.cit.*, defendiendo la acumulación de acciones y pretensiones en procesos como los precitados por su similitud y la conexidad en el objeto y la causa de pedir; J. MASSAGUER FUENTES, “Las medidas cautelares en la ley de competencia desleal”, *RDM*, nº 206, 1992, pp. 731-766.

¹¹¹⁴A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Competencia judicial internacional y competencia desleal a la luz del caso REPSOL v. YPF”, *Revue internationale de droit processuel*, nº1, vol. 4, 2014, pp. 4-30; R. ARENAS GARCÍA, “Competencia judicial internacional y demandas por competencia desleal...”, *loc.cit.*; interesa también, el artículo de opinión en prensa de J. CREMADES, “Sea firme, señor Brufau”, disponible en: http://economia.elpais.com/economia/2013/11/08/actualidad/1383916914_085067.html (fecha de acceso:18 de mayo de 2015); C. I. CORDERO ALVÁREZ, *Litigios internacionales sobre difamación y derechos de la personalidad...*, *op.cit.*, pp. 158-159: “no es fácil encontrar jurisprudencia española en la que el tribunal haya fundamentado exclusivamente su competencia judicial internacional en el art. 22.3 regla 8ª LOPJ, pues en los casos en los que se ha aplicado la competencia de los tribunales españoles hubieran podido igualmente fundarse en el art. 22.2. LOPJ sin que hubiera alterado el resultado; J. M. ESPINAR VICENTE, *Tratado Elemental de Derecho ...*, *op.cit.*, pp. 31-37.

331. Resumen de los hechos. REPSOL llevó a los tribunales españoles a la empresa ya nacionalizada como argentina YPF en el año 2013 por presuntos actos de competencia desleal. Tras años de inversión económica, por parte de REPSOL en la empresa YPF Argentina, fue expropiada de la mayoría de la participación de acciones de la empresa YPF por el gobierno argentino. El problema se suscitó por la lucha, no sólo con la empresa YPF ya nacionalizada argentina, sino también contra terceros competidores en el mercado global de hidrocarburos, por el mayor yacimiento de hidrocarburos hasta el presente momento hallado en el mundo, el yacimiento de Vaca Muerta sito en la provincia de Neuquén (Argentina). Antes de la expropiación y gracias a esta participación mayoritaria en el control de la empresa YPF, REPSOL había logrado descubrir con su propia inversión económica el yacimiento así como había invertido en maquinaria y otros mecanismos para su debida explotación.

Tras la expropiación realizada por el gobierno argentino, que se consideró de dudosa legalidad por REPSOL, en cuanto quedaba despojado de las mismas condiciones en el acceso al control de la posible explotación del yacimiento argentino, y el ofrecimiento de la explotación del yacimiento a terceros competidores en el mercado, REPSOL interpuso demanda en España contra los actos de competencia desleal basándola en el ilícito de la adquisición de ventaja competitiva mediante infracción administrativa. Así como también varias demandas en otros países, entre ellos Estados Unidos¹¹¹⁵. Así mismo, interpuso también demanda arbitral ante el CIADI por la reclamación del justiprecio en relación a la expropiación del gobierno argentino de su participación mayoritaria de acciones en YPF, por considerarlo una infracción del “Tratado bilateral de inversiones entre España y Argentina”.

332. En principio, parece que fue la expropiación el motivo y detonante de numerosos problemas como se expone en los dos apartados posteriores.

La batalla legal de REPSOL contra los terceros competidores en el mercado global de hidrocarburos, contra YPF Argentina y contra el mismo gobierno Argentino por la expropiación, no sólo se libró ante los tribunales españoles, sino en tribunales de terceros Estados, especialmente en Nueva York¹¹¹⁶. El análisis se centra sólo en el Auto del Juzgado de lo mercantil nº1 de Madrid, ante el cual fue interpuesta la demanda por REPSOL por ser el foro de la responsabilidad extracontractual bajo lo establecido en el sistema de Derecho procesal civil español¹¹¹⁷.

¹¹¹⁵ Vid. Sección primera, apartado relativo al foro de la obligación de tipo contractual, en donde se comentó la demanda que establece en Nueva York el grupo REPSOL c. BRIDAS por *tortious interference*, en las negociaciones sobre la adquisición del yacimiento de Vaca Muerta.

¹¹¹⁶ REPSOL también demandó a CHEVRON Co., CHEVRON USA Inc., CHEVRON Argentina, BRIDAS Int., y BRIDAS ENERGY HOLDING Ltd., en los tribunales norteamericanos, en concreto en Nueva York, siendo este tribunal el correspondiente con el del domicilio del demandado.

¹¹¹⁷ Vid. AJM nº1 de Madrid, nº 23/2013, de 5 de julio de 2013. El procedimiento acabó en resolución extrajudicial entre las partes, siendo este Auto el único a analizar en relación a los aspectos de competencia desleal transfronteriza. Existe otro AJM nº12 de Madrid, nº 528/2012 en donde REPSOL demandaba a CHEVRON USA INC, CHEVRON CORPORATION y CHEVRON ARGENTINA y el procedimiento nº17/2013, de REPSOL c. BRIDAS INTERNACIONAL, S.A y BRIDAS ENERGY

A. Problemas de aplicación

333. El Auto resulta de interés para la disciplina en todos los aspectos. No sólo por la aplicación del art. 22.3.8 LOPJ (ahora, el art. 22 *quinquies* b tras la reforma del año 2015) y los problemas que puedan ser típicos en este foro como son el *bad forum shopping* y el *forum actoris* y su relación con el *favor laesi*.

Se ponen de relieve otros aspectos importantes en relación al ámbito procesal para la función y objetivos de la disciplina. Por ejemplo, la aplicación e interpretación del artículo ya explicado de competencia territorial (art. 52.1.º12ª LEC); el uso de la declinatoria internacional; y los diversos problemas de interpretación acerca del *forum-ius* (entendiendo también que los excesos de su aplicación pueden derivar en una praxis poco recomendada como la creación del *forum legis*). Así como ciertos aspectos relativos a otro fenómeno de tipo procesal: el *forum necessitatis*, cuando realmente se impida el acceso a la justicia en otros foros que sí eran los competentes para conocer del asunto.

334. Tras la demanda interpuesta por REPSOL ante el juzgado español, el demandado (YPF Argentina) contestó a la demanda interponiendo a su vez declinatoria internacional siguiendo lo establecido por la *lex fori* española, de conformidad con los artículos 63 a 66 LEC. E intentó impugnar la CJI del juez español¹¹¹⁸.

Tanto la declinatoria como los argumentos realizados por el juez de lo mercantil en el Auto desestimando la misma resultan de interés. El juzgador rechazó los argumentos esgrimidos por la representación procesal de la demandada, por el uso procesal que le reprocha que realiza de esta figura procesal. Finalmente, se declara competente tanto internacional como territorialmente en base al “criterio de los efectos” (pero usando el criterio del art. 52.1.12ª LEC).

HOLDING Ltd. (Fundamento de Hecho 7ª Auto nº23/2013, en donde REPSOL solicitaba al juez, la acumulación de procedimientos).

¹¹¹⁸ Sobre el contenido de la declinatoria de tipo internacional en el sistema autónomo y cuándo todavía sólo existía una construcción jurisprudencial de la misma; J.M. SANTOS VIJANDE, *Declinatoria y “Declinatoria internacional”. Tratamiento procesal de la Competencia judicial internacional*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 1991; en cuestiones de Derecho procesal civil tras la reforma de la LEC 2000, R. ARENAS GARCÍA, “Falta e impugnación de la competencia judicial internacional en la LEC (2000)”, *AEDIPr*, t.I, pp. 155-199, pp. 189-196; C. ESPLUGUES MOTA, “Aspectos de Derecho internacional privado de la nueva ley...”, *loc.cit.*, p. 19; sobre los aspectos de la declinatoria en el auto, A.L.CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLES, “Competencia judicial internacional y competencia desleal...”, *loc.cit.*, p. 29.

335. Entendiendo que, el acto comercial desleal que había empezado y se estaba realizando desde un tercer Estado podría tener efectos directos y sustanciales en el mercado español. Sin embargo, la parte demandada y su representación procesal consideraban que el español no tenía atribuida la CJI mediante el art. 22.3.8ª LOPJ (ni tampoco competencia territorial por las reglas del art. 52.1.12ª LEC).

336. Una de las razones era que consideraban que la parte demandante lo que realmente buscaba con la interposición de la demanda ante la jurisdicción español era que la búsqueda de la declaración de ilegal a la expropiación llevada a cabo por el Gobierno argentino. Esto es, estaban acusando a la parte demandante de una maniobra torticera, y de un posible fraude procesal (FD 2º). En cuanto, tanto el *petitum* como la *causa petendi* de la demanda, no se ajustaban a lo establecido en el ámbito de la LCD española siendo sus pretensiones verdaderas otras¹¹¹⁹.

337. Si se analiza bien el Auto, se llega a la conclusión que este planteamiento realizado por la representación procesal del demandado no llega a ser del todo correcto, en cuanto el contenido del *petitum* de la demanda de REPSOL era la solicitud de acciones de cesación y paralización de la presunta conducta comercial desleal (ofrecimiento de los activos descubiertos por REPSOL antes de la expropiación en el mercado de hidrocarburos a terceros competidores sin tener las mismas oportunidades que estos terceros para poder acceder a la explotación del yacimiento).

338. Así como la *causa petendi* que alegaba no era la ilegalidad de la expropiación llevada a cabo por el gobierno argentino (aunque en principio tuviese que tenerse en cuenta, al haber alegado la “infracción de leyes”¹¹²⁰) sino los actos y el comportamiento posterior de la empresa YPF tras la expropiación teniendo en cuenta que REPSOL había gozado de una participación mayoritaria en este empresa durante años (y no, del gobierno argentino). Todo ello, de conformidad con lo establecido en el art. 2 LCD¹¹²¹.

339. En lo que concierne al foro del *ex. art.* 22.3.8ª LOPJ (ahora art. 22 *quinquies* b), el demandado alega que el juez español no ha tenido en cuenta la “teoría de la ubicuidad” desarrollada para los ilícitos cometidos a distancia, entendiendo que tanto el lugar de producción del daño como el lugar de la manifestación de los efectos

¹¹¹⁹Sobre las cuestiones puramente procesales de *petitum* y *causa petendi* en procedimientos que tienen por causa actos o prácticas comerciales desleales, S. BARONA VILAR, *Competencia desleal. Tutela jurisdiccional...*, t. I, *op.cit.*, pp. 275-292; R. BELLIDO PENADÉS, “La acumulación de acciones en Derecho de la competencia y sectores concurrentes...”, *loc.cit.*

¹¹²⁰*Vid. infra* siguiente apartado B.b.2.

¹¹²¹*Vid.* S. BARONA VILAR, *Competencia desleal (Doctrina y jurisprudencia)*, ... *op.cit.*, pp. 104-105.

son lugares aptos para que el demandante pueda interponer la demanda cuándo los daños son ubicuos (teoría que fue analizada en el epígrafe del art. 7.2 RBI *bis*).

340. En el Auto se aporta parte de la extensa y más relevante jurisprudencia del TJUE en la materia, pero sin olvidar que es una interpretación sobre el art. 5.3 CB 1968 y posterior RBI.

341. De acuerdo con lo analizado de forma anterior en el presente capítulo, la competencia desleal transfronteriza se presume que no sigue la “teoría de la ubicuidad” en ilícitos a distancia¹¹²², sino y aunque no esté de forma explícita determinado en los preceptos, tiene su propia regla para determinar la CJI: el “criterio del mercado afectado”, que previene de un mal uso de los foros de la obligación extracontractual en ilícitos de tipo ubicuo y mosaico. Para estos últimos, cabe la aplicación del criterio de los efectos en la teoría del mosaico, pudiendo evitar así el *bad forum shopping* y el *forum actoris* injustificado¹¹²³.

343. En segundo lugar, estas teorías nacen del TJUE para interpretar, como bien se sabe, los foros de CJI de instrumentos que son bilaterales y distributivos¹¹²⁴. El art. 22 LOPJ es un artículo de CJI de corte atributivo y unilateral que se ha configurado atendiendo a los valores y principios sistema jurisdiccional español¹¹²⁵.

¹¹²²No obstante, el ilícito puede observarse como simple, dado que tanto el hecho generador como los efectos directos, se desarrollaron en un solo mercado, el mercado de Argentina, A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Competencia judicial internacional y competencia desleal...”, *loc.cit.*, p. 29

¹¹²³*Ibid.* (CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ), pp. 17-29; Cabe volver a recordar lo establecido (aunque para una infracción al Derecho de la competencia europeo y para el art. 5.3 RBI) por el AG sr. N. Jääskinen en el asunto del Cártel del Peróxido (CDC), pto. 50: “Podría ser útil tener en cuenta todos los lugares en los cuales el mercado se ha visto afectado por la infracción del artículo 101 TFUE, dado que la finalidad de las normas del Derecho de la competencia es salvaguardar el buen funcionamiento de la actividad económica y no proteger los intereses individuales de una determinada sociedad” (como se analizó en la primera sección, el foro puede ser adecuado a ilícitos mosaico por competencia desleal B2C, donde los intereses que se tutelan no sean sólo los de los consumidores, sino los de la economía de mercado en general).

¹¹²⁴*Vid.* A.L.CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Competencia judicial internacional y competencia desleal...”, *loc.cit.*, pp. 17-28; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho internacional privado...*, *op.cit.*; J. L. IGLESIAS BUHIGUES, “La competencia judicial internacional: el modelo español de competencia judicial internacional de origen convencional y estatal”, en C. ESPLUGUES MOTA/J. L. IGLESIAS BUHIGUES/G. PALAO MORENO, *Derecho internacional privado*, 9ªed., Valencia, Tirant Lo Blanch, 2015, pp. 101-173, pp. 157-158 .

¹¹²⁵Art. 24 de la CE y el art. 6 del CEDH (del que España es parte, BOE n 243, 10 octubre de 1979); F. J. GARCIMARTÍN / M. VIRGÓS SORIANO, *Derecho procesal civil internacional...*, *op.cit.*; A.L.CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado...*, vol. 1, *op.cit.*, pp.338-342; id., “Competencia judicial internacional y competencia desleal...”, *loc.cit.*, pp. 11-14; J. C. FERNÁNDEZ ROZAS/S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado...*, *op.cit.* p. 262: “no hay que olvidar que el sistema autónomo de competencia judicial internacional es estatal y, en consecuencia, no se haya limitado por normas de fuente internacional a la hora de proteger intereses puramente estatales”, *id.*, p. 102: “Finalmente, la existencia en nuestro ordenamiento constitucional de

344. Debiendo realizarse una interpretación autointegradora de estos foros con el sistema de valores jurídicos español. Sobre este particular, también existen voces contrarias en la Doctrina que siguen las teorías alemanas que consideran que si un legislador nacional se ha inspirado en un texto internacional, cabe la interpretación de conformidad con dicho texto y no con los valores del ordenamiento nacional¹¹²⁶.

345. Este aspecto implica que no otorga CJI a los tribunales de terceros Estados sino sólo a los tribunales españoles por lo que no deberían extrapolarse dichas teorías sin adaptación al sistema autónomo español, al menos *in stricto sensu*. El TJUE estaba interpretando las mismas para foros que reparten CJI a más de un tribunal de un EM.

346. En cuanto a los asuntos de competencia desleal transfronteriza, si se aplica el criterio del “mercado afectado” en España, el resultado es obvio: tiene que ser el mercado español y ningún otro el que debe resultar afectado, puesto que los foros españoles de CJI sólo otorgan competencia a los tribunales españoles, y así se desprende de la redacción del foro (cuando el hecho haya sucedido en España)¹¹²⁷.

347. Si se hace una lectura detenida del Auto puede verse que el juez *a priori* parece haber considerado que tenía CJI en un presunto *favor laesi* basado en la nacionalidad del demandante y, por ende, haber aceptado un *forum actoris*. Esta interpretación se debe a que atendiendo al espíritu del art. 22.3.8 LOPJ el legislador español estableció que “cuándo el hecho del que se derive la responsabilidad

determinados valores materiales protegidos obliga, como ya señalábamos a la formulación y correcta interpretación funcional de foros de protección de dichos valores (...); p. 253; “Así, lo pone de relieve Virgós Soriano respecto a la interpretación de los foros de competencia que debe ser en todo caso una “interpretación contenida” que sea conforme al artículo 24 CE, en concreto, a las garantías de acceso a la justicia y los derechos de defensa, esto es, conforme a los principios propios de auto-integración del sistema español de competencia judicial internacional. Ello implica como señala el autor citado que, por ejemplo, sean incompatibles con nuestro sistema determinados foros, o la interpretación que aboque a un resultado contrario al principio del proximidad del supuesto con el ordenamiento español”; J. J. ALVÁREZ RUBIO, “La necesaria reforma del sistema español de Derecho interregional”, *Curso de Derecho internacional de Vitoria (Ponencia)*, Vitoria, 1997, pp. 275-321; aunque sobre el antiguo sistema de foros, todavía es válida la opinión de M. AMORES CONRADI, “La nueva estructura del sistema español de CJI en el orden civil: artículo 22 LOPJ...”, *loc.cit.*, pp. 154-155, que destaca que, la función del sistema de CJI autónomo, se ve mediatizada por la necesidad de tener en cuenta la existencia de valores y principios jerarquizados supra ordinarios de orden constitucional, con lo que resulta que para saber si existe o no CJI atribuida por el sistema autónomo de foros al caso, se exige la constatación y adecuación de valores y principios establecidos en el propio ordenamiento que los creó”.

¹¹²⁶*Ibid* (GARCIMARTÍN/VIRGÓS SORIANO) pp. 114-116; que considera que, cuando el legislador nacional se ha inspirado en un Convenio o en una norma supranacional para formular sus normas de CJI, dicho texto cumple una función de modelo (*Vordilbfunktion*) en relación a los Derechos nacionales; A.L.CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Competencia judicial internacional y competencia desleal...”, *loc.cit.*, esp. pp. 10-15.

¹¹²⁷*Ibid* (CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Competencia judicial internacional y competencia desleal...”)

(extracontractual) haya acaecido en España” (el foro actual sigue recogiendo la misma redacción que el CB 1968).

En supuestos de competencia desleal, habrá que entender que tanto el *forum delicti commissi* como el *loci damni* se localizan en el mercado español (por este carácter atributivo y unilateral del foro)¹¹²⁸.

348. El presunto hecho ilícito/acto comercial desleal sobrevino en Argentina y estaba en el momento de la interposición de la demanda en España, desarrollándose todavía en Argentina¹¹²⁹. El juzgador nacional a pesar de parecer que aplica la “teoría de la ubicuidad”, en cuanto considera que es un ilícito a distancia, parece que no la aplica de la misma forma que el TJUE, que tiene como objetivo, prevenir situaciones de *bad forum shopping*, *forum actoris* y un *favor laesi*, que permita interponer demandas a los demandantes en cualquier lugar, a pesar de no ser el lugar donde se han realizado los hechos, o donde no se han ni siquiera perpetrado.

349. Por ello, la elección del foro en la aplicación de los foros especiales por razón de la materia no debe nunca basarse en criterios como el lugar donde el demandante tiene su centro de intereses, patrimonio o domicilio, sino que debe ser un foro previsible para el demandado, puesto que es un foro neutro y no se debe constituir como un foro de ataque. Algo analizado en la anterior Sección, bajo los parámetros del RBI *bis*/ CL 2007.

350. El problema en este particular es que el juez se basó en la interpretación que un sector de la doctrina realizó para un ilícito muy concreto en el ámbito de la competencia desleal, la violación del secreto empresarial¹¹³⁰.

Considera que: “teniendo en cuenta los principios que rigen las competencias especiales”, *v.gr.*: el criterio de proximidad entre el lugar donde se ha cometido el hecho dañoso en el caso que establezcamos la demanda en el país donde está el domicilio del demandante, no tenga que ser rechazado. No se nos esconde que ellos propicia el *forum actoris (sic)*.”

¹¹²⁸ *Ibid* (CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Competencia judicial internacional y competencia desleal...”)

¹¹²⁹ *Vid.* FD 3º del Auto: “Como es sabido, dicha doctrina viene a predicar que, en supuestos por responsabilidad extracontractual en los que se produce una disociación entre el evento causal y el resultado dañoso, el principio de favor a la víctima debería facultar a esta última para deducir su reclamación (...); por su parte, interesa el comentario de R. ARENAS GARCÍA, “Competencia judicial internacional y demandas por competencia desleal...”, *loc.cit.*, p. 1005.

¹¹³⁰ *Vid.* A. FONT SEGURA, *La protección internacional del secreto empresarial...*, *op.cit.*, p. 184.

351. Esta solución no puede ser traída a colación para todo tipo de ilícitos de competencia desleal, menos para los ilícitos que tutelan los intereses colectivos del mercado como es el que se establece en la demanda (competencia desleal por infracción de leyes). De otro particular, parece que no se muestra la solución adecuada para todos los ilícitos que tengan cabida en el art. 22.3.8/22 *quinquies* b LOPJ (*loci delicti*).

352. De hecho, este sector doctrinal no lo relacionaba con la interpretación que debía hacerse del artículo 22.3.8ª LOPJ, sino sólo para estos supuestos de robo y violación de secreto empresarial. En este tipo de ilícitos *sui generis* de DPI que implican actos de competencia desleal debido a que el lugar del hecho donde se produce este acto comercial desleal en el ámbito transfronterizo suele coincidir con el “centro de intereses” como actividad profesional del dueño del secreto empresarial y el infractor.

353. Este aspecto se relaciona con una característica del secreto empresarial. A diferencia de otro tipo de DPI no puede ser registrado (de hecho su naturaleza como derecho de propiedad industrial es bien conocido como uno de sus aspectos más problemáticos)¹¹³¹.

354. El rechazo del *forum actoris* de forma inmediata en estos supuestos no pasaba por ser la solución adecuada puesto que aplicando la teoría de la ubicuidad (en el ámbito del RBI) existe una coincidencia entre el lugar del daño (acto comercial desleal/robo de secreto empresarial) y el centro de intereses de la víctima (lugar del establecimiento donde se hubieren realizado negociaciones previas a la concesión de una cesión de *know-how* o de un secreto empresarial o donde trabajan ambas partes).

355. Por ello, en estos supuestos no puede entenderse como la búsqueda de un *forum actoris*, sino como el TJUE ha establecido también de forma reciente en *E-date*

¹¹³¹ El acto de espionaje industrial como acto de competencia desleal tiene otra configuración diferente al acto comercial desleal que se ha analizado. Se muestra como un ilícito en el que sólo se tienen en cuenta los daños producidos al empresario o comerciante o *B2B*. De otro lado, los académicos que como GÓMEZ SEGADÉ han analizado de forma profunda este ilícito desde sus orígenes, reconocen su peculiar naturaleza en la LCD y en el ámbito de la propiedad industrial, *El secreto industrial(know-how). Concepto y protección*, Madrid, Tecnos, 1974; por todos, A. SUÑOL LUCEA, *El secreto empresarial. Un estudio del artículo 13 de la Ley de Competencia...*, *op.cit.*; más detalles, M.L.LLOBREGAT HURTADO, *Aproximación al concepto de secreto empresarial en Derecho español y Derecho norteamericano*, Cedecs Derecho Privado, 1999; también el legislador europeo que ya lo reconoce como independiente del resto de ilícitos concurrenciales desleales *B2B* y ha sido armonizado, “Informe sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección del saber hacer y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y divulgación ilícitas”, COM (2013), 22 de junio de 2015; Directiva (UE) 2016/943 del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2016, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas, DOUE, L 157/1, de 15/06/2016, especialmente Considerandos 4, 9, 17,22.

Advertising, es un criterio que viene dado de forma natural, al menos, en algunos supuestos de infracciones a los derechos de la personalidad cometidos por Internet (no sin haber sido criticado por la doctrina española y extranjera en su mayoría)¹¹³².

356. Pero, que ha sido rechazado para supuestos de infracciones a la PI por el mismo medio, dado el carácter territorial de los mismos¹¹³³. Que, posiblemente, fuera del supuesto analizado por FONT SEGURA para el secreto empresarial (por las características del mismo, así como situaciones de ilícitos concurrenciales *B2C*¹¹³⁴), podría ser rechazado también para otros supuestos de competencia desleal de tipo *B2B* acontecidos por Internet.

357. Ahora bien, atendiendo a los hechos del asunto. El “centro de intereses” de REPSOL como competidor de YPF y las otras empresas extranjeras se localiza en el mercado global de hidrocarburos. No se podía hablar tampoco de efectos en el mercado español cuándo todavía la oferta del yacimiento para ser explotado era viable y el ofrecimiento se estaba realizando en un mercado diferente al español (de nuevo, por atender a la redacción y el espíritu del foro de CJI autónomo o español).

358. Sobre los efectos en el mercado español atendiendo a la redacción del foro, la doctrina española no ha sido pacífica en cuanto a el “lugar donde se manifiestan los “efectos” tenga que ser el mercado español. A diferencia del *ex. artículo 5.3 RBI* en

¹¹³² Asunto *e-Date Advertising* y acumulados (C-595/09 y C-161/10); E. TORRALBA MENDIOLA, “La difamación en la era de las telecomunicaciones: ¿Nuevas? Perspectivas de Derecho internacional privado europeo”, *InDret (Revista para el análisis del Derecho)*, núm.1, (enero-2012), disponible en: http://www.indret.com/pdf/880_es.pdf; P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, “La vulneración de los derechos de la personalidad en el Derecho procesal civil europeo: repercusiones de la sentencia *e-Date Advertising*”, *La Ley-Unión Europea*, núm. 4, (2013), pp. 18-25; C. I. CORDERO ALVÁREZ, *Litigios internacional sobre difamación y derechos de la ...*, *op.cit.*, pp.137-138; A. DICKINSON, “By Royal Appointment: No Closer to an EU Private International Law Settlement?”, 2012, disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2167092; E. LEIN/A. DICKINSON, p.157 y pp. 171-172: “*It is, as yet, unclear whether the approach taken in e-Date advertising/Martínez, a rare example of preference for a forum actoris, will be applied more widely*”; E. LEIN, “Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 15 de octubre de 2011, asuntos acumulados C-509/09 y C-161/10, *eDate Advertising GmbH y Olivier Martinez y Robert Martinez c. MGN Limited*”, *REDI*, vol. LXIV, nº1, 2012, pp. 194-198, p. 196, que no queda claro que con el “nuevo” criterio de centro de intereses de la víctima se pueda pronunciar sobre la compensación del daño sufrido a nivel mundial”; sobre una evolución de este criterio en la jurisprudencia del TJUE y la posible eliminación de la teoría del mosaico en la misma, las Conclusiones del AG sr. Michal Bobek (C-194/16), asunto *Bolagsupplysningen OÜ*, párrafos 24 a 35, son las más recientes.

¹¹³³ Asunto *Wintersteiger*, (C-523/10), y *Pinckney* (C-170/12), párr. 35; P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “Competencia judicial internacional en materia delictual e infracción de marcas en internet. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 19 de abril de ...”, *loc.cit.*, p. 229: “También es reseñable que con respecto a *Edate*... no se pueda extrapolar a la vulneración de derechos de propiedad industrial e intelectual”

¹¹³⁴ *Vid.* M. VIRGÓS SORIANO, *El comercio internacional en el nuevo Derecho español...*, *op.cit.*, pp. 64-65; R. ARENAS GARCÍA, “Competencia territorial y competencia judicial internacional en el marco de la competencia...”, *loc.cit.*, p. 19.

el *ex. art. 22.3.8 LOPJ* no se establecía ni lo está con la nueva redacción también el lugar donde “pudieren producirse el hecho dañoso” con lo que no cabía alegar que los efectos “iban a poder producirse”¹¹³⁵.

359. El juez lo considera porque establece que se puede interpretar la laguna del art. 22.3.8ª LOPJ, al menos en cuestiones de competencia desleal, si se aplican los criterios dados del art. 52.1.12ª LEC. Según lo que se observa, como se ha establecido con anterioridad, esta laguna en el sistema de foros de CJI, en principio, no podría ser complementada con una norma de competencia territorial según el sistema español que es dualista¹¹³⁶.

360. El juez usa el último criterio del artículo 52.1.12ª LEC, el de los efectos. Esta es otra diferencia más con el sistema de foros del RBI. Mientras el art. 7.2 RBI *bis* determina ambas competencias (CJI/territorial con la palabra “lugar”), los foros de CJI españoles sólo determinan la internacional, debiendo buscarse la competencia territorial sin interpretación extensiva ni apoyo subsidiario en la *lex fori* general. Aquí entonces se coincide con la interpretación que debe darse al art. 22.3.8ª LOPJ/22 *quinquies b* con la interpretación que debe darse al art. 7.2 RBI *bis*/5.3 CL que es la restrictiva y no extensiva.

361. No obstante, en estos supuestos, pasaría a considerarse su tutela como un caso de necesidad para no infringir el derecho fundamental de la tutela judicial efectiva, siendo uno de los valores del ordenamiento jurídico español. Esto es, la realización de un foro de necesidad que, en estos casos, no está basado ni el criterio del *forum delicti commissi/loci damni* (mercado afectado o efectos del acto de competencia desleal en el mercado español). La cuestión sería valorarlo para supuestos de competencia desleal transfronteriza.

362. Suponiendo, por ejemplo, que REPSOL encontró problemas para demandar ante los tribunales argentinos y que se le denegase la tutela judicial efectiva entonces podría interponer la demanda ante los tribunales españoles solicitando la misma.

¹¹³⁵*Vid.* la opinión crítica sobre este aspecto de P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “La cuestionable revisión de las normas de competencia judicial internacional (LO 7/2015 de reforma de la LOPJ)”, 23/07/2015, disponible en: <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.de/search?q=lopj>

¹¹³⁶R. ARENAS GARCÍA, “Competencia judicial internacional y demandas por competencia desleal...”, *loc.cit.*, p. 1007: “Ahora bien, este planteamiento ya no es defendible tras la LEC puesto que en ella la normativa sobre competencia territorial en materia de competencia desleal claramente se ubica en una regulación diferenciada de la competencia judicial internacional (...)”. El autor defendió en su momento la posición contraria como ya advertimos; A. FONT SEGURA, La protección del secreto empresarial..., *op.cit.*, p. 154, siempre fue contrario al uso subsidiario de los foros de competencia territorial en CJI.

363. El “foro de necesidad” no está recogido de forma expresa en el sistema autónomo español, a diferencia de lo que ocurre en determinados instrumentos de DIPr de la UE¹¹³⁷. No obstante, la jurisprudencia española lo ha admitido en situaciones extremas y especiales para evitar la denegación de acceso a la tutela judicial.

364. Este foro de necesidad se configura en relación a la flexibilidad del sistema procesal civil internacional para evitar situaciones de denegación de la tutela judicial efectiva¹¹³⁸. La denegación de justicia cuando debiera existir un foro conveniente pero no previsto (ni siquiera se pueda establecer la demanda ante el foro del domicilio del demandado¹¹³⁹) o determinado por la ley se convierte como resultado en situaciones de indefensión, marchando en contra de todo principio de justicia material.

365. Esta consideración, como lo aspecto parte de la doctrina española, es una solución que debe estar restringida a aquellas situaciones en las que el desconocimiento por parte de los tribunales españoles lleve a situaciones de denegación de justicia y por tanto, contraríe el principio de tutela judicial efectiva, que está por encima de la “proximidad razonable” entre el foro y la cuestión litigiosa¹¹⁴⁰.

¹¹³⁷ Como ejemplo de la cristalización del foro de necesidad (aún sin relación con asuntos de competencia desleal transfronteriza) en el DIPr europeo, el art. 7 Reglamento Bruselas III y su Cdo. 16: “A fin de remediar muy especialmente situaciones de denegación de justicia, procede también prever en el presente Reglamento un *forum necessitatis* que permita, en casos excepcionales, a un órgano jurisdiccional de un Estado miembro conocer de un litigio que guarde estrecho vínculo con un Estado tercero. Sin embargo, esta competencia fundada en el *forum necessitatis* sólo podrá ejercerse si el litigio guarda un vínculo suficiente con el EM del órgano jurisdiccional requerido, por ejemplo, la nacionalidad de una de las partes”; también art. 11 del “Reglamento n° 650/2012 del Parlamento europeo y del consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo”, (Reglamento “Roma IV”), *DOUE*, n° 201, 21/VII/2012; *vid.* asimismo “Libro Verde sobre la revisión del Reglamento (CE) n° 44/2001, relativo a la Competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil”, COM (2009) 175 final, Bruselas 21/04/2009, p. 4 del Informe. El cual se entiende como una solución para casos excepcionales en los que no cabe la posibilidad razonable de iniciar o tramitar una acción en un tercer Estado con el que el asunto guarda una estrecha relación y se pueda violar con ello, el derecho fundamental de la tutela judicial efectiva.

¹¹³⁸ F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ/M. VIRGÓS SORIANO, *Derecho procesal civil internacional... op.cit.*, pp. 75-77.

¹¹³⁹ *Vid.* R. ARENAS GARCÍA, “Competencia judicial internacional y demandas por competencia desleal...”, *loc.cit.*, p. 1004; C. OTERO GARCÍA CASTRILLÓN, “El alcance extraterritorial del Derecho de la competencia...”, *loc.cit.*, p. 47.

¹¹⁴⁰ *Vid.* P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “La ausencia y la declaración de fallecimiento en Derecho internacional privado”, *REDI*, vol. XLVIII, n° 2, 1995, pp. 41-70, p. 23; en otra materia como el Derecho de la Competencia (en general), C. OTERO GARCÍA CASTRILLÓN, “El alcance extraterritorial del Derecho de la competencia...”, *loc.cit.*, pp. 45-47; M. A. AMORES CONRADI, “La nueva estructura del sistema español...”, *loc.cit.*, p.118, también considera la posibilidad de usar el foro de necesidad pero en supuestos muy justificados, y como bien estableció siguiendo la doctrina alemana, “el foro de necesidad es una competencia motivada por una necesidad de protección”. en el ámbito del

366. Por lo que el problema del foro de necesidad no deriva sólo de una redacción que no puede alcanzar todos los supuestos en el art. 22.3 LOPJ, ni de los ajustes de interpretación que deban realizarse para su aplicación, sino de una necesidad de garantizar la tutela judicial efectiva, necesario cuándo este derecho se ve amenazado de no ser cumplido.

B. Las cuestiones sobre el fondo del asunto a la luz del Derecho de competencia desleal español atendiendo al “mercado afectado”

367. Interesa destacar que en el Auto también se presentan cuestiones de Derecho aplicable y se tiene en cuenta la aplicación del art. 6.1 RRII. La explicación y el análisis de la aplicación del ilícito competencial invocado por la demandante debe llevarse a cabo desde los parámetros de la doctrina y la jurisprudencia española a la luz del derecho fundamental de libre empresa y de los parámetros de la buena fe objetiva establecidos en la cláusula general de la LCD española (art. 4 LCD).

368. De la misma forma que para interpretar y aplicar los foros del sistema de CJI autónomo, el juzgador nacional debe hacerlo según lo establecido conforme a los principios del sistema normativo del que emanan, por ser el DIPr autónomo de fuente estatal. Esta cuestión será así, siempre y cuando de la norma de conflicto aplicada se establezca que el Derecho material aplicable al caso sea el Derecho español.

369. Sobre la aplicación del art. 6.1 RRII para determinar el derecho aplicable en el asunto se considera adecuada en cuanto se invocó por el demandante un ilícito competencial del grupo de actos comerciales desleales que van dirigidos contra los intereses generales del mercado¹¹⁴¹. Se pone en relación con la figura del *forum legis*, que también se trajo a colación en el Auto (FD 3º)¹¹⁴².

370. Dicho esto, siguiendo la interpretación del juzgador, el mercado español y las relaciones de competencia han sido afectados en España por lo que será aplicable la LCD española (art. 6.1 RRII) y por este motivo, podía tener CJI. Aunque este aspecto es muy controvertido, y no suele admitirse, teniendo en cuenta que tanto los criterios dados para la CJI como para la LA son diferentes y atribuir CJI a los tribunales españoles sólo cuándo el mercado está afectado porque así lo determina la norma de

RBI *bis*, por ejemplo, L. GILLIES “Creation of Subsidiary Jurisdiction Rules in the Recast of Brussels I: Back to the Drawing Board”, *JPIL*, vol. 8, nº3, diciembre 2012, pp. 489-511, p. 505.

¹¹⁴¹ Del Auto también se desprende según lo que el juez manifiesta que este ilícito competencial es del grupo de los que no implica “daños” materiales al competidor como requisito para poder ser invocado. De la misma forma que los ilícitos competenciales del art. 8 (prácticas agresivas contra los consumidores) y el art. 12 (explotación indebida de la reputación ajena)

¹¹⁴² *Vid.* R. ARENAS GARCÍA, “Competencia judicial internacional...”, *loc.cit.*, p. 1007.

conflicto en su punto de conexión, puede comportar un vacío, tal y como está redactado el foro del art. 22 *quinquies* b.

371. El demandante establece que el acto comercial desleal viola dos preceptos de la legislación española de competencia desleal: el artículo 15.1 y el artículo 4 LCD. Sin embargo, no son dos preceptos que puedan acumularse de la forma normal. La invocación de la cláusula general (art. 4 LCD) junto con otros ilícitos competenciales que se encuentran de forma específica tipificados al margen de la misma en ningún modo puede añadir un plus de deslealtad.

372. Hacerlo de esta forma, incita que los ilícitos competenciales tipificados de forma específica pierdan su sentido axiológico en la estructura de la LCD. Cada ilícito competencial tal y como está estructurada la actual LCD tiene sus características propias y su encaje particular con autonomía propia de la función de la cláusula general de la precitada ley. Por ello, la jurisprudencia española se ha mostrado muy reacia a la invocación conjunta de la cláusula general de la LCD junto con los ilícitos competenciales que han sido de forma específica tipificados en la ley¹¹⁴³.

373. Tal afirmación encuentra su sentido en relación a la función de la cláusula general como una solución establecida no sólo para determinar qué se considera desleal en el Mercado¹¹⁴⁴, sino también para aquellas situaciones que mostrando los aspectos de un ilícito competencial no fueron tipificadas.

¹¹⁴³Vid. supra, Capítulo I, sección 2ª, epígrafe II, apartado 2º; J.M. DE LA CUESTA RUTE/E. NÚÑEZ RODRÍGUEZ, “La acertada noción de competencia desleal en la sentencia de 13 de marzo de 2009 del Juzgado de lo Mercantil de ...”, *loc.cit.*, pp. 5-6: “la finalidad de las cláusulas de este tipo no es añadir un *plus* de ilicitud a lo ya de por sí ilícito, sino poder calificar de ilícitos supuestos no previstos, y por lo tanto, no descritos por la ley, por otra parte, la decisión de aplicar cláusulas generales tiene que ser fruto del juicio prudencial, que no arbitrario del juzgador con el fin de la determinación del contenido de dichas cláusulas se sujete a derecho y ellas mismas no se conviertan, (...) en un “cajón de sastre” (...); J. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, “La ampliación del concepto de competencia desleal”, en J. A. GÓMEZ SEGADÉ/A. GARCÍA VIDAL (eds.), *Libro Homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Nóvoa con motivo de su octogésimo ...*, *op.cit.*, pp. 391-399, esp. pp. 397-399; No es de esta opinión, A. WIRTH “Supuestos procesales de la nueva Ley de competencia ...”, *loc.cit.*, pp. 2-3; en la jurisprudencia véanse *v. gr.*, SSTS 5885/2010 y nº 5212/2014; Auto nº38/08, del Juzgado de lo mercantil nº2 (Iberdrola c. *Electricité de France*), FJ 4º; asimismo advertid que la jurisprudencia del TJUE viene pronunciándose de una forma parecida en relación a la aplicación conjunta de la cláusula general que se estableció en la Directiva sobre prácticas comerciales desleales, así asunto *Provident Financial* (C-372/14); *UPC-Nemzeti F. Hatóság* (C-388/13); *Köck*(C-206/11)

¹¹⁴⁴Vid. J.I. RUIZ PERIS, “Panorámica de la reforma en materia de competencia desleal en J.A.GÓMEZ SEGADÉ/A. GARCÍA VIDAL/ M. OLIVENCIA RUIZ (eds.), *El nuevo derecho mercantil en el umbral del s. XXI: libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Novoa con motivo de su octogésimo ...*, *op.cit.* esp. pp. 383-384; en la misma obra, GÓMEZ SEGADÉ siguiendo lo dispuesto desde inicios del s. XX por la doctrina alemana (*v.gr.*, KOHLER), considera que la cláusula general del art. 4 no formula un principio abstracto que sea objeto de desarrollo y concreción en los artículos siguientes. Por el contrario, es un precepto dotado de sustantividad frente a los preceptos que regulan los tipos especiales, por eso no cabe una protección cumulativa. Entre los tipos específicos y la cláusula

374. Si bien es cierto que, a menudo, su invocación debe servir a su función de referente para determinar la deslealtad contra el mercado del ilícito concreto invocado. Pero no debería crear un *plus* a la deslealtad del ilícito invocado de forma concreta porque según la estructura de la actual LCD no es necesario, sino que debe servir de ayuda para interpretar conceptos abstractos establecidos en los ilícitos tipificados¹¹⁴⁵.

Como es el concepto de “ventaja significativa” son abiertos y abstractos y se considera que al tener una connotación subjetiva y demasiado abierta deben interpretarse apoyándose en lo determinado en la cláusula general¹¹⁴⁶.

375. La invocación del art. 15.1º LCD presupone que existe una deslealtad contra el mercado conseguida mediante la infracción de leyes¹¹⁴⁷. El art. 15 LCD se aplica además, sin tener en cuenta la naturaleza que estas leyes tengan, pública o privada¹¹⁴⁸.

376. El art. 15 LCD para ser invocado solo necesita la existencia de infracción de leyes pero no necesariamente que regulen la actividad concurrencial¹¹⁴⁹. A diferencia de lo establecido en el apartado 2º, normas que regulan la actividad en el mercado que se manifiesten como estrategias competitivas)¹¹⁵⁰.

377. En este caso, se alegó violación de leyes sin tener en cuenta si regulan la actividad concurrencial atendiendo al rango jerárquico de las normas que se aplicaron

general existe total autonomía, aunque se produzca cierta interacción entre ambos (...) no es necesario que los comportamientos que encajan en los tipos especiales de los artículos 5 y ss. de la LCD sean también contrarios a la cláusula general para resultar ilícitos”

¹¹⁴⁵J. M. DE LA CUESTA RUTE/E. NUÑEZ RODRIGUEZ, “La acertada noción de competencia desleal en la sentencia ...”, *loc.cit.*, p. 6.

¹¹⁴⁶S. BARONA VILAR, *Competencia desleal: tutela jurisdiccional... op.cit.* t. I, p. 617 y también pp. 627-628, esp. p. 629: “La SAP de Barcelona de 1 de septiembre de 1995 dispone que para que concurra el ilícito previsto en el apartado 1º del art. 15 es precisa la concurrencia de, 1º infracción de leyes, 2º que la infracción deriva de una posición de ventaja competitiva, 3º siendo significativa y 4º que exista prevalecimiento de la ventaja así obtenida”.

¹¹⁴⁷J. ALFARO ÁGUILA-REAL, “Competencia desleal por infracción de normas”, *RDM*, núm. 202, octubre-diciembre, (1991), pp. 667-731; M. VIRGÓS SORIANO, *El Comercio internacional en el nuevo derecho contra...*, *op.cit.* pp. 120-126.

¹¹⁴⁸*Ibidem*

¹¹⁴⁹*Vid.* S. BARONA VILAR, *Competencia desleal. Tutela jurisdiccional...*, *op.cit.*, t. I, p. 611.

¹¹⁵⁰*Vid.* J. ALFARO ÁGUILA REAL, “Competencia desleal por infracción de normas...”, *loc.cit.* en el primer caso, el artículo 15.1 LCD es lo Alfaro denominó “ilicitud externa” (porque no responde a los parámetros establecidos en leyes que regulan la competencia necesariamente), p. 672; El artículo 15 LCD interpretado de forma correcta y coherente en el modelo social de la disciplina considera desleales, las estrategias competitivas fundadas en la infracción de normas jurídicas que regulan la actividad concurrencial y los mercados. (...), p. 675, “la infracción de una norma puede alterar o falsear el funcionamiento del mercado común cuando la infracción afecta de forma positiva a la *posición competitiva del infractor* (la cursiva es del autor)”. Explica que cualquier infracción de una norma que altere el punto de partida en la lucha concurrencial es objetivamente desleal; M.VIRGÓS SORIANO, *El comercio internacional...*, p. 120.

para realizar la expropiación y que, de forma posterior, dio lugar al ofrecimiento de derechos de explotación como expondremos, a continuación¹¹⁵¹.

Cuestión clave. Lo que se tutela es la *par condicio concurrentium* implícita en el derecho fundamental de libre empresa, con ello sólo por usar las normas para conseguir una ventaja competitiva y conseguir que la condición de igualdad de todos los competidores en un mercado se altere, supone que las condiciones de lealtad que deben darse en la competencia lícita se vean violadas de forma desleal¹¹⁵².

378. De cara a la aplicación del DIPr, VIRGÓS sostiene que “no es el lugar de infracción de las normas”, sino “el lugar como mercado donde se aprovecha de la infracción” quebrando la *par condicio concurrentium* de los competidores (no siendo necesario que estas normas sean españolas, así por ejemplo se dio en este supuesto).

379. La *ratio* de este artículo aplicándose a supuestos con elemento extranjero es proteger al mercado español contra comportamientos que pudiéndose realizar en otro mercado han manifestado sus efectos en el mercado español. En estos supuestos, es indiferente si las empresas son españolas o extranjeras, lo que se necesita es que es la competencia entre las empresas manifiesten sus efectos en el mercado español¹¹⁵³.

380. No parece desprenderse que exista, en puridad, la misma protección cuando una empresa española compite en otro mercado diferente del español o en un mercado global, si el acto que viola la *par condicio concurrentium* no ha producido efectos directos y sustanciales en el mercado español. REPSOL antes de padecer la expropiación de su participación mayoritaria en YPF pudo probar la inversión económica que durante años y *ex ante* al acto comercial desleal (ofrecimiento de los derechos de explotación del yacimiento) había llevado a cabo en Argentina.

381. Aplicado al caso, intentaba mostrar que estos actos habían quebrando la *par condicio concurrentium* exigida por los cánones de la competencia leal y protegida

¹¹⁵¹*Ibid.* p.715: “La cuestión tiene especial importancia cuando la infracción se refiera a normas reglamentarias cuya cobertura legal o constitucional sea dudosa”.

¹¹⁵²*Ibid.* p. 709; El art. 15.1 LCD protege la *par condicio concurrentium*, no el cumplimiento de la ley; STS nº304/2017, de 17 de mayo de 2017, asunto CODERE APUESTAS, FJ 3º.

¹¹⁵³*Vid.* M. VIRGÓS SORIANO, *op.cit. passim*, pp. 120-124, p. 122: “Comprende este supuesto la infracción de normas (españolas o extranjeras) tanto de Derecho privado como de Derecho público”. Las normas que se aplican en el ámbito de la expropiación son de tipo público, como bien se sabe y al menos en los países de tradición jurídica de *civil law* como es el caso de Argentina y España. VIRGÓS sostiene que para saber si ha existido o no infracción debe consultarse al Derecho extranjero que pertenezcan. Todo ello, sin perder de vista que lo que el artículo 15.1 LCD establece es que la estrategia competitiva se haya desplegado en el mercado español. El juez sólo debe constatar que ha existido una infracción de normas y que con esa ventaja se quiera actuar en el mercado español. En el caso que nos ocupa no se observa que el demandado quisiese (a pesar que sí se observa que existió una ventaja competitiva significativa y desleal) actuar de forma posterior en el mercado español, sino quiso hacerlo en el mercado global para fortalecer su posición en el marco transnacional. Pero no porque actuase en el mercado global, puede establecer la demanda en todos los foros de CJI que considere.

mediante el art. 15.1 LCD. Se habían quebrado porque tal como exige la competencia leal no pudo negociar ni acceder en igualdad de condiciones frente a los terceros competidores al contrato de explotación con YPF para el yacimiento de Vaca Muerta. En lo que aparece la duda es si realmente este acto realizado en un tercer Estado realmente estaba provocando efectos directos y sustanciales en el mercado español para poder aplicar la normativa española.

382. Si todo ello fue propiciado por un proceso de expropiación previa, cabría también preguntarse si tal proceso de expropiación no hubiese tenido lugar, ¿se hubiese producido esta alteración de la *par condicio concurrentium*?; ¿buscaba la empresa demandada obtener una posición dominante para competir con REPSOL en el mercado español? o bien, ¿buscaba tal posición en el mercado internacional de hidrocarburos?¹¹⁵⁴.

Problema específico: delimitación de un mercado de tipo global como mercado afectado por la práctica comercial desleal. El mercado internacional de hidrocarburos puede ser considerado un mercado abierto y un mercado “todo-terreno” (que no se localiza en un territorio concreto).

Sus características son principalmente que el petróleo y el gas como bien/producto que se extraen de los recursos naturales, aún perteneciendo en realidad al Estado donde se ubican, pueden ser explotados por competidores internacionales que posteriormente lo venden, importan o exportan de forma circular. El problema en este tipo de mercados es localizar el verdadero foro de CJI mediante un criterio de conexión que, como el del mercado afectado sea el que muestre el verdadero lugar o lugares donde se ha producido la infracción al Derecho de la competencia desleal (que ya se sabe, no es internacional).

383. En un ejercicio de reflexión siguiendo el caso de cerca, puede apreciarse que lo que se pretendía no era obtener una ventaja competitiva en el mercado español, como el mercado en el cual la empresa demandada quería de forma posterior competir (si es que buscaba competir) con la empresa demandante en condiciones de desigualdad sino que era hacerlo en el mercado internacional o en un mercado diferente al español.

Una prueba de esta situación fue a qué empresas (terceros en el asunto) ofreció la explotación de derechos de participación en la explotación del yacimiento sito en Argentina (estos competidores eran de nacionalidades diversas, principalmente norteamericanos, chinos, franceses, e incluso argentinos).

¹¹⁵⁴ M.VIRGÓS SORIANO, “La eficacia de la protección internacional de las inversiones...”, *loc.cit.*, p. 673; también el informe de la OECD, “Open Markets Matter: The Benefits of Trade and Investment Liberalization”, *Policy Brief*, (1999), disponible en: <http://www.oecd.org/trade/benefitlib/1948792.pdf> (fecha de acceso: 18 de mayo de 2015).

384. La ventaja para activar el precepto debe ser significativa, esto es, que el daño causado en relación a la posición anterior en el mercado del competidor (o competidores) afectado (-s) sea de un grado considerable¹¹⁵⁵, indebida y sin justificar de cara al ordenamiento jurídico¹¹⁵⁶. Pero, si la infracción no es idónea para mejorar la posición del infractor frente al competidor afectado tras realizar la infracción, se consideraría irrelevante y por consiguiente no podría invocarse el art. 15 LCD¹¹⁵⁷.

385. Este aspecto entronca con una de las cuestiones relacionadas con lo que se comenta en el apartado siguiente a propósito de problemas relacionados con el DIP. En concreto se destaca la alegación realizada por la representación procesal del demandado sobre que el juez tenía que abstenerse de conocer porque podía iniciar un procedimiento en el que en realidad, se debía conocer, en primer lugar, un acto *iure imperii* de un operador jurídico público que contaba y cuenta con inmunidad de jurisdicción (Argentina)¹¹⁵⁸.

386. En cuánto a la acción solicitada en la demanda, la empresa demandante buscaba tanto la cesación así como la paralización de la conducta comercial en el

¹¹⁵⁵ Vid. J. ALFARO ÁGUILA REAL, “Competencia desleal por infracción...”, *loc.cit.*, p. 683.

¹¹⁵⁶ Como sucede en el ilícito de explotación de la reputación ajena (considerado también como ilícito concurrencial de tipo *B2B*), lo que se protege es la “inversión económica del competidor” (el esfuerzo que realiza en el mercado, *competition on the merits*); S. BARONA VILAR, *Competencia desleal: tutela jurisdiccional, especialmente proceso... op.cit.*, t. I, pp. 538-559, esp. p. 546: “Así, explotar es sacar utilidad de un negocio o industria en provecho propio. Esa condición de explotación no es de por sí suficiente para ser tildado de desleal ni para reprochar a un sujeto que aproveche o saque provecho del negocio o industria. El legislador no considera desleal esa conducta sin más, porque ello iría contra el mismo desarrollo y dinamismo del mercado. Habrá, por ende, que configurar los elementos objetivos y subjetivos de la conducta de explotación de la reputación ajena para determinar en qué casos estaremos ante una explotación indebida y, por ello, desleal”; J. MASSAGUER FUENTES, *Comentario a la ley de competencia desleal*, 1ªed, Madrid, Civitas, 1999, pp.355-361 y 362-382: “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”; A. ARROYO APARICIO, “Explotación de la reputación ajena”, en A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO (Dir.), *Comentarios a la Ley de Competencia desleal*, Cizur Menor, Thomson Reuters, 2011, pp. 317-350, p. 334: “Aún así, la Doctrina ha considerado desleales por aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno, en base al artículo 5 LCD, determinados supuestos de captación de clientela así como la *parasitación de inversiones ajenas* para el lanzamiento y consolidación de un producto o servicio o bien para su creación”.

¹¹⁵⁷ *Ibid.* pp. 675-676: “La deslealtad de la infracción de normas públicas deriva claramente del imperativo que puede formularse afirmando que, “lo que a mí no me está permitido hacer no debe permitírsete a ti tampoco.”

¹¹⁵⁸ Si bien es cierto que la infracción que alegaba Repsol tenía relación con la expropiación realizada *ex ante* al ofrecimiento de derechos de explotación: previamente a estos actos Repsol no manifestó tener problemas para acceder al yacimiento de Vaca Muerta.

mercado global de hidrocarburos y su remoción porque el daño/ofrecimiento de los activos (aunque no el resultado final) ya se había iniciado¹¹⁵⁹.

387. El demandado sin embargo considera en la declinatoria internacional que sólo por haber solicitado esta acción y no una acción indemnizatoria contra el acto comercial desleal del que se le acusa, no tiene en cuenta la cuestión que es un ilícito de peligro, que no implica la consideración de daño efectivo, sino que incluye en su espíritu la cesación de un daño potencial (en su consideración de ilícito de peligro, que ya se ha analizado)¹¹⁶⁰.

388. Desde el análisis, se aprecia que en realidad, podría tener cabida su solicitud, de acuerdo a lo explicado sobre la función de las acciones de cesación en el epígrafe destinado a la explicación de estas acciones.

La conducta comercial desleal acababa de empezar pero había puesto en peligro (cumpliendo de esta forma el requisito de puesta en peligro del bien jurídico protegido) su situación como inversor/competidor en el mercado global, así como también le hizo perder parte de su inversión económica realizada en el descubrimiento del yacimiento y en el país de origen.

¹¹⁵⁹ Cf. M. VIRGÓS SORIANO, “Eficacia de la protección...”, *loc.cit.*, p. 673. Como alternativa a las acciones judiciales contra la competencia desleal, Virgós plantea y a propósito de la protección de las inversiones directas que, si bien el demandante puede solicitar una *restitutio in integrum* sobre los derechos de los activos expropiados. Como estrategia procesal puede ser una solución, si lo que quiere el demandante es proteger sus activos (en un Mercado global) contra terceros competidores que no actúan de buena fe. Se entiende que al ser previamente despojado, la lucha por recuperar la inversión perdida era mucho más difícil que si se hubiese solicitado una *restitutio in integrum*. Ahora bien, como establece VIRGÓS, esta solución también tiene sus problemas. Uno de ellos que debe ser resaltado es que el Estado expropiador puede atacar con acciones dañinas contra el inversor restituido.

¹¹⁶⁰ Vid. M. VIRGÓS SORIANO, *El comercio internacional en el nuevo derecho...*, *op.cit.*, p. 52; S. BACHARACH DE VALERA, “Acciones derivadas de la competencia desleal” (En torno al artículo 18 de la Ley 3/1991, ...”, *loc.cit.*, p. 6183: “Los conceptos de *dolo*, *culpa*, incluso de daño efectivo, necesarios para otras sanciones, como la del resarcimiento del daño, son irrelevantes para la acción de cesación. Lo que se busca es la prevención del daño futuro.”; C. LEMA DEVESA, “Posibilidades y remedios para reprimir la competencia...”, *loc.cit.*, p. 5; H. BAYLÓS CORROZA, *Tratado de Derecho industrial...*, *op.cit.*, p. 445; J. MASSAGUER FUENTES/F. PALAU, “Informe sobre el régimen jurídico de las prácticas comerciales en España, con especial atención a los aspectos considerados en la Comunicación de la Comisión de seguimiento del Libro Verde sobre la protección de los consumidores...”, *cit.*, p. 12: “Pues bien, la cláusula general asume en el sistema de la represión de la competencia desleal un doble cometido: de un lado, fija los caracteres generales del acto de competencia desleal como ilícito objetivo, de peligro y naturaleza extracontractual (...); “(...) 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 (...)”; A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, *La competencia desleal...*, *op.cit.*, p. 136; P. RODRÍGUEZ MATEOS, *Sistema de Mercado y tráfico internacional de mercancías*, Madrid, La Ley, 1992, p. 82; S. BACHARACH DE VALERA, “Acciones derivadas de la competencia desleal...”, *loc.cit.*

389. La deslealtad se manifestó cuando el presunto competidor desleal pudo obtener provecho efectivo del ahorro de costes que le suponía desplazar al competidor contrario para intentar alcanzar la ventaja competitiva potencial¹¹⁶¹.

C. Otros aspectos de interés del supuesto relativos al Derecho internacional público

390. Para finalizar el análisis del asunto, se pone de relieve un importante aspecto del supuesto, pero que tiene relación con los aspectos de DIP, por mediar un Tratado Bilateral de Inversiones entre España y Argentina¹¹⁶².

Habida cuenta de que REPSOL es un inversor privado extranjero y Argentina (siendo el país de destino de la inversión) realizó una expropiación de su participación, debe ser analizado este particular por otra vía que no sea la jurisdicción ordinaria.

391. En realidad, se valora que los hechos que acabaron considerándose por el juzgador español como actos comerciales desleales se relacionan y tienen su punto de partida en la expropiación (como acto ejecutivo previo). Aunque como es bien sabido su naturaleza jurídica es diferente.

392. No obstante, el juez español con buen criterio, consideró que no era su cometido (ni se le había solicitado por la parte demandante) valorar que dicho acto fuere ilegal o no¹¹⁶³. De conformidad con los principios del DIP, la naturaleza jurídica de este acto *iure imperii*, realizado bajo las normas constitucionales del Estado argentino, no puede ponerse en revisión ante la jurisdicción ordinaria de otro Estado, sino que deben agotarse los cauces internos procesales de los tribunales del Estado de origen de la expropiación.

¹¹⁶¹ S. BARONA VILAR, *Competencia desleal. Tutela jurisdiccional...*, t. I, p. 611.

¹¹⁶² “Acuerdo para la promoción y la protección recíproca de inversiones entre la República Argentina y el Reino de España”, 1992, (BOE, nº277, de 18 de noviembre de 1992, pp. 38879-38881); sobre las posibles soluciones al problema de la expropiación, R. BERMEJO GARCÍA/R. GARCÍANDÍA GARMENDIA, “La expropiación de YPF (Repsol) a la luz del Derecho internacional”, *REEI*, núm. 24, (2012), pp. 1-37, esp. pp. 20-22; C. JIMÉNEZ PIERNAS, “La expropiación de YPF: análisis desde el Derecho internacional”, *ARI (Real Instituto El Cano)*, nº31, 2012, disponible en: http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/ari31-2012

¹¹⁶³ Así lo establece en el Auto con las siguientes afirmaciones: “el Estado argentino no ha sido traído al presente pleito y no es el control de los actos de su poder ejecutivo o legislativo lo que se le pide a este Juzgado”; en el FJ nº2: “una rituaría invocación del principio *Comitas Gentium* o el respeto a la soberanía de los Estados extranjeros”, no es suficiente para desprenderse de su poder atribuido por ley contra su control de oficio de actos tales como una nacionalización de una empresa española; A. QUIÑONES ESCAMEZ, *Eficacia internacional de las nacionalizaciones: Nombre comercial y marcas*, Madrid, Montecorvo S.A., 1988, esp. pp. 257-267; de forma general sobre el procedimiento de expropiación y su incidencia en el ámbito del DIPr, M. BOGDAN, *Expropriation in Private International Law*, Lund, Studentlitteratur, 1975.

393. Siguiendo lo establecido en el art. 21.2 LOPJ y art. 36 y 38 LEC, el juez español no pretendía determinar si la expropiación del gobierno argentino a una empresa española es ilegal o no, puesto que no tiene CJI para llevar a cabo tal actuación judicial¹¹⁶⁴.

394. Tiene a bien entender que si probase que la expropiación fuese ilícita y los actos comerciales desleales se desprendiesen de esta ilicitud, podría tener capacidad (en este supuesto, de forma imperativa, mediante el control de oficio que tiene otorgado) que, “se constituye como una vulneración a los derechos constitucionales, de los que no hace falta decirlo, es ciertamente titular la empresa demandante”.

395. Pero, una cuestión es declarar de forma directa la ilegalidad de una conducta de un tercer estado (que no puede llevarse a cabo por los tribunales de otro Estado diferente); y, otra que, *a posteriori*, se pueda o deba reconocer la expropiación por los jueces y tribunales españoles, puesto que no tiene reconocida dicha capacidad¹¹⁶⁵.

396. Finalmente, el problema de si la expropiación era ilegal o no, como correspondía, fue llevado ante la CIADI (el órgano arbitral del Banco Mundial). Tal como está establecido el artículo IX del Tratado Bilateral precitado¹¹⁶⁶.

En el mismo se permite a los Estados donde el inversor lleva a cabo la inversión directa puedan en un momento determinado por causas de utilidad pública expropiar al inversor pero, a su vez, obliga al Estado expropiador a pagar el justiprecio y justificar también las causas públicas por la que va a expropiar al inversor del otro Estado (art. V).

¹¹⁶⁴ R. ARENAS GARCÍA, “Falta e impugnación de la competencia judicial internacional...”, *loc.cit.*, pp. 164-189; art. 21.2 LOPJ reza de la siguiente forma, “1. Los jueces y tribunales españoles conocerán de las pretensiones que se susciten en territorio español con arreglo a lo establecido en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte, en las normas de la Unión Europea y en las leyes españolas. 2. No obstante, no conocerán las pretensiones formuladas respecto de sujetos o bienes que gocen de inmunidad de jurisdicción y de ejecución de conformidad con la legislación española y las normas de Derecho Internacional Público”; El artículo 36 LEC determina que de oficio los jueces y tribunales deben abstenerse de conocer sobre los casos de inmunidad de jurisdicción y ejecución. El artículo 38 LEC establece cual es el momento procesal de dicha abstención. De forma general, cuándo aprecien que no tienen jurisdicción ni competencia.

¹¹⁶⁵ R. ARENAS GARCÍA, “Competencia judicial internacional y demandas por competencia desleal...”, *loc.cit.*, p. 1002: “No es posible por tanto, que tribunales españoles conozcan de un proceso dirigido contra Argentina en relación a una expropiación que hayan realizado sus autoridades”.

¹¹⁶⁶ Puede verse sobre la consideración de la expropiación como dudosa y las posibilidades de REPSOL de acudir al CIADI, <http://abogadosexpropiacion.blogspot.com.es/2012/05/el-justiprecio-de-la-expropiacion.html>: “Informe de REPSOL 2012”, pp. 50-55, disponible en: <http://memorias.repsol.com/memoria2012/es/informeAnual/centroDescargas.html>

397. En caso que el Estado de origen de la expropiación no cumpla las condiciones previstas en el Tratado Bilateral, el inversor puede activar los mecanismos de resolución de controversias *ad hoc* que permita el Tratado Bilateral. Por lo que, las demandas contra la competencia desleal de las empresas como YPF Argentina y los otros competidores, como CHEVRON, tenían sentido por la vía ordinaria; y, del otro lado, la posibilidad de llevar el asunto de la expropiación por las vías del TBI ante la CIADI también.

4. Acumulación de acciones civiles y penales en procesos por competencia desleal

398. Tendremos en cuenta este foro, en cuanto existen algunos ilícitos de competencia desleal que conocen una sanción penal en el derecho penal español. Son típicos en los supuestos de infracción de la indicación de origen, violación e infracción de marca, espionaje industrial, confusión a los consumidores (rayando en el ilícito penal de la estafa), etc.¹¹⁶⁷.

399. La acumulación de acciones penales y civiles puede darse por la vía general siguiendo el principio de la prejudicialidad penal; y la vía específica, mediante los ilícitos de tipo penal de competencia desleal, en los que se permite la acumulación de acciones penales y civiles (*cumulation*)¹¹⁶⁸.

400. Como presupuesto necesario (derivado de la exigencia de la territorialidad a la que está sometida el ámbito del Derecho penal) para que los jueces y tribunales españoles conozcan de un litigio penal que conlleve aspectos e infracciones relativas a la competencia desleal en los que el demandado no tiene domicilio en ningún EM de la UE/ o de los Estados del CL necesitan tener, *a priori*, CJI según lo establecido en el artículo 23.1 LOPJ¹¹⁶⁹.

¹¹⁶⁷ Vid. G. GUINARTE CABADA, “Consideraciones político criminales en torno a la competencia desleal”, disponible en: https://dspace.usc.es/bitstream/10347/4195/1/pg_127-182_penales15.pdf, pp.127-179, que ofrece un análisis de estos ilícitos concurrenciales de tipo penal.

¹¹⁶⁸ La prejudicialidad penal determinada por el art. 10.2 LOPJ, permite incluso la suspensión de cualquier litigio que se haya incoado por otra jurisdicción civil, administrativa, laboral, etc., cuando el juez de dicha jurisdicción considere que el asunto corresponde conocer en primer lugar al juez penal del partido judicial correspondiente. Si remitidos los autos al juez penal, éste determina que debe conocer del litigio (transfronterizo o no) el demandante puede solicitar la acumulación de acciones civiles en el procedimiento penal. No obstante, puede hacerlo de forma paralela, entablando la acción civil de forma independiente; sobre la posibilidad de acumular acciones penales y civiles para ilícitos de competencia desleal; M.L. LLOBREGAT HURTADO, *Aproximación al concepto de secreto empresarial en Derecho español y Derecho...*, *op.cit.*, p.164. Pudiendo acumular a la acción penal, la acción de indemnización por daños y perjuicios (*damages*).

¹¹⁶⁹ Si el demandado tiene el domicilio en algunos de los Estados miembros o en algún Estado parte del CL 2007, se aplicará para determinar la CJI en base al artículo 7.3 RBI *bis*, como se estableció

401. Si los tribunales españoles no tienen atribuida *ex lege* la CJI para conocer del ilícito que deriva en responsabilidad penal no pueden conocer del litigio. Se exceptúan los supuestos en los que se apliquen los instrumentos de la UE analizados¹¹⁷⁰. El foro del art. 23.1 LOPJ conlleva el límite territorial, esto es, el ilícito penal con connotaciones civiles debe haberse realizado en territorio español¹¹⁷¹.

402. El problema en ilícitos de tipo plurilocalizados deriva cuando estemos en presencia de hechos y daños no sólo al mercado español sino también a otros mercados. En principio, la “teoría de la ubicuidad” se aplica para determinar la CJI también en el ámbito de ilícitos de tipo penal¹¹⁷².

403. Esta circunstancia no impide que en la misma sentencia dictada por el órgano judicial penal conlleve la determinación de la responsabilidad civil extracontractual en la misma, por lo que, dependiendo del tipo de ilícito de competencia desleal y la gravedad del mismo, la víctima y demandante podrán elegir.

III. Tratamiento de la tutela cautelar transfronteriza en el ámbito de la LOPJ

404. En la reforma de los foros del sistema español de CJI se ha puesto de relieve que el foro de las medidas cautelares ha sido reformado para mejor (ahora el art. 22 *sexies*)¹¹⁷³.

Debe tenerse en cuenta, en la aplicación del foro, lo dispuesto en el artículo 722 LEC, que según algunos autores, cuenta con una desafortunada redacción por ser excesivamente restrictiva¹¹⁷⁴.

405. Desafortunada, porque el hecho que se esté en presencia de un instrumento de CJI aplicable que vincule a los tribunales españoles, hay que estar a lo dispuesto en la ley procesal española para el resto de cuestiones relativas al proceso.

en el apartado que analiza los foros de CJI en el ámbito europeo. En los que normalmente se solicitan acciones de restitución y / o acciones de indemnización por daños o perjuicios.

¹¹⁷⁰Cf. M. GARDEÑES SANTIAGO, “La ley aplicable a la responsabilidad civil derivada del delito en el Derecho internacional privado”, *AEDIPr*, t.0, 2000, pp. 159-183, pp. 172-179.

¹¹⁷¹ Atendiendo a lo dispuesto en el art. 23.1 LOPJ (en relación al art. 21.1 LOPJ) podrá extenderse la jurisdicción española a los delitos o faltas cometidos a bordo de buques o aeronaves españoles (teniendo en cuenta que no existan Convenios internacionales que puedan determinar lo contrario y de los que España sea parte).

¹¹⁷² *Mutatis mutandis*, lo analizado para cuestiones de responsabilidad extracontractual desde el ilícito civil para el ilícito penal sobre las consecuencias en la aplicación de la “teoría de la ubicuidad” (entendiendo que la infracción se ha cometido tanto en el lugar de la acción u omisión como en el del resultado, esto es, tanto en el *fórum delicti commissi* como el *fórum loci damni*).

¹¹⁷³ Vid. F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “La competencia judicial internacional en la reforma...”, *loc.cit.*, p.9

¹¹⁷⁴ Vid. v. gr. J. L. IGLESIAS BUHIGUES, “La competencia judicial internacional: el modelo español de...”, *loc.cit.*, EN C. ESPLUGUES MOTA/ J. L. IGLESIAS BUHIGUES/ G. PALAO MORENO (eds.), *Derecho internacional privado...*, *op.cit.*, pp. 165-166.

406. También, porque a falta de este instrumento, el mismo art. 22 *sexties* LOPJ permite que los tribunales españoles sean competentes para conocer de las medidas cautelares y de aseguramiento que deban cumplirse en España, incluso no siendo los tribunales españoles competentes para conocer del fondo del asunto.

407. No obstante, uno de los motivos del acierto es que el legislador español ha reformado el foro de conformidad con lo que durante lustros se ha venido analizando y estableciendo por la doctrina *ius* internacionalista española.

408. Esta doctrina ahora recogida en el texto revisado requiere que los tribunales españoles serán competentes en materia de medidas cautelares transfronterizas cuando las medidas deban cumplirse en España.

Sobre este particular, se recuerda que el art. 35 del RBI *bis*¹¹⁷⁵, el foro para otorgar CJI a los tribunales que no tienen CJI sobre el fondo del asunto puedan tener CJI para otorgar medidas cautelares hace la remisión a la *lex fori* de los EM cuándo las medidas cautelares deben cumplirse y solicitarse en los tribunales diferentes del fondo del asunto.

409. Si las medidas cautelares deben cumplirse en España, porque por ejemplo el *periculum in mora* se encuentra en territorio español¹¹⁷⁶, entonces existirá plena CJI de los tribunales españoles. 2. Cuando el tribunal español tenga competencia para conocer del fondo del asunto, importando en cuanto a demandados que no tengan domicilio en ningún Estado de la UE (sino en terceros Estados)¹¹⁷⁷. Esta regla viene siendo la general, al igual que en el ámbito de los otros instrumentos de Derecho procesal civil internacional.

410. En el ámbito de la ley interna, cabe destacar que en la anterior LCD 1991 existió un artículo destinado a regular las medidas cautelares en materia de competencia desleal, puesto que la solicitud en procesos de competencia desleal y publicidad ilícita tienen sus particularidades, como es la inversión de la carga de la prueba, así también en los litigios por infracción a las propiedades inmateriales¹¹⁷⁸.

¹¹⁷⁵Que ya fue puesto de relieve en el ámbito del CB 1968/ex. art. 22.5 LOPJ, por V. FUENTES CAMACHO, *Las medidas provisionales y cautelares en el espacio...*, *op.cit.*, pp. 110-116.

¹¹⁷⁶*Ibid.*, p. 118. FUENTES CAMACHO justifica además el mecanismo de este foro mediante una interpretación restrictiva que de lugar a la prevención del *forum actoris*.

¹¹⁷⁷*Ibid.*, p. 9

¹¹⁷⁸J. MASSAGUER FUENTES, "Las medidas cautelares en la ley de competencia desleal...", *loc.cit.*; S. BARONA VILAR, *Competencia desleal...*, *op.cit.*

411. Este artículo fue suprimido y no fue trasladado a la LEC cómo sí fue hecho con el foro de competencia territorial especial. A pesar de ello, consta que en la práctica jurisprudencial, y a la luz de lo analizado en el Capítulo I sobre las medidas procesales establecidas en instrumentos internacionales contra los actos de competencia desleal y publicidad ilícita, que sí se mantienen estas particularidades de la materia en la práctica.

CAPITULO V

DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE EN LITIGIOS DE COMPETENCIA DESLEAL TRANSFRONTERIZA

SECCIÓN I.-ASPECTOS DE POLÍTICA LEGISLATIVA ECONÓMICA EN EL ILÍCITO CONCURRENCIAL DE TIPO DESLEAL COMO DERECHO PRIVADO INSTITUCIONAL

I. Contenido de las Constituciones económicas, Derecho de la competencia en general y ley aplicable

1. Orden público económico de los mercados y el Derecho de la competencia en general como Derecho privado institucional

1. Las normas del Derecho de la competencia en general (*antitrust* y de competencia desleal¹¹⁷⁹) tienen en su contenido el orden público económico de los mercados. Se presentan como normas ordo-políticas o de dirección¹¹⁸⁰, por su función de vigilancia y ordenación de las conductas de los mercados (competencia desleal) y también de protección a la institución de la Competencia (*Derecho antitrust*)¹¹⁸¹.

¹¹⁷⁹ G. GOFFAUX CALLEBAUT, “Le préjudice en droit de la concurrence”, *Hokkaido Journal of New Global and Policy*, vol. 5, 2010, pp. 37-65 disponible en: http://lex.juris.hokudai.ac.jp/gcoe/journal/LPG_vol5/5_3.pdf ; E. COUREAULT, *La concurrence déloyale en droit international...*, op.cit., p. 27; C. ORÓ MARTÍNEZ, *La aplicación privada del Derecho de la competencia: aproximación desde el Derecho internacional...*, op.cit.; W. WENGLER, “Laws concerning Unfair Competition and the Conflict of Laws”, *AJCL*, vol. 4, n°2,1955, pp. 167-188, p.188.

¹¹⁸⁰ Sobre las normas ordo-políticas o de dirección y sus características en general, M. VIRGÓS SORIANO, “Obligaciones contractuales”, en J. D. GONZÁLEZ CAMPOS (dir.), *Derecho internacional privado. Parte especial*, 4ªed., revisada, Madrid, RAMÓN CARANDE Publicaciones, 1991, pp. 196-197 y p. 264, en relación a la interacción que existe entre los fenómenos de la intervención y de internacionalización en los mercados. El autor establece: “El Estado moderno se ha convertido en el guardián de los grandes equilibrios sociales y económicos. Para conseguir sus objetivos utiliza los instrumentos legislativos mediante técnicas de intervención/desregulación (o control/liberalización)”; A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos de importación y exportación de bienes culturales”, en A. J. RODRIGUEZ CARRIÓN/E. PÉREZ VERA (coord.), *Soberanía del Estado y Derecho internacional. Homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, t. I, Universidad de Córdoba/Sevilla/Málaga, 2005 pp. 259-293, esp. pp. 279-280.

¹¹⁸¹ Vid. A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado...*, vol. 1, op.cit.; F. SÁINZ MORENO, “Orden público económico y restricciones a la competencia”, *Rev. Adm. Púb.*, n° 84, 1977, pp. 597-643; J. BASEDOW, “Wirtschaftskollisionsrechth. (Teorischer Versuch über die ordnungspolitischen Normen des Forumstaates”, *RaBelsZ*, vol. 52, 1988, pp. 8-40; S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho privado europeo...*, op.cit., p. 6; M. BERGSTRÖM/M. ACOMIDES/M. STAND, *HarmonisingEU Competition Litigation: The New Directive and Beyond, Swedish Studies in European Law* (vol. 8), Oxford/Portland/Oregon, Hart Publishing, 2016 ; A. SÁNCHEZ GRAELLS /F. MARCOS, “Towards

2. Su clasificación dentro de lo que se considera el ámbito de las normas de orden público económico se corresponde con el contenido de normas de intervención de aplicación necesaria (*Mandatory Rules/Eingriffsnormen*) que defienden los intereses del Estado en proteger los valores que ha establecido en su Mercado, la economía de mercado y el orden que debe existir en el mismo para su correcto funcionamiento a través del control de los comportamientos comerciales¹¹⁸².

En algunos supuestos también se han considerado leyes de policía, que también contienen orden público (económico). En este aspecto, atendiendo a su función como normas de tipo ordo-político que controlan por ejemplo, entre numerosos aspectos, el acceso a los mercados mediante restricciones o normas administrativas así como el control de la libre competencia de una forma u otra, el etiquetado de productos, los requisitos administrativos para ejercer comercio, los límites establecidos en el ámbito de la autonomía material de las partes para realizar comercio y contratos, etc.¹¹⁸³.

Como consecuencia, convierten su contenido material y valores de obligatorio cumplimiento para todos los operadores jurídicos que participan en el

a European Tort Law? Damages actions for breach of the EC Antitrust Rules: Harmonizing Tort Law through the Back Door”, *ERPL*, vol. 16, nº3, 2008, pp. 469-488, disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1028963; V. PIRONON, “Les pratiques commerciales déloyales entre droit international privé...”, *loc.cit.*, en H. GAUDEMONT-TALLON, *Vers de nouveaux équilibres..., op.cit.*, pp. 550-552: “Projetée dans les relations internationales, la déloyauté commerciale est donc susceptible de tomber aujourd’hui sous le coup de lois de police(...) l’action en lui assignant un rôle de régulation de marché (...)” ; F. DESSEMONT, “Arbitrage, Propriété Intellectuelle et Droit de la concurrence. Perspective Suisse...”, *loc. cit.*, p. 59: “De autre part, la propriété intellectuelle et le droit de la concurrence découlent de politiques publiques bien définies”; C. VAQUERO LOPEZ, “Las cláusulas económicas extraterritoriales en el tráfico...”, *loc.cit.*, p. 489; H. BUXBAUM, “Choice of Economic Laws: From Sovereignty to Substance”, *V. J. Int’L.*, vol. 42, 2002, pp. 931-977; C. KESSEDIAN, “Droit commercial international et droit international privé...”, *loc.cit.*, pp. 130-132.

¹¹⁸² A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos de importación y ...”, *loc.cit.*, en A. J. RODRIGUEZ CARRIÓN/E. PÉREZ VERA (coord.), *Soberanía del Estado y Derecho internacional. Homenaje al profesor Juan Antonio ...*, *op.cit.*, p. 280 (adaptado a la función de las normas de la competencia desleal como Derecho privado institucional). Los autores diferencian entre las normas de intervención que tutelan tanto intereses generales (de corte institucional) y aquellas que tutelan intereses privados de sujetos en posición de debilidad, como pueden ser los consumidores en sus relaciones frente a los profesionales (normas de protección); P. A. DE MIGUEL ASENSIO, *Contratos internacionales sobre propiedad industrial..., op.cit.*, pp. 307-310, p. 307: sus rasgos principales son dos: se trata de normas materiales imperativas y resultan aplicables a las situaciones privadas internacionales comprendidas en su ámbito de aplicación con independencia de las normas de conflicto generales”.

¹¹⁸³ *Ibid* (CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos de importación...”); *id. Derecho Internacional Privado...*, vol. 2, *op.cit.*, p. 1353.

mercado, con independencia de su carácter público o privado y su nacionalidad¹¹⁸⁴. Siendo una de las formas que el legislador tiene para incidir en la regulación de relaciones privadas internacionales en el ámbito del Derecho de la competencia en general¹¹⁸⁵.

3. Naturaleza híbrida de la competencia desleal como Derecho Privado institucional en sede de ley aplicable. Las consideraciones acerca del contenido material de orden público en las normas de competencia desleal se relacionan con la consideración que se mantiene acerca de su naturaleza “híbrida”, atendiendo a su modelo actual, el Modelo Social y con lo estudiado en la primera parte¹¹⁸⁶. No obstante, también va a depender de cómo se observe la disciplina en cada ordenamiento jurídico, en defecto de una armonización material total de la misma. Si como parte del Derecho privado institucional o, como mera disciplina de Derecho privado, en donde las partes pueden disponer de forma total de sus derechos estando en este supuesto relacionada sólo con la tutela de derechos subjetivos obviando

4. Para el legislador europeo en el ámbito del RRII, la disciplina no contiene normas que pudieran considerarse Derecho privado institucional, y por

¹¹⁸⁴ A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado...*, vol. 1, *op.cit.*, p. 408: el Derecho Privado Institucional aunque regula relaciones entre particulares, está formado por normas que protegen el modelo económico, social y político....Defienden intereses públicos y generales. Conjunto de normas jurídicas con “carga política”, normas próximas al Derecho público”; S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho patrimonial europeo*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2003, pp. 363-381; *id.* “La función de las técnicas conflictuales en los procesos de unificación del Derecho...”, *loc.cit.*, pp. 1765-1786; B. KEIRSBILCK, *The new European Law of Unfair...* *op.cit.* pp. 521-522; C. OTERO GARCÍA CASTRILLÓN, “El alcance extraterritorial del derecho de la competencia y su utilización como medida ...”, *loc.cit.*, pp.34-56; A. BUCHER, “La dimension sociale du droit international...”, *loc.cit.*, pp. 171-185, esp. p. 183; B. ANCEL/H. MUIR WATT, “Les jugements étrangers et la règle de conflit de lois”, en *Mélanges en l’honneur de Hélène Gaudemet-Tallon...*, *op.cit.*, pp. 135-170, p. 162; J. I. PAREDES PÉREZ, “La responsabilidad civil del prestador y la obligación general de no discriminación del art. 20.2...”, *loc.cit.*, pp. 372-374; H. MUIR WATT, “Choice of Law in Integrated and Interconnected Markets: a Matter of Political Economy”, *CJEL*, nº 3, vol. 9, 2002/2003, pp. 383-409; *id.* “Aspects Économiques du droit international privé (Réflexions sur l’impact de la globalisation économique sur les fondements des Conflits de lois et de Jurisdictions)”, *Rec. Des C.*, t. 307, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, pp. 39-365.

¹¹⁸⁵ P. A. DE MIGUEL ASENSIO, *Contratos internacionales sobre propiedad ...*, *op.cit.*, p. 308, notas a pie 5 y 6; parafraseando a KROPHOLLER; estas normas tienen por objetivo satisfacer intereses públicos (normalmente de política económica o comercial pero también social, por ejemplo, las destinadas a la tutela de determinados colectivos). En nuestro caso, a los intereses económicos colectivos de los consumidores y los profesionales leales en el mercado.

¹¹⁸⁶ C. JOERGES, “Die klassische konzeption des Internationalen Privatrechts...”, *loc.cit.*; C. BRÖMMELMEYER, *Internetwettbewerbsrecht: das recht der Ubiquität, das Recht der Domain...*, *op.cit.*, p. 114: “Das Deliktrecht konzentriert sich auf den Individualrechtsschutz und die Kompensation individueller Schäden, während das Wettbewerbsrecht auch Kollektivinteressen schützt”; T.W.DORNIS, *Trademarks and Unfair Competition Conflicts...*, *op.cit.*, pp. 379-382, p. 379: “In addition, however, beyond this common core of trademarks protection and unfair competition prevention, a wide array of additional policies exist. Among them are regulatory restrictionis on matters related to the public interest in general (...)”

ende, su *ratio legis* no está sometida a la soberanía de ningún Estado siendo, en apariencia, una disciplina de Derecho privado¹¹⁸⁷.

No obstante, aunque según lo que se va a considerar en este Capítulo sobre la norma de conflicto especial en materia de competencia desleal europea, puede mostrarse, que en el fondo, sí la trata como una disciplina de Derecho Privado Institucional, cuestión diferente es que estableciese una norma de conflicto bilateral pura.

5. Considerando 21 RRII: una atenta lectura sobre el “Considerando 21 del RRII” hace observar el reconocimiento del Modelo Social en la norma de conflicto y con ello, su también reconocimiento de Derecho privado institucional reconociendo estos valores de tipo ordo político en las normas materiales: “(...) en materia de competencia desleal, la norma de conflicto de leyes debe proteger a los *competidores*, los *consumidores* y al *público en general para garantizar el buen funcionamiento de la economía del mercado*” (el resaltado no es del texto).

Este reconocimiento hace escindir la norma de conflicto en dos apartados que reconocen la diferencia entre los intereses tutelados y como deben ser observados por la norma de conflicto. Aparte, no vincula a la disciplina con la tutela de derechos subjetivos, como en su anterior “Modelo Profesional”. Y mucho menos con su invocación sólo por parte de propietarios de DPI.

De otra parte, se hace esta reflexión en cuanto, como se desarrolla en la Sección segunda, en cuestiones relativas a los ilícitos concurrenciales de tipo *B2C*, no cabe ni la posibilidad de la autonomía de la voluntad ni la conflictual, al no estar en presencia de normas de Derecho dispositivo puro¹¹⁸⁸.

6. A sensu contrario, antes de la introducción del RRII y su vocación universal que desplaza a las normas de conflicto de los legisladores nacionales, el legislador español y otros legisladores de EM, sí delimitaron el ámbito espacial de su Derecho de competencia desleal, excluyendo por motivos obvios, de no injerencia en la política legislativa de otros legisladores extranjeros, determinar la

¹¹⁸⁷ A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado...*, vol. 2, *op.cit.*; T.W.DORNIS, *Trademarks and Unfair Competition Rules...*, *op.cit.*, p. 382: “*Most illustrative is this lack of clarity, as we have seen, is the traditional neglect of public policy in European unfair competition choice of law, which is still characterized by obsolete paradigm of international tort doctrine and a focus on market participants’ territorial conduct as the object of regulation. In US doctrine, by contrast, the pendulum has swung in the other directions*”

¹¹⁸⁸ *Ibid* (DORNIS), pp. 331-339, que considera que un exceso en la protección de los derechos de consumidores da lugar a excesivo intervencionismo estatal, dando lugar a esta hibridez clara en las normas actuales. Pero que la protección al consumidor tanto en protección de marcas como en competencia desleal se ha convertido el eje central de estas disciplinas con respecto tanto a los valores públicos como privados.

aplicación del Derecho de competencia desleal de terceros Estados, estableciendo normas de conflicto unilaterales¹¹⁸⁹.

7. Como conclusión: en las normas del Derecho de la competencia en general (aglutinando ambos conjuntos normativos: desleal y *antitrust*) se encuentran un conjunto de valores de tipo económico y social que deben ser tenidos en cuenta, a la hora de confeccionar normas de conflicto para dar solución a problemas de ley aplicable en relación a las instituciones del Derecho de mercado, aunque estas normas de conflicto sean en principio directas y bilaterales¹¹⁹⁰.

8. Estos valores no tienen porque someterse a la soberanía de un Estado pero, en el apartado siguiente se trae a colación porqué en la UE existe un contenido que debe ser respetado en las normas de competencia desleal, entendiendo a estas normas como el Derecho de lealtad comercial¹¹⁹¹.

2. *Contenido del orden público en el mercado interior europeo y objetivos del Derecho de la lealtad comercial*

9. Consideraciones específicas sobre su función en el mercado interior europeo. En el mercado interior europeo, tras el análisis realizado en el Capítulo II de la posición de la disciplina y sus cambios de paradigma, *ie.*: entendido como el Derecho de lealtad comercial en la UE, -en el Derecho originario y en el Derecho derivado-, implica el conocimiento que, el objetivo de la institución se coloca muy por encima de la consideración de una mera institución de Derecho privado no sometido a la soberanía de ningún Estado, puesto que todavía los EM tienen capacidad para establecer en ciertos aspectos, como regular la competencia desleal (menos en cuestiones relativas a protección de consumidores o relaciones *B2C*).

10. La ambigüedad en esta materia establecida en la política de competencia y de protección a los competidores exige que las fórmulas que den los

¹¹⁸⁹ *Vid. infra*, de las consideraciones sobre el unilateralismo introverso en la ex. norma de conflicto española de competencia desleal.

¹¹⁹⁰ P. A. DE MIGUEL ASENSIO, *Contratos internacionales sobre propiedad industrial...*, *op.cit.*, pp. 307-310 y pp. 312-314, el autor delimita los dos tipos de normas de intervención ordo-política que tienen relación con el orden concurrencial, aunque desde los contratos de propiedad industrial; M. GARDEÑES SANTIAGO, *La aplicación de la regla de reconocimiento mutuo y su incidencia en el Comercio de mercancías y servicios...* *op.cit.*; J. GARCÍA LÓPEZ, “Los efectos de Derecho privado de las normas de intervención...”, *loc.cit.*, p. 70: “La presencia de fines distintos en las normas de intervención en el mercado han posibilitado diferenciar entre normas de Derecho público que salvaguardan determinadas estructuras institucionales-*statuta institutionalia* (por ejemplo, Derecho de la competencia) y aquellas normas también públicas, generalmente administrativas, que protegen los intereses de determinados grupos afectados por la competencia exterior-*statuta interveccionalista* (las normas sobre control de las exportaciones e importaciones, por ej. La normativa *antidumping* o de restricciones cuantitativas”).

¹¹⁹¹ *Ibid* (HONORATI) p. 135.

legisladores sean flexibles y eficaces por los cambios de paradigma que operan especialmente en la Unión Europea¹¹⁹².

11. Recapitulando: el legislador europeo considera que este acervo de normas de lealtad comercial (siendo el paradigma de las mismas, la DPCD) tutela de forma directa las libertades de circulación de mercancías y servicios (siendo valores supranacionales o *functional rights*¹¹⁹³) así como otros intereses establecidos en el TFUE como es la protección debida al consumidor (Cdo. 21° de nuevo)¹¹⁹⁴. Como ya se analizó en el Capítulo II, relativo a la jurisprudencia del TJUE en la materia¹¹⁹⁵.

12. Ahora bien, la relación que tienen estos valores que conllevan el orden público económico del mercado interior desde la Constitución económica del mismo establecida en los Tratados de formación y funcionamiento, con las normas de la competencia desleal, es una relación de tipo indirecto si se compara con la relación que tienen con las normas *antitrust* europeas¹¹⁹⁶.

¹¹⁹² Así lo consideraba ya desde el TCEE, VILÁ COSTA en B. VILÁ COSTA, “Las reglas generales de competencia ...”, *cit.*, p. 375: “Evidentemente, para forzar una coherencia entre ambos intereses, las fórmulas escogidas deberán **ser suficientemente flexibles** como para irse adaptando a las características y necesidades de la competencia comunitaria en cada momento (...).” (la negrita es de la autora).

¹¹⁹³ J.I. PAREDES PÉREZ, “Sobre la idoneidad de una norma de conflicto...”, *loc. cit.*, p. 440; S. LEIBLE/M. LEHMANN, “Die neue EG-Verordnung über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (“Rom II”)”, *RIW*, vol. 53, 2007, pp. 721-735, p. 729; T. BALLARINO, “El Derecho *antitrust* comunitario y el ...”, *loc. cit.*, p. 408; J. J. EZQUERRA UBERO, *La jurisprudencia “Cassis-Keck” y la libre circulación...*, *op. cit.*, esp. pp. 21-23, en donde el autor analiza y relaciona con las técnicas conflictuales del DIPr, las normas en materia de LCM. Existe esta relación que ayuda o puede ayudar a los tribunales a resolver los conflictos en materia de fricciones entre la LCM y las normas contra la competencia desleal que todavía no están totalmente armonizadas, como se puso de relieve en el Capítulo II.

¹¹⁹⁴ *Vid. supra*, Capítulo II, sección II, epígrafe I, de los objetivos de la disciplina en el ámbito del Derecho derivado y sus consecuencias para la integración del mercado interior europeo.

¹¹⁹⁵ *Vid. supra*, Capítulo II: Sección II (tratamiento de la disciplina en el ámbito del Derecho originario) y Sección segunda (tratamiento de la disciplina en el ámbito del Derecho derivado)

¹¹⁹⁶ *Vid. v.gr.*, J.C. KABEL, “Transborder Advertising and Unfair Competition: Country of Origin vs. Country of Destination. Clarification of the International League of Competition Law”, *IViR*, 1994, pp. 285-301: “From a private international law point of view, cases of unfair competition differ from cases in which rules of public order are breached (...). Nevertheless, rules of public order could bear a relation with acts of unfair competition, albeit, this relation is only an indirect one”; M. VIRGÓS SORIANO, *El comercio internacional en el nuevo derecho español de la...*, *op. cit.*, 137; F. HENNING BODEWIG, “Was gehört zum Lauterkeitsrecht?”, en F. HENNING BODEWIG/R. HILTY (eds.), *Lauterkeitsrecht und Acquis Communautaire*, MPI Studies on Intellectual Property, Competition and Tax Law, vol. 14, Munich, Springer, 2009, pp. 9-26, pp.18-20; E. COUREAULT, *La concurrence déloyale en droit international privé...*, *op. cit.*, p. 30; G. VITELLINO, “Consumer protection against unfair practices in cross-border food trade...”, *loc. cit.*, en A. LUPONE/C. RICCI/A. SANTINI (eds.), *The right to safe good towards...*, *op. cit.*, p. 435; A. MALATESTA (ed.).

13. La diferencia estriba en que la competencia para legislar sobre cuestiones de competencia desleal recae todavía en los legisladores nacionales de los EM, porque no existe ningún cuerpo de normas uniforme de Derecho de competencia desleal europeo, -a diferencia de lo que sucede en el Derecho *antitrust* europeo-, como ya se puso de relieve en el Capítulo segundo y ahora se pone de relieve la relación entre el estado de armonización de la materia en el Derecho sustantivo europeo y el DIPr europeo de ley aplicable.

14. Por ello, como se desarrollará en el siguiente epígrafe, será interesante analizar hasta donde llega la bilateralidad de la norma de conflicto europea en litigios de competencia desleal transfronteriza de la existente en cuestiones de Derecho *antitrust*.

15. Se considera procedente su análisis porque existen posiciones contradictorias y desde las mismas, la esencia de la Institución y sus cambios de paradigma no se respetan de forma adecuada, teniendo en cuenta su valor para el mantenimiento del buen funcionamiento de la economía de mercado en la UE.

II. Reflexiones previas sobre la idoneidad de la norma de conflicto bilateral para ilícitos de competencia desleal transfronteriza como Derecho Privado institucional y como Derecho privado

1. Valoración de la norma de conflicto bilateral en litigios transfronterizos de competencia desleal transfronteriza

A. Necesidad de una norma de conflicto bilateral en el mercado interior y fuentes de inspiración para el legislador europeo.

16. La necesidad de una norma de conflicto bilateral que diese respuesta a los problemas de competencia desleal en el ámbito transfronterizo era muy notoria, con independencia de su valoración por el legislador europeo como disciplina de Derecho privado o no, sino por la técnica elegida para un espacio como el mercado interior europeo en el que existen 27 mercados de los 27 EM¹¹⁹⁷.

The Unification of Choice of Law Rules on Torts and Other Non- Contractual Obligations in Europe: The "Rome II" Proposal, Padua, 2006.

¹¹⁹⁷*Vid.* H. MUIR WATT, "Aspects Économiques du droit international privé (Réflexions sur l'impact de la globalisation économique sur les fondements des Conflicts de lois et de Jurisdictions)", *Rec. Des C.*, t. 307, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, pp. 39-365 ; A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado...*, vol. 2, *op.cit.* ; T. BALLARINO, "El Derecho *antitrust* comunitario y el art. 6 del Reglamento "Roma II" (Régimen conflictual y territorial, efecto directo...)", *loc.cit.*, p. 408, el que lo considera también un gran acierto por parte del legislador europeo, sobre todo porque de esta forma se evita que se aplique la *lex fori* a las cuestiones de competencia desleal.

Aunque el RRII como se analiza en la Segunda sección de este Capítulo, no hace alusión a si las normas de conflicto que contiene siguen una técnica bilateral o multilateral, el mero hecho de haber sido realizada por el legislador europeo es una presunción de bilateralidad suficiente así como su explicación sobre la misma, entendida como una obligación de tipo extracontractual (institución de Derecho privado)¹¹⁹⁸.

17. Fuentes de inspiración de la norma de conflicto bilateral del RRII en competencia desleal. La defensa por la norma de conflicto bilateral se manifestó también en determinados informes que fueron anteriores a la redacción de la norma de conflicto europea del Reglamento Roma II. Cabe destacarse, por ejemplo, el informe de la “Conferencia de la Haya del 2000” sobre el análisis de las normas de competencia desleal siendo uno de los más importantes. Con mucha anterioridad a la redacción del RRII, fue propuesta por DUTOIT¹¹⁹⁹.

18. Este informe fue la principal fuente de inspiración para el legislador europeo, porque ofrecía las claves y análisis de los puntos de conexión adecuados para una norma de conflicto bilateral en supuestos de competencia desleal transfronteriza¹²⁰⁰.

De otro particular, también fue fuente de inspiración, la norma de conflicto establecida en el art. 136 de la Ley de DIPr suiza¹²⁰¹.

19. En espacios de libertad, seguridad y justicia, con cierto grado de integración económica como es el mercado interior europeo, no se considera que

¹¹⁹⁸ E. COUREAULT, *La concurrence déloyale en droit international...*, *op.cit.* p. 87; T. BALLARINO, “El Derecho *antitrust* comunitario y el art. 6 del Reglamento “Roma II” (Régimen conflictual y territorial, efecto directo...)”, *loc.cit.*, p. 409.

¹¹⁹⁹ B. DUTOIT, “Un convention multilatérale de droit international privé en matière de concurrence déloyale: ... », *loc.cit.*, en A. BORRAS RODRIGUEZ (ed.), *E. Pluribus Unum. Liber amicorum ...*, *op.cit.*, pp. 53-66; J. I. PAREDES PÉREZ, “Sobre la conveniencia de una norma de conflicto bilateral sobre competencia...”, *loc.cit.*, p. 429; puesto que la norma bilateral se postula en pie de igualdad entre la *lex fori* y la *lex causae*, E. COUREAULT, *La concurrence déloyale en droit international privé...*, *op.cit.*, p. 86

¹²⁰⁰ *Conférence de la Haye de Droit international privé*, “Note sur les conflits de lois en matière de concurrence déloyale: Rappel et mise à jour...”, *loc.cit.*; y también, A. DYER, “Exploratory Study on the Law Applicable to Unfair competition/Étude exploratoire sur la loi applicable en matière de concurrence déloyale”, The Hague/La Haye, *Permanent Bureau of the Conference of the Hague/Bureau permanent de la Conférence de La Haye*, 1987

¹²⁰¹ Puede consultarse la ley federal de DIPr suizo, *Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (état le 1er janvier 2010)*, disponible en: http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=180246: 1. *Les prétentions fondées sur un acte de concurrence déloyale sont régies par le droit de l'Etat sur le marché duquel le résultat s'est produit*; 2. *Si l'acte affecte exclusivement les intérêts d'entreprise d'un concurrent déterminé, le droit applicable sera celui du siège de l'établissement lésé*; M. LEITSNER, “Unfair Competition Law Protection Against Imitations: A Hybrid under the Future Art. 5 Rome II Regulation?”, en J. BASEDOW/J. DREXL/A. KUR/A. METZGER (eds.), *Intellectual Property in the Conflict of Laws*, MPI für ausländisches und internationales Privatrecht, vol. 44, Tübingen, Mohr Siebeck, 2005, pp. 129-157, p.133 y p.135.

deban existir normas de conflicto de tipo unilateral realizadas por los legisladores de los EM¹²⁰².

20. Explicación. Uno de los motivos (entre otros) del establecimiento de normas de conflicto bilaterales en los instrumentos del DIPr de la UE, aparte del objetivo principal de la integración jurídica de los sistemas estatales de los EM, es que se evite la aparición del *bad forum shopping*, la falta de seguridad jurídica, soluciones nacionalistas, y la competencia regulatoria entre los EM que fomenta la carrera a los tribunales (*race to the courts*)¹²⁰³.

21. De otro lado, la confección de normas de conflicto bilaterales, ya no sólo se realiza por el desarrollo de una europeización del DIPr cada vez más incipiente¹²⁰⁴.

22. En cuestiones relativas a la ordenación de conductas en el mercado también se realiza por entender que los mercados de los EM están, en mayor o menor medida, relacionados entre sí por el buen funcionamiento del mercado interior y que debe existir un verdadero espacio en el que las LC de mercancías y servicios se desarrollen con normalidad, entre otros aspectos.

23. Se evita con ello el *legeforismo* o el imperialismo legal en cuestiones de protección de mercado y discriminaciones que pudieren llegar a ser consideradas

¹²⁰² Vid. por todos, A. L. CALVO CARAVACA, “El Derecho internacional privado de la ...”, *loc.cit.*, *infra.*; *id.*, “La doctrina del interés nacional y su ámbito espacial de aplicación”, *Revistas UMU*, 1976, pp. 210-233; J. BASEDOW, “The Law of Open Societies...”, *loc.cit.*

¹²⁰³ Considerando 6 del RRII que establece lo siguiente: “El correcto funcionamiento del mercado interior exige, con el fin de favorecer la previsibilidad del resultado de los litigios, la seguridad jurídica y la libre circulación de resoluciones judiciales que las normas de conflictos de leyes vigentes en los Estados miembros designen la misma ley nacional *con independencia* del país del tribunal ante el que se haya planteado el litigio” (el resaltado no es del texto); A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado...*, vol. 1, *op.cit.*, pp. 408-409: “Las normas de conflicto estrictamente unilaterales conducen inexorablemente al indeseable *Forum Shopping*, que introduce inseguridad jurídica a raduales. El DIPr deja entonces de cumplir su función primordial: ya no proporciona una solución jurídica estable por encima de las fronteras, incentiva la litigiosidad y también la carrera a los tribunales (“*Race to the Court House*”). Las expectativas de las partes no se respetan y las situaciones privadas internacionales y los derechos subjetivos pierden continuidad en el escenario internacional, de momento que todo el tráfico internacional se resiente de modo grave”. Las normas materiales imperativas y las normas de conflicto estrictamente unilaterales comportan una “justicia exclusivamente estatal”; A. DICKINSON, *The Rome II Regulation...*, *op.cit.*, el autor considera que el legislador europeo en realidad, no ha erradicado la práctica del *fórum shopping* por los numerosos defectos en materia de elección del punto de conexión que existen en el RRII; J.J. KUIPERS, *EU Law and Private International Law: The Interrelationship in Contractual...*, *op.cit.* p. 139

¹²⁰⁴ Sobre el proceso de evolución de europeización del DIPr, A. L. CALVO CARAVACA, “El Derecho internacional privado de la Unión Europea”, *Anales de Derecho. Universidad de Murcia*, nº 21, 2003, pp. 49-69; A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado...*, *op.cit.*, vol.1, pp. 115-117.

como violaciones a la tutela judicial efectiva así como atentatorias de la liberalización de los intercambios comerciales¹²⁰⁵.

Con ello, también se hace que los particulares no estudien el ámbito de aplicación espacial de todos los ordenamientos jurídicos de competencia desleal para prever cuál será el régimen jurídico que finalmente deba ser de aplicación a sus actos comerciales, sino que deben participar en los Mercados de forma neutra, evitando la carrera a los tribunales, y con ello, la competencia regulatoria también proscrita en el mercado interior (evitado desde la integración negativa con el mutuo reconocimiento).

24. Por otra parte, lo que hace el legislador europeo es evitar de una forma un otra que los EM delimiten de forma espacial el ámbito de aplicación de la ley de competencia desleal de su Estado (al menos, en principio). Es más, esta norma de conflicto puede dar lugar a la aplicación de cualquier ley material de competencia desleal del mundo.

25. Ratio legis. Por ello, con la norma de conflicto bilateral, aquella que permite la aplicación de la ley de cualquier país del mundo mediante el “criterio del mercado afectado”, lo que se pretende es dar protección contra la competencia desleal como cualquier acto reprochable en el mercado que atente contra su buen funcionamiento y los intereses económicos de los participantes, y no a un determinado mercado nacional o determinados valores materiales del foro, al menos si las acciones se interponen ante los tribunales de los EM.

26. Valoración positiva del criterio del mercado afectado como el adecuado en la norma bilateral de competencia desleal: 1. Comporta costes de transacción conflictuales reducidos e implica previsibilidad para las partes; 2. Es una solución que ayuda a proteger el “efecto útil” de la normativa que debe ser aplicada por haber sido la verdaderamente infringida, sujeta a todos los agentes en el mercado a una misma ley estatal con las mismas exigencias y *estándares* de conducta sin discriminación por razones de nacionalidad u otro tipo.; 3. Adapta el criterio de la *lex loci delicti commissi* a las particularidades de la competencia desleal¹²⁰⁶.

¹²⁰⁵ *Ibid.* CALVO CARAVACA/ CARRASCOSA GONZÁLEZ), pp. 407-409.

¹²⁰⁶ *Ibid.* (CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ), pp. 1357-1358; A. DYER, “Unfair competition in Private international law...”, *loc.cit.*; H.D. TEBBENS, “Les conflicts des lois en matière de ...”, *loc.cit.*; J. M. BISCHOFF, “La concurrence déloyale...”, *loc.cit.*; en ilícitos antitrust, J. SUDEROW, “Acciones en ilícitos antitrust...”, *loc.cit.*, pp. 327-328

B. Comparación con la solución de las normas de conflicto unilaterales en cuestiones de tutela de mercado

27. Atendiendo a lo establecido en el epígrafe I y apartado anterior, se puede ya entender que cualquier norma de conflicto unilateral en principio, lo que genera es la aplicación de la ley del foro. En el unilateralismo estricto, existe también una laguna legal, en cuanto aquellos supuestos no previstos por la *lex fori* quedan sin regulación legal¹²⁰⁷.

28. Este tipo de normas de conflicto unilaterales da lugar a soluciones injustas en cuestiones de regulación de mercado, y mucho más en mercados que pretenden ser, o que ya son globales o transfronterizos. Y, a pesar que no existe un Derecho de la competencia internacional, existen premisas analizadas, que desarrollan el libre comercio y su liberalización mediante normas de intervención y control de acceso a los mercados para determinados actos de competencia desleal, aunque también es dudoso hasta que punto este aspecto afecta a la solución que puedan dar las normas de conflicto.

29. En realidad, la delimitación espacial debiera ser llevada a cabo, únicamente en cuestiones de CJI, para facilitar el acceso a la justicia de aquellos operadores jurídicos afectados por prácticas comerciales desleales, en cuanto, debe ser localizado de forma territorial un mercado afectado o mercados afectados, pero no para imponer los valores materiales y de orden público económico del foro mediante normas de conflicto de tipo unilateral o de extensión, dependiendo de la orientación de su respuesta jurídica.

30. Correcciones al unilateralismo estricto: el unilateralismo introverso y las normas de extensión: No obstante, existen correcciones a este unilateralismo del que adolecían las normas de conflicto anteriores a la establecida por el legislador europeo, como era la norma de conflicto del ex. artículo 4 LCD española que siendo una norma de conflicto unilateral, entendía la disciplina como Derecho privado institucional. Con ello, el legislador español lo que quería proteger eran los valores materiales del ordenamiento español en cuestiones de mercado y competencia¹²⁰⁸.

31. Se constituye en el método del unilateralismo introverso. El unilateralismo introverso consiste como explican CALVO CARAVACA/CARRASCOSA, en que los supuestos de hecho que no estuviesen

¹²⁰⁷ Vid. *infra* epígrafe siguiente en relación a las reflexiones sobre la bilateralidad de la norma de conflicto en Derecho de la competencia desleal.

¹²⁰⁸ Preámbulo Ley 3/1991, de 10 de enero, Motivo III, punto 2, párrafo 3: “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 resaltado no es del texto).

previstos por la norma de conflicto propia pueden ser sometidos al Derecho que apunta la norma de conflicto extranjera.

32. Como sucedía con el *ex. art. 4* de la LCD¹²⁰⁹. De este modo, también se entendía que el *ex. art. 4* de la LCD era una norma “aparentemente” unilateral sino más bien debía ser considerada una norma de extensión aunque *pro lege fori*¹²¹⁰ pero no como una norma unilateral estricta (VIRGÓS en contra de esta concepción)¹²¹¹. La única ley aplicable era la española pero sólo cuando los efectos del acto (limitados de forma territorial) se hubiesen manifestado en el mercado español. Dejando margen a aplicar la ley española también, a pesar que el acto comercial desleal o los actos preparatorios (por ej. la campaña publicitaria) pudiese haber comenzado en otro Estado diferente, cuando los efectos sustanciales fueron notorios en el mercado español¹²¹².

El asunto PROMOIDEA es un buen ejemplo de cómo se aplicó el unilateralismo “estricto” por el TS español. En el FJ 3º del asunto¹²¹³: “ (...) como una norma unilateral de Derecho internacional privado (...) que limita su ámbito de aplicación territorial a los actos que produzcan o puedan producir efectos sustanciales en el mercado mediante una prohibición de los actos de competencia desleal, en el territorio español”.

33. La conclusión a la se puede llegar es que el RRII, en principio con la configuración de normas de conflicto bilaterales, que son las que realiza un legislador como el europeo, rechaza el uso de este tipo de técnicas que pueden lidiar

¹²⁰⁹ A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado...*, vol. I, *op.cit.*, pp. 407-408

¹²¹⁰ *Ibid.* (CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ), p. 406.

¹²¹¹ M. VIRGÓS SORIANO, *El comercio internacional en el nuevo derecho de la competencia...*, *op.cit.*, pp. 127-142. Para el autor, el *ex.*, art. 4 LCD 1991 nunca hubiera podido tener una respuesta bilateralizable, al menos, tal y como estaba redactada la norma, tenía visos de ser una norma de tipo unilateral pura, puesto que su respuesta era siempre que se aplicaría la ley española cuando el acto o la práctica comercial desleal hubiere producido efectos en el mercado español. Con independencia de su lugar de realización. No había lugar a entender que se podía aplicar el Derecho material de otro Estado, ni cuando la práctica comercial desleal se hubiere realizado en España y hubiere provocado efectos en otro mercado diferente al español; no obstante, según la AP en la sentencia Delinas, P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, “Comentario a la sentencia Delinas: Jurisprudencia española y comunitaria de Derecho internacional privado. Derecho del comercio internacional. Competencia desleal. Propiedades inmateriales. Delimitación competencia desleal/propiedades inmateriales...”, *loc.cit.*, pto. 4º: “Si para dar aplicación a la LCD ha de encontrarse afectado el mercado español, es menester concretar el criterio “del mercado afectado” que contiene la norma de conflicto española, toda vez, que lejos de tratarse de un punto de conexión rígido, se encuentra necesitado de una interpretación para cada supuesto en concreto”.

¹²¹² *Vid.* W. F. LINDACHER, “Die Internationale Dimension lauterkeitsrechtlicher Unterlassungsansprüche: Marktterritorialität versus ...”, *loc.cit.*, p. 455; B. UBERTAZZI, “The Law Applicable to Unfair Competition...”, *loc.cit.*, en J. DE WERRA (ed.), *Défis de la concurrence déloyale...*, *op.cit.*: “sobre las diferencias entre la norma de extensión unilateral y las normas que como la contenida en el RRII o el art. 136 Ley DIPr de Suiza son bilaterales. Por ejemplo, en el análisis de la autora interesa resaltar lo que estableció el Tribunal Supremo norteamericano en el asunto *Hartford insurance*. El mismo Tribunal consideró que la aplicación de la ley nacional se aplicaría siempre que no existiera un “verdadero conflicto” con la ley extranjera. El conflicto solo existe si dos leyes nacionales son incompatibles entre sí.

¹²¹³ SAP B 14999/2006, Sección 15ª, de 20/07/2006 y la STS que deriva del mismo.

en soluciones poco justas, atendiendo al grado de apertura de los mercados y de las relaciones comerciales transfronterizas.

2. Teoría del doble nivel en la norma de conflicto de competencia desleal transfronteriza

A. Posible orientación material de la norma de conflicto (*Better Law Approach*) en relación al Derecho de la lealtad comercial como Derecho Privado institucional

34. Este aspecto harto conflictivo en los debates doctrinales se trae a colación para las cuestiones relativas de competencia desleal, en cuanto, a pesar que se ha considerado que las normas de conflicto del RRII son normas con puntos de conexión neutros y aparentemente puras, que no buscan la tutela de determinados intereses del mercado interior por su delimitación espacial, existe un doble nivel de aplicación de la norma de conflicto implícito que debe observarse¹²¹⁴.

De otro lado, porque ya se ha argumentado que en competencia desleal, el legislador europeo reconoce los valores de la disciplina como Derecho privado institucional y no como Derecho privado. En puridad, atendiendo a cuestiones de protección de los intereses colectivos de los consumidores y del orden concurrencial de sus mercados¹²¹⁵.

35. La reflexión se dirige en realidad a si realmente se ha tenido en cuenta y puede existir este cierto grado de orientación material teniendo en cuenta su tratamiento en el Derecho derivado como institución de Derecho privado como institución de Derecho privado institucional y los valores materiales que este aspecto

¹²¹⁴ T.W.DORNIS, *Trademarks and Unfair Competition Conflicts... op.cit.*, p. 382.

¹²¹⁵ F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “Un apunto sobre la “regla general en el.”, *loc.cit.* p. 243: “ (...) la regla general constituye una auténtica “declaración de principios” sobre el modelo normativo escogido por un modelo conflictual con dos rasgos muy definitorios: es puramente neutral o localizador y está basado en el principio de unidad del régimen normativo”. Y, que las normas del RRII, no son normas materialmente orientadas. No existe en las mismas lo que se considera *better law approach*, ni nada que se le parezca, como argumenta el autor. Las reglas se basan en criterios naturales que expresan un criterio de proximidad geográfica, criterios “ciegos”. Y, porque el RRII rechaza el *issue by issue approach*. La conexión es, en principio, única y cubre todos los aspectos aplicables al daño extracontractual; E. TORRALBA MENDIOLA, “El proyecto de Roma II y la ley aplicable a la responsabilidad por productos”, *RJUAM*, nº13, 2005, pp. 254-272, p. 259: “Si se analizan los casos en que se adoptan, con mayor o menor extensión, normas de conflicto con una determina orientación material, ello obedece a que el Derecho sustantivo presenta dicha orientación (...). Dicho en otras palabras: el Derecho internacional privado sólo adopta tal orientación si principios de Derecho sustantivo presentes en el ordenamiento en que esa norma se integra (norma de conflicto de fuente autónoma) o del conjunto de ordenamiento en presencia (norma de conflicto convencional)”, p. 244, el autor la considera una norma con función “nodriza”; A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado...*, vol. 1, *op.cit.*

conlleva por el doble nivel de aplicación implícito en el uso de la norma y los mecanismos del legislador europeo dados en el RRII.

36. Por lo que, aunque el legislador europeo, por cuestiones de técnica legislativa, no haya “aparentemente” orientado de forma material, (evitando que se conviertan en normas de conflicto no neutras), existen indicios para pensar lo contrario, en determinados supuestos, pero tampoco muy consolidados para construir una crítica negativa hacia esta construcción y valoraciones¹²¹⁶.

Estos aspectos se entienden mejor y deben complementarse, explicando la “teoría del doble nivel” desarrollada por BASEDOW¹²¹⁷, en relación a la orientación que el legislador europeo realiza de algunas normas de conflicto para materias “híbridas” que oscilan entre la regulación privada y pública. Y, en relación al contenido material y límites espaciales ofrecidos por cada ordenamiento jurídico de competencia desleal.

B. De la “teoría del doble nivel” y los límites de tipo espacial a la norma de conflicto bilateral de competencia desleal y de competencia

37. Significado de la teoría del “doble nivel” y el criterio del mercado afectado; Esta teoría se sustenta en que, a pesar de existir una norma de conflicto bilateral con un punto de conexión neutro como es la norma de conflicto del artículo 6 RRII, remite a ordenamientos jurídicos en los que existen normas que determinan el ámbito espacial de forma unilateral en sus normas de conflicto y con otros límites como el *de minimis* (no establecido en cuestiones de competencia desleal por el

¹²¹⁶O. SANDROCK, “Das Kollisionsrecht des unlauteren Wettbewerbs zwischen dem internationalen Immaterialgüterrecht und dem internationalen Kartellrecht”, *GRUR Int*, 1985, vol. 8, pp. 507-522, p. 522; H. DUINTJER TEBBENS, “Les conflits de lois en matière de publicité déloyale...”, *loc.cit.*, p. 454: “Au niveau de conflits de lois, les études précitées constatent une convergence vers l’application de la loi du marché (**national**)...”; P.A.DE MIGUEL ASENSIO, “The Private International Law of Intellectual Property and of Unfair...”, *loc.cit.*, en S. LEIBLE/A. OHLY (eds.), *Intellectual Property and Private International...*, *op.cit.*, p. 29 (versión ucprints): “Such an understanding of the conflict rule leads usually to a common approach with choice of law rules in antitrust law and with the *lex loci protectionis* for IP protection”; C. OTERO GARCÍA CASTRILLÓN, “El alcance extraterritorial del Derecho de la competencia y su utilización como medida...”, *loc.cit.* pp. 28-29: “En ocasiones, el Derecho de la competencia puede ser utilizado con fines diferentes a los originales: de otro modo dicho, puede ser *instrumentalizado*, por ejemplo, para responder a intereses de una determinada política industrial...”; C. ORÓ MARTÍNEZ, *La aplicación privada del Derecho de la competencia...*, *op.cit.*, en el que se puede encontrar un detallado análisis de este problema, pero relativo a las cuestiones de Derecho *antitrust*; E. YSLENTYEVA, *L’application du droit européen de la Concurrence aux entreprises des Etats Tiers*, (tesis doctoral), Faculté de Droit, d’Économie et de Finance de Luxembourg, 2012. Sobre la relevancia del asunto *Pâte de Bois* (Pasta de madera) en las cuestiones de la extraterritorialidad del Derecho de la competencia, J.A.MIER HERNÁNDEZ, *El control de las prácticas restrictivas de la competencia en el comercio internacional...*, *op.cit.*, pp- 170-173.

¹²¹⁷J. BASEDOW, “The Law of Open Societies...”, *loc.cit.*, pp.

RRII), habitual en el ámbito de la competencia desleal, en cuanto cada Estado regula la competencia desleal como desea (al menos, en principio)¹²¹⁸.

38. El problema se suscita en que la norma de conflicto bilateral del art. 6 nos remite a la aplicación de la ley de cualquier país del mundo y que dicho ordenamiento puede tener normas de delimitación espacial. Normas que pueden indicar que su ordenamiento se aplique sólo si el acto afecta de forma sustancial (*test de minimis*) su mercado o sólo cuando el acto comercial desleal afecta *in toto* a su mercado pero no a una parte.

Con la norma de conflicto bilateral se debe aplicar esta limitación espacial realizada por las normas de este ordenamiento jurídico, en base al criterio de mercado afectado (primer nivel), del Derecho material de competencia desleal que lo si puede establecer tales límites (segundo nivel).

39. Opiniones doctrinales. BASEDOW y CALVO CARAVACA consideran que lo que se trata de decidir es, si se aplica el Derecho material del mercado afectado y no la remisión a las normas de conflicto del otro ordenamiento jurídico¹²¹⁹.

CARRASCOSA aclara que BASEDOW lo que realmente está explicando es que existe un cierto “unilateralismo” encubierto en el ámbito del DIPr europeo patrimonial operando un “doble nivel”. En ciertos sectores como es el Derecho *antitrust*, la norma de conflicto bilateral (apartado 3º, art. 6º) puede estar cubriendo la remisión a los valores materiales de cada ordenamiento jurídico en materia de orden público económico y cuestiones de competencia, protegiendo los valores supranacionales del foro (mercado interior, artículos 101 y 102 TFUE)¹²²⁰. En cuestiones de competencia desleal, en principio, no se extrae la misma consecuencia, en cuanto el legislador establece que es Derecho privado (aparentemente).

40. Límites en la aplicación “doble nivel de aplicación”: Para evitar que en el doble nivel se produzcan desaveniencias en cuanto a lo establecido por la ley material de competencia desleal del Estado que resulte de aplicación (donde existan límites también), existen dos mecanismos ofrecidos por el mismo legislador europeo (mecanismos generales para todas las instituciones de obligaciones

¹²¹⁸ A.L.CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*..., vol. 2, *op.cit.*, p. 1361

¹²¹⁹ A.L. CALVO CARAVACA, “El Derecho internacional privado de la Comunidad europea...”, *loc.cit.*, p. 66; *vid. infra*, párrafo 40.

¹²²⁰ Reflexiones del autor en, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Las sociedades abiertas y el Derecho internacional privado: comentario breve al libro de J. BASEDOW (El derecho de sociedades abiertas. Ordenación privada y regulación pública en el conflicto de leyes”, *Legis*, 2017, *ACCURSIO DIP*, enero 2018, disponible en: <http://accursio.com/blog/?p=805>. Por ejemplo, artículo 6 RRII.- NIVEL EUROPEO. Norma nacional .-NORMAS NACIONALES QUE PRECISAN EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LAS LEYES DE COMPETENCIA DESLEAL.

extracontractuales contenidas en el RRII). Primero, el mecanismo del orden público (art. 26). Segundo, el de la aplicación de las leyes de policía (art. 16)¹²²¹. Y, la exclusión del reenvío a las normas de conflicto del otro ordenamiento jurídico (que no, a su derecho material, diferenciado como ya había realizado en otros Reglamentos este aspecto) establecido en el art. 24 RR.

Con ello, una norma de conflicto como la que se analiza, al margen de poder permitir la aplicación de cualquier ley del mercado del mundo se ve limitada, en cierta medida, de forma espacial en cuanto se remite, no sólo a las normas sino a criterios de aplicación espacial fijados por la ley de este Estado (del mercado afectado).

41. Con la prohibición del reenvío, se excluye la aplicación de las normas de DIPr. Esto es, que no podrán aplicarse las normas de conflicto que reenvíen a otro ordenamiento jurídico diferente del foro o del lugar del mercado afectado que no tiene porque ser el ordenamiento del foro.

42. Que no incluye que no se apliquen las normas que delimitan de forma espacial dicho “mercado afectado”. Con independencia que, los valores materiales de dicho ordenamiento jurídico, colisionen de forma posterior, con el orden público del foro del EM en cuestión o del mercado interior, para los que existirá si es necesario, el mecanismo de corrección del orden público y las leyes de policía.

43. Por ejemplo, la aplicación de la normativa del mercado afectado no tutela a los intereses económicos de los consumidores y en el EM donde se litiga, el Tribunal considera que la aplicación de dicha normativa es atentatoria del buen funcionamiento del mercado interior y en contra de la tutela debida a los consumidores según lo establecido en la DPCD, podrá activar el mecanismo del orden público por el artículo 16 RRII, para proteger estos intereses económicos de los consumidores y orientar la respuesta jurídica equilibrando estos valores que sí

¹²²¹ T. BAUERMANN, *Der Anknüpfungsgegenstand im euroäischen...*, *op.cit.*, pp. 205-208 y p. 210; as. *MARRIAGES FRÈRES*, *Cour de Cassation* nº 16-10850, de 8 de noviembre de 2017, el recurso al orden público en un asunto por competencia desleal transfronteriza entre una empresa francesa y varias de Singapur. La *Cour de Cassation* establece que la ley de Singapur de competencia son similares, por lo que no se tenía que acudir al recurso del orden público para evitar la aplicación de la ley de Singapur en Francia: “ (...) *et qu'en conséquence le droit singapourien et bien applicable en l'espèce pour régir les demandes en concurrence déloyale sans qu'il y ait lieu pour le juge français de soulever une exception d'atteinte à l'ordre public*”.

están establecidos en su ordenamiento jurídico y son de aplicación necesaria e inmediata por ser valores fundamentales¹²²².

45. De otro lado, el mismo ordenamiento jurídico de competencia desleal al que la norma de conflicto nos remite, puede tener también limitaciones como que el acto deba “sustancialmente” afectar el mercado o como hacía el *ex. artículo 4* de la LCD (estableciendo el criterio *de minimis*) que sólo se aplicarán si el mercado nacional se encuentra afectado por la práctica comercial (limitado a un territorio nacional), aún habiendo presentado la demanda en otro Estado diferente, podría dar lugar a que el juez del foro no aplicase dicha ley si considera que finalmente, no existió este contacto mínimo con dicho mercado.

3. Algunos aspectos de la aplicación territorial y extraterritorial del Derecho de la competencia extrapolados al Derecho de la competencia desleal

A. Motivos de la aplicación extraterritorial de las normas de Derecho de la competencia: criterio de los efectos- *test de minimis*

46. Conviene considerar algunos aspectos relativos al posible efecto territorial y extraterritorial de las normas sustantivas de Competencia, en cuanto, como se estudió en el Capítulo I, en numerosos supuestos se han usado como un mecanismo de defensa comercial que ha podido llegar a convertirse desde los parámetros del Comercio internacional, en mecanismos prohibidos por las normas de Comercio institucionalizado como comercio desleal.

47. **Origen del efecto extraterritorial del Derecho sustantivo de la competencia.** Se sabe que la aplicación extraterritorial del Derecho de la competencia nació en el contexto de conductas comerciales típicas del Derecho *antitrust* en Estados Unidos. Se desarrolló mediante la jurisprudencia del asunto *US vs. Alcoa (Aluminium Co., of America)*¹²²³. La empresa Alcoa que estaba realizando

¹²²² Siendo estas normas aplicadas con alcance internacional por su “indicador espacial de aplicación”

¹²²³ Asunto *Alcoa*, 148 F.2d 416 (1945); Se ha justificado la extraterritorialidad del Derecho de la competencia de los Estados Unidos; D. P. WOOD, “The 1995 Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations: An Introduction”, *Department of Justice- ABA Antitrust Section*, Washington, 1995, disponible en: <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/0166.htm>; C. S. STARK, “International Aspects of Antitrust Enforcement: A U.S. Perspective: Outline of Remarks”, *Department of Justice: European & U.S. Competition Law*, London, 13-15 febrero 1995, disponible en: <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/0156.htm>; F. J. ZAMORA CABOT, *Las vías de solución de los conflictos de extraterritorialidad. Un estudio a partir del Derecho Antitrust de los Estados Unidos*, Madrid, Eurolex (Colección de estudios internacionales), 2001, pp.88-93; *Asunto United States vs. Aluminium Co. of Am.*, 148 F.2d 416, 443, 2d Cir, 1945; H. L. BAUXBUM, “Territory, Territoriality, and the Resolution of Jurisdictional Conflict”, *The American Journal of*

un cártel internacional fuera del territorio americano argumentó que, por ese motivo, los tribunales americanos no tenían jurisdicción. El Tribunal de Apelación desestimó este argumento con las siguientes palabras: “*the agreements would clearly have been unlawful, had they been made within the United States, and it follows that they were unlawful, though made abroad, if they were intended to affect imports and did affect them*”.

El caso era relevante porque el Tribunal de Apelación desarrolló para poder valorar estos daños y sus efectos, una definición de “mercado” que hasta dicho momento no se había realizado.

48. El consabido “criterio de los efectos” se desarrolla entonces mediante este caso en el que se considera que, la *Shermann Anti Trust Act*¹²²⁴, la norma americana relativa a la regulación de los cárteles tanto de importación como de exportación, fusiones de empresas o concentraciones y supuestos de abuso de posición dominante en el mercado, es aplicable a las actividades desarrolladas en el extranjero cuando pudieren o produjesen “efectos” en el mercado estadounidense y violasen de dicha forma su normativa *antitrust*¹²²⁵.

49. Esta aplicación marcó tendencia por las consecuencias que empieza a producir, entendiendo que el Derecho norteamericano de competencia podría controlar incluso comportamientos comerciales que no habiéndose desarrollado en su mercado y que no habiéndose realizado por operadores norteamericanos, estaban perjudicándolo haciendo extensiva dicha aplicación. De hecho, en la UE, fue trasladada la misma doctrina a través de la jurisprudencia del TJUE que se fue desarrollando con el asunto *Pâte de Bois* (Pasta de madera/*Wood Pulp*)¹²²⁶.

50. Jurisprudencia que ha de tenerse en cuenta, para entender las consecuencias de la aplicación del “criterio de los efectos”, especialmente en el

Comparative Law, vol. 57, 2009, pp. 631-675, también disponible en: <http://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1132&context=facpub>

¹²²⁴ C. ALCAIDE GUINDO, “La evolución de la política de Defensa de la competencia”, *ICE*, nº 826, noviembre 2005, pp. 245-258.

¹²²⁵ E. FRIEDEL-SOUCHU, *Extraterritorialité du droit de la concurrence aux Etats-Unis et dans la Communauté Européenne*, París, L.G.G.J, 1994, pp. 2-11.

¹²²⁶ Asuntos acumulados del TJCE: C-89, 104, 114, 116, 117, 125, 129/85; Puede consultarse también: Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, *Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal*, vol. XVIII-1, Luxemburgo (Curia), 1972, pp. 619-669, p. 628 y ss, que realizan el análisis de la Doctrina citada en relación al asunto *Imperial Chemical industries Ltd.*, c. Comisión de las Comunidades Europeas (C-48/69); M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence interne et européen*, 6ªed., Sirey Université, Dalloz, 2014, esp. p. LXXXVIII. Sobre el efecto extraterritorial de la aplicación del Derecho *antitrust* de la Unión Europea y sus consecuencias; B. STERN, “L’extra-territorialité “revisitée”; où il est question des affaires Alvarez Machain, Pâte de Bois et de quelques autres”, *Annuaire français de droit international*, vol. 38, 1992, pp. 239-313.

ámbito del Derecho de la competencia europeo y la necesidad de que exista al menos, un *test de minimis* o “contactos mínimos” (*Alcoa Effects Test*)¹²²⁷.

Este *test de minimis* implica que al menos deben haber existido “contactos” aunque sean mínimos con el mercado que tiene que ser protegido, puesto que sin estos contactos de referencia, no puede aplicarse el Derecho de la competencia del Estado el cual su mercado se ha visto afectado.

51. Estas consideraciones fueron trasladadas al ámbito del Derecho de la competencia desleal en algunos ordenamientos jurídicos (de hecho, pueden estar todavía presentes), puesto que también es necesario en el ámbito de la litigación transfronteriza la aplicación de dicho *test de minimis* o de los contactos mínimos que causen efectos suficientes en el mercado para poder activar la protección necesaria de las normas de dicho mercado afectado, al menos en sede de CJI. Ahora, en el RRII, no se exige, como se explica en el siguiente apartado esos contactos mínimos, en el primer escalón de aplicación como se ha argumentado, pero no en el segundo escalón

B. Tipos de aplicación extraterritorial de las normas

52. No será necesario detenerse, de forma exhaustiva en la explicación de cada tipo de aplicación extraterritorial del Derecho de la competencia. Lo que sí debe hacerse es una precisión en la diferencia que existe entre la aplicación extraterritorial de las normas de tipo extensivo o restrictivo, al menos de forma resumida.

a. En la de tipo *extensivo*, cuando las normas que ha realizado el legislador nacional tienen un alcance extraterritorial y se aplican a todas las situaciones con elemento extranjero sin reconocimiento de los principios del Derecho internacional

b. De otro lado, la de tipo *restrictivo*, cuando las normas internas tienen un alcance extraterritorial, pero reconocen la existencia de los principios de derecho internacional que limitan tanto la competencia normativa como la competencia para ejecutar sus normas a empresas o nacionales de terceros Estados.

¹²²⁷ En *Alcoa* el TS estableció: “*US Courts have jurisdiction over acts abroad, if those acts have an effect within the territorial jurisdiction of the US*”

C. Criterio de los efectos y criterio del mercado protegido (*mercatus protectionis*): diferencias relativas al alcance territorial o extraterritorial de su aplicación

53. Ambos criterios aplicados de forma extraterritorial necesitan un contacto mínimo (*test de minimis*) para poder activar la protección dada por las normas de competencia¹²²⁸. Ahora bien, la diferencia estriba en que el criterio de los efectos es, por regla general, un criterio de corte extraterritorial. Y, el del mercado protegido-afectado, que se establece generalmente en normas de tipo unilateral es un criterio más limitado de forma territorial o espacial.

54. El criterio de los efectos permite, además, la aplicación de la ley del Estado del foro cuando las conductas comerciales afectan al mercado de dicho Estado como se ha puesto de relieve en el primer apartado.

Es un criterio objetivo que no exige que las conductas comerciales se hayan desarrollado en un determinado territorio sino que hayan sido perjudiciales y constituyan una infracción al orden concurrencial de ese mercado¹²²⁹. Aunque no adolece de problemas de aplicación como puede ser el mosaico de leyes, a su vez, ha garantizado los intereses en el comercio internacional en situaciones dónde se estaba produciendo un exceso de *legeforismo*¹²³⁰.

55. Algunos autores de la doctrina anglosajona (TORREMANS/FAWCETT) han considerado que no porque la norma tenga un carácter territorial o esté delimitada de forma espacial como puede estarlo la *lex mercatus protectionis*, significa que no pueda ser aplicada a situaciones de tipo transfronterizo (desde su ámbito espacial), como sucede cuando se trata de la aplicación de la *lex loci delicti*¹²³¹.

¹²²⁸ A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado...*, cit. vol. 2, p. 1358; M. VIRGÓS SORIANO, *op.cit.passim*

¹²²⁹ M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence interne et européenne...*, *op.cit.*, p. 30. Como considera la autora, he ahí la diferencia entre el punto de conexión territorial y el punto de conexión no territorial lo que determina si una norma tiene connotación de aplicación territorial o no. Este aspecto se ilustra mejor en las normas de protección de los derechos de propiedad industrial e intelectual, que están basadas en puntos de conexión territorial (*lex loci protectionis*) que implican intereses fuertes para los Estados; P. TORREMANS/J. J. FAWCETT, *Intellectual Property and Private international law...*, *op.cit.*, p. 863, la norma del artículo 6.1 RRII demuestra este concepto "territorial" del mercado, estableciendo los autores que sigue un modelo parecido a la norma de conflicto del art. 8 RRII. No obstante, con diferencias, en cuanto, la competencia desleal no se somete a registros a diferencia de los derechos de propiedad intelectual e industrial.

¹²³⁰*Ibid* (MALAURIE-VIGNAL) p. 28.

¹²³¹*Ibid*. (MALAURIE-VIGNAL), p. 31, con referencias de la autora a la doctrina que analiza este aspecto de la *lex loci delicti*.

56. Para estos autores, la norma de conflicto del artículo 6.1 RRII que demuestra este concepto “territorial” del mercado, considerando los mismos autores que sigue un modelo parecido a la norma de conflicto del art. 8 RRII (dirigida a los DPI que parten de la más absoluta territorialidad). JIMENEZ BLANCO lo explica de la siguiente forma: “La aplicación extraterritorial de una norma consiste en su aplicación a una situación “localizada en un ámbito territorial diferente del territorio para el que dicha norma se creó”. De otro lado, CALVO/CARRASCOSA explican que, precisamente, la norma de conflicto del artículo 6.1, no sigue la regla *de minimis*, puesto que se deja en manos de la ley material de competencia desleal en el segundo nivel de aplicación-, para evitar multiplicidad de leyes. Con ello, el precepto limita mucho más en el primer nivel o escalón de aplicación, el “territorio nacional concreto”, mostrando este aspecto del criterio una vez más¹²³².

La extraterritorialidad supondría, desde esta primera aproximación, una “efectiva” aplicación, es decir, regular y sancionar un determinado comportamiento realizado en otro Estado igual que si se hubiera realizado en el ámbito interior. Esta concepción obliga a desechar como supuestos de extraterritorialidad aquéllos que se basan en la simple producción de “efectos” sobre un comportamiento efectuado en otro Estado”¹²³³. Adscribiéndose así como establece la autora a un concepto de territorialidad relacionado con el ámbito de aplicación de la norma (personas, bienes y relaciones quedan subsumidos)

¹²³² A.L.CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado...*, vol. 2, *op.cit.*, p. 1361. Es más, el precepto no esconde una categorización de actos de competencia desleal extraídos de ningún Derecho material, sino que lo que busca es la determinación de un Derecho estatal (*rechazo de una tipología nacional de actos anticoncurrenciales*); H. SHACK, “The Law Applicable to (Unregistered) IP Rights After Rome II”, en S. LEIBLE/A. OHLY (eds.), *Intellectual Property and Private...*, *op.cit.*, pp. 79-95: “ (...) in contrast to the law applicable to unfair competition law (Art. 6 subsection 1) did not follow the effects principle but refers exclusively to the place where the infringement act was committed. This plain solution has among others the advantage that the acts constituting an infringement (*lege causae*) are much easier to localise than their effects on possible several national markets inside the Common Market. By this means, this situation resulting in a mosaic-like distributive application of several laws are considerably reduced, although not totally excluded”.

¹²³³P. JIMÉNEZ BLANCO, *Las denominaciones de origen en el derecho del comercio...*, *op.cit.*, pp. 24-27; C. OTERO GARCÍA CASTRILLÓN, “Territorialidad y Estado de origen en las Denominaciones de origen, indicaciones geográficas y especialidades tradicionales garantizadas”, en B. UBERTAZZI/ E. MUÑIZ ESPADA, *Le indicazione di qualità degli alimenti. Diritto internazionale ed europeo*, Giuffrè Editore, 2009, pp. 65-79, esp. pp.78-79.

No obstante, con diferencias, en cuanto, la competencia desleal no se somete a registros a diferencia de los DPI, y el mercado protegido no tiene porque ser el mercado del foro, sino el de cualquier Estado de la Comunidad internacional¹²³⁴.

SECCIÓN II.- COMPETENCIA DESLEAL EN LAS NORMAS DE CONFLICTO DEL REGLAMENTO ROMA II

57. Los inicios de una norma de conflicto que comprende los problemas de competencia desleal transfronteriza y los problemas de infracciones privadas al Derecho de la competencia en el RR II no fueron fáciles¹²³⁵.

Los debates sobre esta norma de conflicto fueron de los más controvertidos en el proceso de elaboración del RRII, precisamente por todo lo explicado en la primera sección¹²³⁶. A continuación, se exponen los problemas más destacados de la norma de conflicto destinada a la competencia desleal, segregada en los ilícitos concurrenciales desleales de tipo *B2C* y de tipo *B2B*.

¹²³⁴ T.W.DORNIS, *Trademarks and Unfair competition Conflicts...*, *op.cit.*, p. 382, que considera como *naive* la extensión extraterritorial de políticas de competencia desleal para otorgar mejor protección transfronteriza del mercado.

¹²³⁵ De esta forma, parece latir en los documentos y trabajos preparatorios del Reglamento Roma II. Aunque la materia de competencia desleal no fue la única materia objeto de controversia. Las violaciones e infracciones a los derechos de la personalidad, tal como la difamación (*libel*) son el claro ejemplo de otro ámbito que cuenta con enormes diferencias. Este tipo de ilícito nos interesa en relación a ilícitos concurrenciales de tipo *B2B*. Sobre este particular con un análisis exhaustivo, C. I. CORDERO ÁLVAREZ, *Litigios internacionales sobre difamación y derechos de la personalidad...*, *op.cit.*; P. MANKOWSKI, "Teil II. Internationales Wettbewerbs- und Wettbewerbsverfahrensrecht" en P. HEERMANN/G. HIRSCH, *Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht*, Band 1, Munich, Beck München, 2006, pp. 127-312; M. ILLMER, "Article 6. Unfair competition and acts restricting free competition", en P. HUBER (ed.), *Rome II Regulation. Pocket Commentary*, Munich, Sellier, 2011, pp. 142-201, p. 144; A. DICKINSON, *The Rome II Regulation...*, *op.cit.*, pp. 407-408; S. FRANCO/W. WURMNEST, "International Antitrust Claims under the Rome II Regulation", en J.BASEDOW/S. FRANCO/L. IDOT (ed), *International Antitrust Litigation...*, *op.cit.*, pp. 91-129, esp. pp. 93-96; C. HONORATI, "The Law Applicable to Unfair Competition", en A. MALATESTA (ed.), *The Unification of Choice of Law Rules on Torts and Other Non-Contractual Obligations in Europe. The Rome II Proposal*, Milan, Cedam, 2006, pp. 127-158; E. RODRÍGUEZ PINEAU, "Conflict of laws comes to the Rescue of Competition Law: The New Rome II ...", *loc.cit.*, pp. 311-312; C. ORÓ MARTÍNEZ, *La aplicación privada del derecho de la competencia...*, *op.cit.*, p. 323; V. PIRONON, "Les pratiques commerciales déloyales entre droit international privé...", *loc.cit.*, en *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques...*, *op.cit.*, pp.554-556.

¹²³⁶ J. VON HEIN, "Something Old and Something Borrowed, but Nothing New?...", *loc.cit.*, p. 1689; P. A. DE MIGUEL ASENSIO, "The Private International Law of Intellectual Property...", *loc.cit.*, en S. LEIBLE/A. OHLY (eds.), *Intellectual Property and Private International...*, *op.cit.*

I. Cuestiones generales del Reglamento Reglamento Roma II aplicadas al ilícito concurrencial de tipo desleal

1. Determinación de la ley del lugar del daño (lex loci damni) como lugar del mercado de recepción y del mercado de ataque

58. De acuerdo con la precitada “Conferencia de la Haya del año 2000 relativa los problemas de la norma de conflicto sobre competencia desleal transfronteriza”¹²³⁷, en la mayoría de las legislaciones siempre se ha preferido, como criterio de conexión, el criterio de la *lex loci damni* (como se explicó en sede de CJI, siendo el criterio de conexión más adecuado según la misma, el mercado de recepción/afectado)¹²³⁸.

59. No obstante, a diferencia de lo que sucede en sede de CJI, que la demanda se puede interponer también en el lugar donde los actos competitivos comenzaron o el mercado de ataque (*loci delicti commissi*¹²³⁹). Este aspecto está relacionado con el “principio de proximidad” que debe establecerse para justificar la aplicación del foro de obligaciones extracontractuales de forma alternativa a la regla general (Capítulo IV). Principio que se observa en sede de CJI pero no en LA.

En realidad, como la doctrina mayoritaria venía considerando, en ley aplicable hay que entender que, ambos lugares coinciden por lo que puede aplicarse también la ley del mercado de ataque, que sería la *lex loci delicti commissi*.

¹²³⁷ *Conférence de la Haye de droit international privé*, “Note sur les Conflicts de Lois en matière de concurrence déloyale: rappel et mise à jour”, esp. pp. 21-29, siendo típico su localización en ilícitos de responsabilidad extracontractual de tipo económico y *commercial torts* como son los ilícitos de competencia desleal.

¹²³⁸ K. TROLLER, *Das Internationale Privatrecht Des Unlauteren Wettbewerbers: In Vergleichender Darstellung der Rechte Deutschland, Englands, Frankereichs, Italiens, Der Schweiz und Der USA*, Friburgo, Universitätsverlag Freiburg Schweiz, 1962, pp. 30-33, Troller ya fue el precursor de este tipo de criterio para la competencia desleal en el DIPr; C. HONORATI, “The Applicable Law to Unfair Competition...”, *loc.cit.*, en A. MALATESTA (ed.), *The Unificación of Choice of Law Rules on Torts...*, *op.cit.*, p. 148: “The conception of a Marketplace is obviously a theoretical one. For the sake of conflict of laws it must be intended as the territory of the State where Businesses are competing for consumers. Reference to the market, rather than to the more traditional notion of “State”, allows to give relevance to the multiple consequences that tortious acts produce within different legal spheres”; J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, “Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit internationale...”, *loc.cit.*, pp. 223-226.

¹²³⁹ *Vid.* P. BOUREL, “Du Rattachement de quelques délits spéciaux en Droit international privé...”, *loc.cit.* p. 349. No obstante, el mismo Bourel establecía ya las diferencias que debía existir en relación al criterio de conexión en ley aplicable en cada tipo de ilícito extracontractual (pp. 397-399); W. WENGLER, “Laws Concerning Unfair Competition and the Conflict...”, *loc.cit.*, pp.171-172; B. DUTOIT, “Une convention multilatérale de droitinternational privé en matière de concurrence déloyale: Mythe ou...», *loc.cit.*, en A. BORRÁS RODRÍGUEZ, (ed.), *E. Pluribus Unum. Liber amicorum Georges...*, *op.cit.*, p. 60.

60. De hecho, esta era la solución adoptada antes del RRII, en la mayor parte de los EM, para la generalidad de los ilícitos de responsabilidad extracontractual, atendiendo sobre todo, a la ubicuidad-deslocalización de los daños causados y el acto que los ha producido, en la litigación transfronteriza¹²⁴⁰.

Sin embargo, el legislador europeo se decantó por considerar que el mejor punto de conexión para las obligaciones de tipo extracontractual es la *lex loci damni*¹²⁴¹. Y, no la *lex loci delicti commissi*, al ofrecer mayor seguridad jurídica.

61. Siguiendo la jurisprudencia en materia de CJI del foro de las obligaciones extracontractuales, pero de forma más restrictiva¹²⁴². El argumento que se ofrece es por el cambio de paradigma en el objeto y la función del Derecho patrimonial de daños necesitaban de esta restricción¹²⁴³.

62. Con esta concepción restrictiva excluye de un modo u otro, los problemas que causan daños a distancia y a los daños indirectos que no tienen cabida también bajo la norma general de conflicto del RRII, como son los daños

¹²⁴⁰No obstante, esto no fue óbice para que la doctrina pusiese de relieve desde hacía mucho tiempo los problemas y “debilidades” de esta conexión en materia de ley aplicable del derecho de daños, *vid. v. gr.*, la crítica realizada por M. A. AMORES CONRADI/E. TORRALBA MENDIOLA, “XI tesis sobre el estatuto ...”, *loc.cit.*, p. 7 y p. 16-18 (Francia y Reino Unido son países en los que esta conexión es conocida desde siempre); por todos, T. DE BOER, *Beyondlex loci delicti. Conflicts methodology and multistate torts...*, *op.cit.*; J.L. GOLSMITH/A.O. SYKES, “*Lex loci delictus* and Global Economic Welfare: Spinozzi v. ITT Sheraton Corp.”, *Harv. L. Rev.*, vol. 120, 2007, pp. 1137-1146, *loc.cit.*, pp. 1137-1140. Y, con la consideración que se ha tenido como formalista, manipulable, desleal e incluso incoherente; J. VON HEIN, “Something Old and Something Borrowed, but Nothing New? Rome II and the European Choice-of-Law Evolution”, *Tul., L., Rev.*, vol. 82, 2008 pp. 1661-1707, p. 1670: “*lex loci delicti* offered a rather straightforward answer in cases where the place of acting and the place of injury coincided”; P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “El régimen comunitario relativo a la ley aplicable a las obligaciones...”, *loc.cit.*, p. 20, en España el criterio de *lex loci delicti commissi* sigue vigente en el art. 10.9 CC y que para algunas obligaciones de tipo extracontractual excluidas del ámbito material del RRII debe todavía *tenerse en cuenta (versión ucmprints)*; A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado...*, vol. 2, pp. 1345-1346.

¹²⁴¹Cdo. 15 RRII: “Si bien el principio de la *lex loci delicti commissi* constituye la solución básica en cuanto a obligaciones extracontractuales en la casi totalidad de los Estados miembros, la aplicación práctica de este principio en caso de dispersión de elementos en varios países varía. Esta situación es fuente de inseguridad jurídica”; En relación al Considerando 18 que consagra la *lex loci damni* en el apartado 1º del artículo 4 y sus excepciones en el apartado 2º y 3º; T. KADNER GRAZIANO, *La responsabilité délictuelle en droit international privé européen...*, *op.cit.*, pp. 20-23, sobre la tendencia y el por qué de la *lex loci delicti commissi* en obligaciones de tipo extracontractual. Uno de los motivos de su utilización es porque se dice que no favorece a ninguna de las partes y es fácil de aplicar; de hecho, esta localización está en línea con la metodología de SAVIGNY, J. VON HEIN, “Something Old and Something Borrowed, but Nothing New? Rome II and the European Choice-of-Law ...”, *loc.cit.*, p. 1669 y 1672.

¹²⁴²*Vid. supra*, Capítulo IV, epígrafe II, apartado 5 A y B

¹²⁴³Esto es, la función de indemnización de los daños es lo importante, y no el castigo, M. A. AMORES CONRADI/E. TORRALBA MENDIOLA, “XI Tesis sobre el Estatuto...”, *loc.cit.*, p. 16.

morales o pérdidas financieras derivadas de estos daños¹²⁴⁴. Por otro lado, quería prevenir las situaciones de inseguridad jurídica que pueden nacer de la aplicación de la *lex loci delicti commissi*¹²⁴⁵.

63. Antecedente: Jurisprudencia Babcock vs. Jackson. La jurisprudencia *Babcock vs. Jackson* se mostró opuesta al modelo de SAVIGNY en relación a *lex loci delicti commissi*, cambiando su paradigma y concepción¹²⁴⁶. La solución savigniana siempre había sido criticada por la doctrina, siendo uno de los motivos que mediante esta norma no se puede llegar a la armonización internacional en materia de normas de conflicto en obligaciones de tipo extracontractual¹²⁴⁷, teniendo

¹²⁴⁴Vid. F.J. GARCIMARTIN ALFÉREZ, “La unificación del Derecho conflictual en Europea: el Reglamento sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II)”, *La Ley. Unión Europea*, nº 6798, 2007, pp. 1-21. El único lugar relevante es el lugar dónde se ha padecido el daño (*Erfolgsort*) porque no atiende al resultado material de la remisión, y de naturaleza territorial se concreta a través de la conexión del supuesto con el territorio de un Estado, no con un ordenamiento jurídico. De esta forma, dice GARCIMARTÍN que se obliga a los sujetos a “internalizar las consecuencias transfronterizas de sus actividades”.

¹²⁴⁵Vid. K. TROLLER, *Das Internationale Privatrecht des unlauteren Wettbewerbs...* *op.cit.*, pp. 45-46; T. KADNER GRAZIANO, *La responsabilité délictuelle en droit international privé européen...*, *op.cit.*, pp. 22-23; citando también a Bourel en su análisis sobre los problemas que causa la determinación de la ley aplicable mediante el criterio del *loci delicti commissi*, P. BOUREL, “Du rattachement de quelques délits spéciaux en droit international...”, *loc.cit.*, p. 337; UNICE (*The Voice of Business in Europe*), “Preliminary draft proposal for a Council Regulation...”, *loc.cit.*, p. 2 y p. 6, consideró que la mejor opción que debía haberse establecido en el RRII era la *lex loci delicti commissi*, puesto que de esta forma se evitaban problemas de inseguridad jurídica en el ámbito de la ley aplicable a obligaciones no contractuales (que combina simplicidad con seguridad) y que además, la Comisión no proveyó suficiente argumento acerca de la elección de establecer la *lex loci damni*.

¹²⁴⁶P. TORREMANIS/J. J. FAWCETT, *Intellectual Property and Private International Law...*, *op.cit.*, p. 895: “In the United States, it is suggested in the Second Restatement that in cases of unfair competition the most significant factor is not the place of injury, as it is in personal injury cases, but the place of the defendant’s conduct”; T.J.B., “The impact of Babcock v. Jackson on Conflict of Laws”, *Virginia Law Review*, vol. 5, 1966, pp. 302-321; T. W. DORNIS, “When in Rome, do as the Romans do? A Defense of the *Communis* in the Rome II Regulation”, *The European Legal Forum*, nº4, 2007, pp. 152-159, la *lex loci delicti commissi* suele atribuirse a la teoría de los derechos adquiridos (*vested rights*) que establece que debe ser aplicada la ley del lugar donde se haya realizado el hecho dañoso al ilícito porque la ley del daño no es siempre la ley más apropiada al supuesto por no ser la más conectada, P. E. HERZOG, “Le debut de la “Révolution” des conflict de lois aux États-Unis et les principes fondamentaux de la proposition “Rome II” y a-t-il un “parallélisme inconscient”?”, en *Liber Amicorum Hélène Gaudemet-Tallon...*, *op.cit.*, pp. 71-83, el autor analiza la doctrina surgida de Babcock c. Jackson y el RRII; también, J. VON HEIN, “Something Old and Something Borrowed, but Nothing New?...”, *loc.cit.*, p. 1669: “Noting that and American scholar’s theory of “vestedness” was remarkably similar to Savigny methodology”; S. C. SYMEONIDES, “Rome II and Tort Conflicts...”, *loc.cit.*, p. 195

¹²⁴⁷J. VON HEIN, “Something Old and Something Borrowed, but Nothing New?...”, *loc.cit.*, p. 1669, que en realidad Savigny consideró que a través de este criterio de conexión se disuadía a las partes del *forum shopping* así porque SAVIGNY entendía los ilícitos de responsabilidad extracontractual desde la dimensión pública; T. KADNER GRAZIANO, *La responsabilité délictuelle en droit international privé...*, *op.cit.*, pp. 22-33 y p.24; F. J. GARCIMARTIN ALFÉREZ, “The Rome II Regulation: On the way towards a European Private...”, *loc.cit.*, p. 79.

en cuanto que tiende a la aplicación de la *lex fori*¹²⁴⁸, que no tiene sentido en el contexto de relaciones internacionales en el que vivimos de forma actual¹²⁴⁹.

64. La tendencia a la *lex loci delicti commissi* en los Estados Unidos, también se abandonó tras la jurisprudencia derivada del celeberrimo asunto *Babcock c. Jackson*. El asunto *Babcock* sentó importante jurisprudencia en relación a la aplicación de la *lex loci delicti commissi* causando una revolución.

En el mismo, la *lex loci delicti commissi* fue sustituida por el criterio de la residencia habitual puesto que en determinados supuestos se hacía realmente difícil la determinación del lugar donde se había cometido el hecho dañoso (y por razones de “proximidad razonable”, como sucede en el ámbito de la CJI en el foro de las obligaciones extracontractuales)¹²⁵⁰.

La lógica del tribunal en el asunto se debió a cuestiones de economía procesal en cuanto, tanto autor como víctima tenían residencia habitual en el mismo lugar, aunque el accidente o el ilícito de responsabilidad extracontractual ocurriese en un lugar diferente.

65. Sin embargo, se observará, que los problemas derivados de la flexibilidad del criterio de *loci delicti commissi* no han desaparecido del todo con la sola aplicación de la *lex loci damni*¹²⁵¹.

66. En especial, en algunos ilícitos concurrenciales desleales de tipo *B2B*¹²⁵², supuestos que muestran que elegir el lugar dónde se ha cometido el hecho

¹²⁴⁸ M. WHINCOP/M. KEYES, “The Market Tort in Private International Law”, *Northwestern Journal of International Law and Business*, vol. 19, n°2, 1999, pp. 215-271, p. 217.

¹²⁴⁹ J. GARCÍA LÓPEZ, “Los efectos de Derecho privado en las normas...”, *loc.cit.*, p. 72, la crisis de la concepción savigniana también vino dada por la proliferación de normas de aplicación inmediata que se aplican de forma directa sin que medien normas de conflicto bilaterales.

¹²⁵⁰ *Ibid.* (AMORES CONRADI/TORRALBA MENDIOLA), p. 8, en relación a la correlación *forum ius*; De forma general sobre el *fórum-ius*, J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, “Las relaciones entre *forum* y *ius* en el Derecho internacional privado. Caracterización y dimensiones del problema”, *ADI*, vol. IV, 1977-78, pp. 89-95, p. 107; J. GARCÍA LÓPEZ, “Los efectos de Derecho privado de las normas...”, *loc.cit.*, p. 72 y p. 75, las normas de aplicación inmediata son subsidiarias a las normas de intervención que surgen para organizar las relaciones de producción en el mercado con métodos distintos a los creados por el Derecho civil. La correlación en determinados supuestos es buscada por el legislador, bien sea la norma formulada de forma bilateral, una conexión que termina siendo dependiente de la *lex causae*”.

¹²⁵¹ *Vid.* S. C. SYMEONIDES, “Rome II and Tort Conflicts...”, *loc.cit.*, pp. 190-191; la *lex loci delicti commissi* era y es objeto de las mismas restricciones y modificaciones que para la generalidad de los ilícitos de competencia desleal, W.WENGLER, “Laws concerning Unfair Competition and the Conflict of Laws”, *AJCL*, vol. 4, n°2, 1955, pp. 167-188, p. 173; A. de A EHRHARDT MARCOS, “A responsabilidade civil por ato ilícito no direito internacional privado contemporâneo: desafios do Direito de Dano num mundo globalizado”, pp.1-10; T.W.DORNIS, *Trademarks and Unfair Competition...*, *op.cit.*, p. 71.

¹²⁵² *Vid.* G. VITELLINO, “Rome II from an Internal Market Perspective”, en A. MALATESTA (ed.), *The Unification of Choice of Law Rules on Torts and...*, *op.cit.*, p. 298; S. C. SYMEONIDES, “Rome II and Tort Conflicts...”, *loc.cit.*, p. 191, la *lex loci damni* no produce buenos resultados en los que el país de la conducta tiene unos estándares mayores para el responsable del acto que en el país del daño; P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “The Private International Law of Intellectual Property of...”, *loc.cit.*, *Intellectual Property and Private International Law...*, *op.cit.*, p.

ilícito en supuestos *B2B* puede ser incluso más cómodo tanto para el demandante (que es dónde tendrá su establecimiento o si no sus filiales) como para el demandado o demandados, ya que pueden prever las consecuencias de sus actos en el lugar dónde iniciaron por ejemplo, la campaña de publicidad denigratoria¹²⁵³.

2. Falta de concepto europeo de “competencia desleal”: soluciones doctrinales

67. Uno de los problemas más relevantes que ya fue analizado en el Capítulo III, en relación a la calificación es la falta de un concepto europeo de competencia desleal¹²⁵⁴.

68. Justificación del legislador europeo por la falta de concepto europeo de competencia desleal. En la elaboración de la norma de conflicto, se partió de los conceptos europeos elaborados por la jurisprudencia del TJUE en las nociones de obligación contractual y extracontractual para el conjunto de obligaciones de tipo extracontractual, pero no para dar ningún concepto europeo a efectos de la aplicación de la norma de conflicto del RRII, a la competencia desleal¹²⁵⁵.

21 (versión ucprints), incluso en países donde no existe el criterio del mercado afectado como punto de conexión, la *lex loci delicti commissi* debe derivar a la ley del país donde los intereses de los consumidores relevantes se han visto afectados así como al lugar donde las relaciones de competencia se vieron dañadas. Esta solución en realidad coincide con el lugar dónde las partes afectadas por el acto comercial desleal tiene localizado su interés económico; S. SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, *Ley aplicable a la responsabilidad...*, *op.cit.*, p. 191.

¹²⁵³ C. HONORATI, “The Law Applicable to Unfair Competition...”, *loc.cit.*, en A. MALATESTA (ed.), *The Unification of Choice of Law Rules on Torts and Other Non-Contractual...* *op.cit.*, p. 151.

¹²⁵⁴ Vid. M. HELLNER, “Unfair Competition and Act Restricting Free Competition. A Commentary on Article of the Rome II Regulation”, *YPIL*, vol. 9, n° 2007, pp. 49-69; C. WADLOW, “The new private international law of unfair competition...”, *loc.cit.*, p. 790: “ (...) *the dangers arising from a non-autonomous interpretation are at their greatest when national laws are least harmonized, as is the case here*”. El mismo informe preparatorio de la Comisión nos demuestra que el término de competencia desleal se quería presentar de forma muy amplia; No obstante, algunas organizaciones profesionales como fue *UNICE (The Voice of Business in Europe)*, “Preliminary draft proposal for a Council Regulation on the law applicable to non contractual obligations (Rome II Regulation)”, 7/10/2002, pp. 1-10, p. 2, establecieron lo siguiente: “**Recommends that the Commission refrain from referring to novel concepts such as “unfair competition”, for which no definition exists at European level because doing so will create legal uncertainty and prejudices the outcomes of stakeholder consultation related to other Commission initiatives (i.e.: in this instance the Green Paper on EU Consumer Protection)**” (el resaltado es del informe); J. I. PAREDES PÉREZ, “Sobre la conveniencia de una norma de conflicto bilateral sobre...”, *loc.cit.*, pp. 429-430.

¹²⁵⁵ M. AUDIT, “L’interprétation autonome du droit international privé communautaire”, *JDI*, n°3, 2004, pp. 789-816, con voz crítica hacia la interpretación que muchas veces el TJUE ha realizado sobre los conceptos autónomos liderando en el problema de ser aplicada la *lex fori*, problema que precisamente quiere evitarse con la creación de conceptos autónomos del derecho europeo; en relación a la competencia desleal, P. TORREMANS/ J. J. FAWCETT, *Intellectual Property and Private International Law...*, *op.cit.*, pp. 861-863: “Article 6 itself is rather unhelpful in this respect. It offers no definition or indication at all. In a European instrument such as the Rome II Regulation one is looking for an autonomous Interpretation, but such an Interpretation is based on elements of consensus between the national laws of the Member States”; T. BAUERMANN, *Der*

69. De hecho, el legislador europeo reconoció en el Informe preliminar que, a pesar de la necesidad de establecer un concepto propio¹²⁵⁶, era harto complicado hacerlo, por las dificultades en definir la materia y por las grandes diferencias entre el ámbito de la tradición jurídica del *common law* y la tradición jurídica del *continental law*¹²⁵⁷.

70. Por lo que justifica esta falta considerando que era mejor seguir aplicando los criterios que tienen cabida, como puntos de conexión clásicos de las normas de conflicto (en los que sí hay consenso).

71. No obstante, en contra de estas declaraciones del Parlamento, se argumentó que la falta de concepto europeo, lejos de no tener relevancia, sí que puede llegar a afectar a la aplicación y reconocimiento de qué puede constituirse como actos y prácticas comerciales desleales o no¹²⁵⁸.

72. Solución doctrinal: que debe encontrarse en las normas dadas por el legislador internacional, esto es, el artículo 10 *bis* CUP (de obligado cumplimiento para los EM¹²⁵⁹) y en las “Normas Modelo de la OMPI”, las pautas para realizar un concepto europeo de competencia desleal en el ámbito del DIPr. Al menos porque son comunes para todos los EM. Así también, los conceptos dados por el legislador

Anknüpfungsgegenstand im europäischen Internationalen... op.cit., p. 20; no obstante, Conclusiones generales AG sr. Saugmandsgaard ØE, C-191/15, pto. 73, para el AG, el Considerando 21 se puede entender como una definición autónoma de competencia desleal: “Según esta definición autónoma de competencia desleal en el sentido de la disposición”, este concepto engloba las cláusulas abusivas...(...)”, sobre este referente, y como sostienen la mayor parte de los autores que se ha analizado, no compartimos la opinión del AG en relación a entender que el Considerando 21 establece una definición autónoma; R. ARNOLD, “English Unfair Competition...”, *loc.cit.*, p. 66

¹²⁵⁶ Así rezaba la justificación de la “Enmienda 8ª” relativa a la norma de conflicto de la competencia desleal y el que iba a ser el Considerando 11: “*It is considered that the general rules can cater perfectly well for cases involving to be covered by “matters of unfair competition”. In that event that it should be regarded as imperative to have a special rule for “matters of unfair competition”, a definition clause should be included.*”; a *sensu contrario* se muestra el Informe WALLIS, “*Whereas the rapporteur might be persuaded that Specific provisions on defective products should be included if a good case were made out for this, she would be loath to include provisions on unfair competition and violations of the environment in the absence of a definition clause clearly setting out what torts/delicts are meant by those expressions*”; B. UBERTAZZI, “The Law Applicable to Unfair Competition...”, *loc.cit.*, en J. DE WERRA (ed), *Défis du droit de la concurrence déloyale...*, *op.cit.*, p. 41.

¹²⁵⁷ *Vid.* E. RODRÍGUEZ PINEAU, “Conflict of Laws comes to the Rescue of Competition Law: The New Rome II Regulation”, *JPIL*, vol. 5, nº2, 2009, pp. 311-336, p. 311; y, trabajos preparatorios del RRII.

¹²⁵⁸ *Ibid* (HONORATI), p. 131, ninguno de los argumentos en el debate sobre el punto de conexión que la autora analiza fueron dados por WALLIS en el “Informe de explicación del Roma II”. La reportera sólo se centraba en que no existía un concepto autónomo y este aspecto era un obstáculo más que suficiente para que hubiese norma de conflicto unificada.

¹²⁵⁹ As. *MARRIAGES FRÈRES* (*Cour de Cassation français*); Capítulo I, Sección segunda, en lo relacionado al análisis del art. 10 *bis* CUP.

europeo, en el ámbito del Derecho derivado en la DPCD y otras normas relacionadas, como la Directiva de publicidad comparativa y engañosa¹²⁶⁰.

73. El mismo Cdo. 23 del RRII, a diferencia de lo que sí se aclara para los aspectos del Derecho *antitrust*¹²⁶¹, no nos remite a la DPCD ni al artículo 10 *bis* CUP o las normas modelo de la OMPI contra la competencia desleal pero tampoco establece ninguna prohibición en hacerlo para los jueces y las partes en estos litigios.

74. **Concepto europeo diferente para las prácticas comerciales B2C, B2B y nuevos modelos de conducta comercial C2C.** Con relación a la posibilidad usar los conceptos de los instrumentos de la UE para la delimitación de prácticas comerciales desleales, la duda que cabe es si, serán igualmente usados tanto para las prácticas comerciales desleales B2B como B2C, en cuanto la DPCD se limita a las prácticas comerciales B2C y la Directiva de publicidad engañosa y comparativa, aún para ambos tipos de ilícitos concurrenciales no otorga ninguna definición¹²⁶².

¹²⁶⁰ Vid. B. UBERTAZZI, “The Law Applicable to Unfair Competition ...”, *loc.cit.*, en J. DE WERRA (ed.) *et al.*, *Défis du droit de la concurrence...*, *op.cit.*, pp. 31-72, p. 42: “In autonomous characterising the notion of unfair competition, then, relevance shall be given to the aforementioned EU Directives on unfair commercial practices and on misleading and comparative advertising”; W. WENGLER, “Laws concerning Unfair Competition and the Conflict of Laws...”, *loc.cit.*, pp. 169-171; J. I. PAREDES PÉREZ, “Sobre la conveniencia de una norma de conflicto...”, *loc.cit.*, pp. 430-431, lo que el autor denomina los criterios hermenéuticos *ad extra* (dados por instrumentos del DIPr), el criterio sistemático (del Derecho de la UE material); y, el criterio comparado (el recurso a los principios comunes con los Estados parte); por otro lado, F. ESTEBAN DE LA ROSA, *La protección de los consumidores en...*, *op.cit.*, pp. 145-149, consideró que cuándo no existan estos conceptos europeos dados por el legislador europeo (como es el caso en el RRII sobre el concepto de competencia desleal) no es motivo suficiente para que deba acudir a interpretar el Derecho estatal armonizado de forma unilateral; J. DREXL, “Internationales Lauterkeitsrecht”, en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Band 11: Internationales Privatrecht II Internationales Wirtschaftsrecht*, 6ª ed., Munich, Beck, 2015, pp. 23-41; T. BAUERMANN, *Der Anknüpfungsgegenstand im europäischen Internationalen Lauterkeitsrecht*, Max Planck Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015, p. 21 y pp. 118-121; E. COUREAULT, *La concurrence déloyale en droit international privé...*, *op.cit.*, pp. 109-111; M. LEISTNER, “Unfair Competition Law Protection...”, *loc.cit.*, pp. 143-146; R. JAFFERALI, “Rome II ou la loi applicable aux Obligations non contractuelles...”, *loc.cit.*, p. 14387; P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “The Private International law of Intellectual Property and of Unfair Competition...”, *loc.cit.*, en S. LEIBLE/A. OHLY (eds.), *Intellectual Property and Private International...*, *op.cit.*, p. 4 (versión *ucmprints*), por ejemplo, el art. 6 DPCD en sus apartados 1.b. y 2.b, que tiene relación con la infracción de marca cuando causa confusión al consumidor mediante la imitación de tipo desleal; u otras Directivas como es la Directiva del diseño no registrado, aunque esta misma Directiva sustituye la normativa de competencia desleal en materia de protección contra imitaciones de diseños.

¹²⁶¹ Si se compara por ejemplo el Cdo. 21 (“presunta” aclaración del punto de conexión del artículo 6 en sus apartados 1º y 2º) con el Cdo. 23 se notará este aspecto. El legislador europeo si aclara qué debe entenderse por “restricción a la competencia” y además considera los artículos del Derecho originario en los que se basan tales restricciones (este aspecto hay que ponerlo en relación con el Cdo. 22 también). Podría decirse lo mismo si atendemos a otro tipo de ilícito de responsabilidad extracontractual, el del daño medioambiental, aparece definido; M. ILLMER, “Article 6...”, *loc.cit.*, en P. HUBER (ed.), *Rome II Regulation...*, *op.cit.*, pp. 150-151.

¹²⁶² Art. 2.d DPCD: “prácticas comerciales de las empresas en sus relaciones con los consumidores (en lo sucesivo “prácticas comerciales”): todo acto, omisión, conducta o manifestación,

75. Ahora bien, si se realiza o se llega a realizar una interpretación restrictiva del ámbito material de la DPCD, no podría ser de aplicación por la exclusión que esta misma Directiva realiza de la protección del ilícito concurrencial desleal de tipo *B2B*¹²⁶³.

76. Lo mismo debemos plantearnos para supuestos de *sharing economy* o relaciones *C2C*, cuando la relación entre la plataforma de conexión no esté del todo clara, en cuanto a sus usuarios y los que prestan el servicio. En estos supuestos cabe entender que existen relaciones de prosumidores por un lado, y relaciones con profesionales (*B2C*) de otro. Por lo que, en los primeros, tendría cabida la norma general (obligaciones extracontractuales de tipo privado), si el ordenamiento jurídico no ha previsto respuestas específicas. Para los segundos, se atiende a lo establecido para las prácticas comerciales *B2C*. O, *B2B*, si afectan a profesionales únicamente.

o comunicación comercial, incluidas la publicidad y la comercialización, procedente de un comerciante y directamente relacionado con la promoción, la venta o el suministro de un producto a los consumidores”; J. I. PAREDES PÉREZ, “Sobre la conveniencia de una norma de conflicto...”, *loc.cit.*, p. 431, en la que el autor considera que por medio de la DPCD nace la segunda fase normativa en el marco del Derecho de la UE con relación a nuevas aproximaciones de su regulación tanto desde la perspectiva político legislativa (en cuanto al modelo que ya se analizó en el Capítulo II que, el legislador europeo crea con las normas de la DPCD); y, en cuanto a la perspectiva sustantiva y estructuras (en cuanto a la regulación).

¹²⁶³Hay que tener en cuenta que en materia de ilícitos concurrenciales *B2B*, la dispersión es aún mayor, como sucede en materia de publicidad, “Misleading practices of “Directory companies” in the context of Current and Future Internal Market Legislation Aimed At the Protection of Consumers and ...”, *cit.*, p. Ii, “Different notions of what is “misleading” seems to be a major practical impediment in combating such practices of “directory companies” in B2B relationships”. El mismo término engañoso es uno de los más complicados de delimitar. De nuevo, por las marcadas diferencias entre el common law y el continental law, C. HONORATI, “The Law Applicable to Unfair Competition...”, *loc.cit.*, en A. MALATESTA (ed.), *The Unification of Conflict of Law Rules on Torts and Other Non-Contractual... op.cit.*, p. 142; en Bélgica, ya citado en el Capítulo I, A. PUTTEMANS, “Les droits intellectuels et la concurrence déloyale dans le Code de droit international privé”, *RDC*, nº 6, 2005, pp. 615-627, p. 622: “L’expression “pratique commerciale restrictive” est fort ambiguë”, puesto que en el Código de DIPr belga contiene una norma de conflicto de leyes que diferencia entre ambos conceptos (art. 99.2.2º) como en Luxemburgo. Las prácticas comerciales desleales están relacionadas con el Derecho contra la competencia desleal y las prácticas restrictivas de la competencia con aquellas prácticas como las ayudas de Estado, control de concentraciones, abuso de posición dominante, etc. Teniendo que usar otro concepto diferente al suyo propio para no confundirlo con practicas comerciales desleales.

3. Criterios de conexión de la norma de conflicto del artículo 6 RRII

A. Caracterización del criterio del “mercado afectado” en la norma de conflicto del artículo 6 RRII apartado 1º

a. “Relaciones de competencia” e “intereses colectivos de los consumidores”

78. El “criterio del mercado afectado” fue introducido en el RRII de forma más sofisticada de la que venía manifestándose por los legisladores nacionales de los EM en sus normas de conflicto de producción interna. Sin embargo, como ya se consideró en el Capítulo III, el apartado 1º del artículo 6, ni considera la palabra mercado ni el adjetivo “afectado”¹²⁶⁴. Pero, debe interpretarse tal y como lo ha realizado el legislador europeo¹²⁶⁵.

79. Sólo hace mención a “relaciones de competencia” o los “intereses colectivos” de los consumidores resulten afectados o puedan resultar afectados (atendiendo a la influencia de la anterior jurisprudencia alemana en este particular)¹²⁶⁶. El apartado 2º solo menciona “los intereses del competidor en particular”, por lo que, *a priori* parece desprenderse que no es necesario que exista un mercado afectado (aunque no debe interpretarse de forma restrictiva)¹²⁶⁷.

b. Significado del *Einwirkungsprinzip* y *Auswirkungsprinzip*

80. El “criterio del mercado afectado” según el apartado 1º del artículo 6 se debe entender como efecto o impacto en el mercado (*Einwirkungsprinzip*)¹²⁶⁸ y el

¹²⁶⁴ *Vid. supra*, Capítulo III, epígrafe I, apartado 2º, epígrafes A y B

¹²⁶⁵ A.L.CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado...*, vol. 2, *op.cit.*, p. 1358

¹²⁶⁶ Cf. T.W.DORNIS, *Trademark and Unfair Competition Conflicts...*, *op.cit.*, pp. 68-70: el concepto de “relaciones de competencia” parte del criterio, nace de la jurisprudencia alemana con el caso *Kindersaugflaschen*, en 1961 (BHG 1962 GRUR 243: “*Unlauterer Wettweber kan...in der Regel nur dort begangen werden, wo wettbewerbliche Interessen der Mitbewerber aufeinanderstossen* (..)), en su supuesto de competencia desleal transfronteriza que cambió la jurisprudencia anterior y que también fue de inspiración para posteriores legisladores.

¹²⁶⁷ M. LEITSNER, “Comments: The Rome II Regulation Proposal and its Relation to the European Country of Origin Principle”, en J. DREXL/A. KUR (eds.), *Intellectual Property and Private International Law, IIC Studies in Industrial Property and Copyright law*, vol. 24, pp.177-199.

¹²⁶⁸ A.L.CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado...*, vol. 2, *op.cit.*, p. 1358: “*Acto de competencia desleal.* (...) Se refiere aquí el precepto no a la “naturaleza del acto en sí mismo”, sino al impacto que produce o puede producir dicho acto. Por tanto, un acto puede revestir una naturaleza moral, económico o social pero sólo si su efecto o impacto presenta un carácter “anticoncurrencial”, sólo entonces será un acto de “competencia desleal” y estará cubierto por el art. 6.1 RRII. Un acto puede ser considerado como un acto de “competencia desleal” cuando sea susceptible de alterar, repercutir, modificar y afetar a la concurrencial leal entre competidores en el mercado.”

“criterio de los efectos” destinado para los supuestos de infracciones al Derecho *antitrust*, como consecuencia (*Auswirkungsprinzip*)¹²⁶⁹.

81. Esta diferencia ayuda a entender que, solo en apariencia, la norma de conflicto no hace referencia al criterio del mercado afectado, en cuanto no considera la palabra “mercado afectado”¹²⁷⁰.

B. Criterio del mercado afectado / principio del país de origen o mutuo reconocimiento

a. Función del principio del mutuo reconocimiento y afectación al DIPr de la competencia desleal

82. En este apartado se analizará el debate relacionado con la misión, utilidad y función del “principio del mutuo reconocimiento” y su relación con las técnicas conflictuales clásicas del DIPr así como los problemas de incompatibilidad con el “criterio del mercado afectado” en su aplicación, debido a que su respuesta jurídica es contradictoria¹²⁷¹.

¹²⁶⁹ S. FRANCO/ W. WURMENST, “International Antitrust Claims under the Rome...”, *loc.cit.*, en J. BASEDOW/S. FRANCO/ L. IDOT, *International Antitrust Litigation...*, *op.cit.*, pp. 103, referencias a nota al pie; C. ORÓ MARTÍNEZ, *La aplicación privada del Derecho de la Competencia: Aproximación desde el Derecho internacional privado...*, *op.cit.*, pp. 333-335; C. BRÖMMELMEYER, *Internetwettbewerbsrecht: das Recht der Ubiquität, das Recht der Domain Name, das Recht der kommerziellen Kommunikation*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007; R. SACK, “Art. 6 Abs. 2 Rom II – VO und “bilaterales”...”, *loc.cit.*, p. 604, el *Einwirkung* sólo se ofrece en los ilícitos concurrenciales *B2C*, pero no en los ilícitos concurrenciales *B2B*; explicando la diferencia conceptual y su significado, R. HILTY, “The Law Against Unfair Competition...”, *loc.cit.*, en R. HILTY/F. HENNING BODEWIG, *Law Against Unfair Competition...*, *op.cit.*, pp. 13-14: “From a practical point of view, however, such distortions of competition on a strictly national level will occur exceptionally only. This is so as in the sphere of competition law the conflict of laws question as to the applicable law is based upon the so-called “effects doctrine” (“*Auswirkungsprinzip*”; “*Marktortprinzip*”) which means that in a majority of cases there exists (at least potentially) the element of transnationality, required for the applicability of European law. To such cases of a transnational character those legal rules must be applied which are directed at ensuring that competition is not distorted.”; C. HANDIG, “Neues im Internationalen Wettbewerbsrecht...”, *loc.cit.*, p. 8; A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado...*, vol. 2, *op.cit.*

¹²⁷⁰ *Vid. supra*, Capítulo III, Sección I.

¹²⁷¹ A diferencia de los instrumentos del DIPr de la UE como son el Reglamento Roma I y el Reglamento Roma II, que sí están basados en principios generales del Derecho privado como son la autonomía de la voluntad (en el primero) y en el axioma latino, *neminem laedere* (en el caso del segundo); M. GUZMÁN ZAPATER, “El principio del reconocimiento mutuo...”, *loc.cit.* p. 138 y p. 145: “¿es que acaso el principio del reconocimiento mutuo implica socavar el viejo paradigma representado por la norma de conflicto y trae consigo su sustitución por uno nuevo, de alcance y consecuencias desconocidas?”; o quizás, como prosigue la autora, “¿están llamados a coexistir pacíficamente según que el contrato se localice dentro o fuera de los límites geográficos del Mercado único europeo?”. Se puede resumir en entender al principio del mutuo reconocimiento como norma de conflicto “implícita” o entenderlo como principio estructural del Derecho UE (p. 155). Casi todos los autores leídos acuerdan que al principio del mutuo reconocimiento hay que entenderlo de la segunda forma (un principio estructural del sistema jurídico de la UE que actúa de parámetro de

83. Aunque el criterio del país de origen o mutuo reconocimiento sea incompatible con esta respuesta que debe darse en sede de ley aplicable a litigios de competencia desleal, resulta ser de gran ayuda en numerosos ámbitos legislativos¹²⁷².

84. Este es el caso de la regulación que existe en las relaciones de competencia de tipo horizontal en donde los operadores jurídicos están en situaciones de “simetría” contractual (*B2B*) y en áreas del Derecho material armonizadas sólo de forma parcial por las dificultades a la hora del consenso y dónde no existen las mismas diferencias en el principio y deberes de información en el contrato entre operadores¹²⁷³.

85. Para los problemas que se quieren poner de relieve en este sector, habrá que estar a lo que se explicó en el Capítulo II en relación a la inclusión de la “cláusulas de mercado interior” en el Derecho derivado de la lealtad comercial y la consagración del “criterio del mutuo reconocimiento” en otras Directivas relacionadas.

86. Solución propuesta. La extensión y alcance que tienen las “cláusulas de mercado interior” debiera ser clarificada en el ámbito del Derecho privado, sobre

control); sobre los riesgos del mutuo reconocimiento en el ámbito de la liberación del comercio, por ejemplo, J. P. TRACHTMAN, “Embedding Mutual Recognition...”, *loc.cit.*, existe el riesgo regulatorio puesto que se implementa de tal forma que hace “sacrificar” a los Estados sus parámetros a favor de los parámetros del Estado de origen del profesional y sobre las capacidades materiales de los Estados en desarrollo frente a los países más desarrollados.

¹²⁷² Por ejemplo, el Cdo. 3º del RBI *bis*; M. GARDEÑES SANTIAGO, “Les exigences du marché intérieur dans la construction d’un code européen de droit international privé, en particulier la place de la confiance et de la reconnaissance mutuelle”, en M.FALLON *et al.*, (eds.), *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé?*, Bruselas, PIE Peter Land, 2011, pp. 94-98; en el mismo sentido, P. LAGARDE, “Développements futurs du droit international privé dans un Europe en voie d’unification: quelques conjectures”, *RabelsZ*, vol. 68, nº2, 2004, pp. 225-143; Sobre la función “integradora” del DIPr como Derecho de conexiones, H. KRONKE, “Most Significant Relationship, Governmental Interests, Cultural Identity, Integration: “Rules” at Will and the Case for Principles of Conflict of Laws”, *Rev.dr.unif.*, nº3, 2004, pp. 467-477; H. MUIR WATT “Choice of Law in integrated and interconnected markets...”, *loc.cit.*, p. 408; J.R. PAUL, “Free Trade, Regulatory Competition and the Autonomous Market Fallacy”, *Columbia J. E. Law*, vol.1, 1994-1995, pp. 29-62; M. LEHMANN, “Los Tratados de libre comercio e inversiones transfronterizas y el ...”, *loc.cit.*, pp. 127-145; M. VIRGÓS SORIANO/F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “Estado de origen vs. Estado de destino. Las diferentes lógicas del Derecho internacional privado”, *InDret*, nº4, 2004, pp. 1-21, esp. pp. 8-10, disponible en: http://www.indret.com/pdf/251_es.pdf; J. GONZÁLEZ CAMPOS, “La constitución europea y el derecho internacional privado comunitario...”, *loc.cit.*, p. 132.

¹²⁷³ M. VIRGÓS SORIANO/F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “Estado de origen vs. Estado de destino...”, *loc.cit.*, p. 11. Del lado contrario, no funciona bien si existen externalidades negativas o asimetrías contractuales; J. P. TRACHTMAN, “Embedding Mutual Recognition at the WTO”, *JEP*, y, vol. 14, nº5, 2007, pp. 780-799: “*Essential harmonization is not necessary to Recognition, but to the extent that the Regulation at stake is meaningful, host or importing States would be expected before agreeing to Recognition...*”

todo, en cuestiones que afectan, a las normas de conflicto. Cuándo la misma Directiva que contiene la “cláusula de mercado interior” en cuestión, también expresa de forma clara que no tiene intención de regular ni incluir ninguna norma de conflicto en su clausulado; pero hace considerar a la disciplina como Derecho privado institucional por su función en el mercado interior¹²⁷⁴.

87. El principio del mutuo reconocimiento no encuentra su origen en ningún principio general de lo que conocemos como Derecho privado sino que en realidad, encuentra su origen en el ámbito del Derecho público, en el Derecho originario¹²⁷⁵.

88. Sin embargo, su evolución ha llegado a un punto en que algún autor lo ha propuesto también en el contexto del ámbito de la liberación del comercio internacional como solución a las disparidades, aunque debe dejarse de advertir de sus riesgos en un contexto de relaciones comerciales *ad extra*, un ámbito harto complejo y dispar jurídica y económicamente (y que decir sobre las cuestiones de competencia en el mismo).

89. Esta consideración comparándolo en como funciona en el ámbito de la integración del mercado interior (*ad intra*) en donde su papel es complementario al de la armonización material de las legislaciones nacionales de los EM¹²⁷⁶.

90. Hay que tener en cuenta que uno de los efectos de este principio es disminuir el poder que el país de destino tenga sobre los operadores de terceros Estados y obliga a los Estados de una organización interregional a aceptar que no tienen control sobre los operadores de los otros Estados en cuanto las LC deben ser respetadas¹²⁷⁷.

91. No obstante, en materia de DIPr deben manifestarse como “neutras”, especialmente en normas bilaterales que tienen ese carácter para evitar llegar a

¹²⁷⁴Vid. E. ALVAREZ ARMAS/M. FALLON, “La responsabilité civile du gestionnaire de portail internet...”, *loc.cit.*, p. 11 *in fine*.

¹²⁷⁵Vid. A. THÜNKEN, “Multi-State Advertising Over the Internet and the Private International...”, *loc.cit.*, p. 928: “Originally, the country of origin principle emanates from European administrative business law. This gives the question to what extent concepts of public law can be transferred to private international law”

¹²⁷⁶M. GUZMÁN ZAPATER, “El principio del reconocimiento mutuo, ¿un nuevo modelo para el Derecho internacional privado comunitario? (A propósito de la Comunicación de la Comisión: Libre prestación de servicios e interés general en el segunda Directiva bancaria)”, *RDC*, nº3, 1998, pp. 137-170; en materia de comercio internacional, J. P. TRACHTMAN, “Embedding Mutual Recognition at the WTO...”, *loc.cit.*

¹²⁷⁷C. GLINSKI/C. JOERGES, “European Unity in Diversity?; A Conflicts Law Reconstruction...”, *loc.cit.*, en K. PURNHAGEN/ P. ROTT (eds.), *Varieties of European Economic Law and....*, *op.cit.*, p. 300.

soluciones contradictorias cuando se busque la ley apropiada para resolver el fondo del asunto¹²⁷⁸.

92. Causas. Uno de los motivos que se ofrecen para su defensa en el ámbito del Derecho privado, o de las Directivas que se pueden considerar contienen normas de Derecho privado, es que, en realidad, la integración económica no requiere de uniformidad jurídica y tampoco pretende lograr la competencia regulatoria en los mercados nacionales.

i. Fragmentación y estado de la armonización material del Derecho de lealtad comercial como problema

93. Estos problemas y efectos se deben vincular a su vez al ámbito de la armonización material del Derecho derivado europeo y a las libertades de circulación en cuanto la aplicación de una norma de conflicto como es el art. 6.1 del RRII puesto que el criterio del “mercado afectado” tiene como límite “el principio del país de origen” que se encuentra contenido en las Directivas que se aplicarán en cuestiones de competencia desleal y relacionadas¹²⁷⁹.

94. Directivas de máximos y Directivas de mínimos¹²⁸⁰. También es cierto que el “criterio del país de origen” para poder desarrollarse en un sistema de integración interregional como es la UE, necesita un ambiente de cierta armonización normativa y al final su efecto desregulador provoca la vuelta a un proceso de regulación (desregular para volver a regular)¹²⁸¹.

¹²⁷⁸ Vid. G. VITELLINO, “Rome II from an Internal Market Perspective”, en A. MALATESTA (ed.), *The Unification of Choice of Law Rules on Torts and...*, op.cit., p. 285.

¹²⁷⁹ Atendiendo también a lo establecido en el art. 23 del RRII; En este punto incluyendo en el problema a las libertades de circulación, coinciden, en el ámbito del DIPr, P. A. DE MIGUEL ASENSIO, loc.cit., supra y para el ámbito de la armonización material del Derecho contra la competencia desleal, S. WEATHERILL/U. BERNITZ, “Introduction...”, loc.cit. en S. WEATHERILL/U. BERNITZ, *The Regulation of Unfair Commercial Practices...*, op.cit., p. 8; J. MEEUSEN/M. PERTEGÁS/G. STRAETMANS, “Rapport Général” en J. MEEUSEN/M. PERTEGÁS/G. STRAETMANS (eds.), *Enforcement of International Contracts in the European Union (Convergence and Divergence between Brussels I and Rome I)*, Schoten, Intersentia, 2004, pp. 21-42, esp. pp. 24-27: “La communautarisation du droit international privé doit non seulement être correctement incorporée dans le cadre institutionnel de l’Union mais doit également être conforme aux dispositions du traité relatives à la liberté de circulation”; S. SÁNCHEZ LORENZO, « La función de las técnicas conflictuales en los procesos de unificación... », loc.cit., p. 1769.

¹²⁸⁰ Vid. supra, Capítulo II, Sección II, epígrafe I apartado 1.A.

¹²⁸¹ Ibid (GUZMÁN ZAPATER), pp. 141-144. En palabras de la Comisión Europea este principio cumple con uno de los objetivos que tiene: “legislar menos para legislar mejor”, puesto que con este criterio se permite la realización de la integración negativa sin tener que recurrir a la armonización legislativa, vid. Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, “El reconocimiento mutuo en el marco del seguimiento del Plan de acción para el Mercado Interior”, Bruselas, 16/06/1999, COM (1999), 299 final; R. M. BUXBAUM/ G. HERTIG/A. HIRSCH/K.J. HOPT (eds.), *European Economic and Business Law: Legal and Economic Analyses on Integration and Harmonization*, Berlin, Walter de Gruyter, 1996, sobre un profundo análisis de el proceso de integración económica positiva y negativa en el ámbito del Derecho comunitario: A. SAYDÉ, *Abuse*

Por ejemplo, cuando las Directivas son de máximos como lo es la DPCD se produce el doble efecto de la regulación y la desregulación, más aún con el establecimiento de la “cláusula de mercado interior” entre sus disposiciones. Su aplicación es desaconsejada en relaciones verticales o de “asimetría contractual”, como son por ejemplo, las relaciones comerciales *B2C*. Aunque esta afirmación no está exenta de debate tampoco, al menos cuando las Directivas son de mínimos, pero no de máximos.¹²⁸²

95. En este sentido, el legislador europeo regula y desregula a la vez cuándo obliga al legislador del EM a cambiar, derogar o enmendar aquellas medidas nacionales que son más restrictivas o no responden a los estándares dados por la Directiva en cuestión, a la vez que obliga a respetar por encima de cualquier diferencia, las libertades de circulación (teniendo en cuenta que la DPCD no tiene ningún catálogo de excepciones al principio del país de origen)¹²⁸³.

ii. Principio del país de origen: presunta norma de conflicto implícita o técnica de armonización de la integración negativa

96. Un debate que no es nuevo pero que sigue manifestando problemas no resueltos por el legislador europeo en relación al principio del país de origen como norma de conflicto o técnica conflictual¹²⁸⁴, no siendo este aspecto claro¹²⁸⁵.

97. Opiniones doctrinales. Es cierto que algunos autores han propuesto usarlo en sustitución de las normas de conflicto bilaterales para algunas materias¹²⁸⁶. Del lado contrario, el criterio del país de destino, representa el criterio de conexión

of EU Law and Regulation of the Internal Market..., *op.cit.*, pp. 264-279; M. GARDEÑES SANTIAGO, *La aplicación de la regla del reconocimiento mutuo y su incidencia...*, *op.cit.*

¹²⁸² Así, por ejemplo, en defensa de su establecimiento en Directivas que regulan relaciones verticales y en concreto en la llamada Directiva de audiovisuales, A. HEROLD, “Country of Origin Principle in the EU Market for Audiovisual Media Services...”, *loc.cit.*, p. 8 y p. 23, sobre todo se si tiene en cuenta como dice la autora que el principio del país de origen no es un “absoluto”, al menos, en la aplicación de esta directiva por las excepciones que permite al mismo; del lado contrario a esta opinión, M. LEITSNER, “Unfair Competition or Consumer Protection?....”, *loc.cit.*, p. 152 y p. 157.

¹²⁸³ B. KEIRSBILCK, *The New European Law of Unfair Competition...*, *op.cit.*, p. 183.

¹²⁸⁴ P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “Integración europea y Derecho internacional privado”, *Revista de Derecho comunitario europeo*, nº2, 1997, pp. 413-445; J. J. EZQUERRA UBERO, *La jurisprudencia Cassis-Keck y la libre circulación de mercancías...*, *op.cit.*, pp. 22-24; A. THÜNKEN, “Multi-State Advertising Over the Internet and the Private International...”, *loc.cit.*, p. 929.

¹²⁸⁵ C. HONORATI, “The Law Applicable to Unfair Competition...”, *loc.cit.*, *infra*, en A. MALATESTA (ed.), *The Unification of Choice of Law Rules on Torts and Other Non-Contractual Obligations...*, *op.cit. infra.*, p. 143; G. DA BAERE, “Is This a Conflict Rule which I see Before Me?...”, *loc.cit.*, *infra*, pp. 317-319; también LEITSNER, la denomina, “odiosa” norma; P. MANKOWSKI, “Unfair competition on the Internet and Conflict of Laws...”, *loc.cit.*, p. 391.

¹²⁸⁶ *Vid. v. gr.*, M. GARDEÑES SANTIAGO, “Les exigences du marché intérieur dans la construction d’un code européen de droit international privé, en particulier la place de la confiance et de la reconnaissance...”, *loc.cit.*, en M. FALLON/P. LAGARDE/S. POILLOT PERUZZETTO, *Quelle architecture pour un Code Européenne de Droit International....op.cit.*;

en el lugar de la prestación y es el criterio elegido en materia *B2C*, teniendo en cuenta la especial protección que se le debe a los consumidores¹²⁸⁷.

98. Otras opiniones doctrinales. Otros autores, cuya opinión es interesante y controvertida, consideran que, en puridad, no existe ningún “principio de mutuo reconocimiento” sino que sólo existe un mandato a los EM en mostrar razones de peso (de orden público) para no admitir en su territorio, los bienes y servicios que provienen de otro EM y que cumplen en este Estado de origen los requisitos regulatorios pertinentes¹²⁸⁸.

99. Por ello, se hace aconsejable diferenciar bien entre la función del principio del país de origen contenido en el ámbito del Derecho originario y la función que realiza o debe realizar el principio del país de origen contenido en cada norma del ámbito del Derecho derivado¹²⁸⁹.

¹²⁸⁷ Si fuese una norma de conflicto alternativa nos obligaría a hacer una comparación entre ordenamientos dados por el punto de conexión pero, en la aplicación del reconocimiento mutuo sólo existe la aplicación de la ley del establecimiento y a modo de excepción la ley de la prestación; En razones de salud pública, por ejemplo, ha de tenerse en cuenta la relación entre la cadena de suministro alimentario, las normas sobre etiquetados, información de los alimentos, etc., con la competencia desleal, como excepción a la aplicación de la ley del país de origen; J. STEFANELLI/P. MARSDEN, “Fair Relations in the Food Supply Chain. Establishing Effective European Enforcement Structures”, *BIICL*, 2014, disponible en: http://www.biicl.org/documents/188_fair_relations_in_the_food_supply_chain.pdf; M. VIRGÓS SORIANO/F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “Estado de origen vs. estado de destino...”, *loc.cit.*, p. 12: “La aplicación del país de destino en el caso de las asimetrías contractuales asegura la aplicación de la ley del consumidor (además, sin modificación *in peius* mediante la elección de otra ley). Esto corrige el oportunismo del operador. Defendiendo el principio del país de origen en el ámbito del Derecho de consumo, A. HEROLD, “Country of Origin Principle in the EU Market for Audiovisual Media Services: Consumer’s Friend or Foe?”, *J. Consum Policy*, vol. 31, 2008, pp. 5-24, siendo también una Directiva de armonización mínima, el “principio del país de origen” se establece en esta Directiva de Televisión sin fronteras en su artículo 2.a.1, impidiendo a los EM restringir las retransmisiones de los otros proveedores de diferentes EM puesto que el objetivo principal de la directiva es la libre circulación y el comercio de las emisiones televisivas.

¹²⁸⁸ *Vid.* S. WEATHERILL, “Chapter 19. Why There is No “Principle of Mutual Recognition” in EU Law (and Why that Matters to Consumer Lawyers)”, en K. PURNHAGEN/P. ROTT (eds), *Varieties of European Economic Law and Regulation. Studies in European Economic Law and Regulation...*, *op.cit.*, pp. 401-417, p. 403: “Otherwise, there is risk that the false notion that EU internal market law is based on a principle of mutual Recognition may spread. This may lead to misunderstanding and misapplication of the law, but even as a minimum, it is damaging to the EU’s reputation if an excessively deregulatory tone is struck in describing and planning the internal market”; pero estas críticas siempre han estado presentes, sobre todo en lo que a los intereses de los consumidores se refiere, por considerarse un arma arrojadiza contra sus intereses, sobre todo en Directivas como la de audiovisuales, A. HEROLD, “Country of Origin Principle in the EU Market for Audiovisual Media Services: Consumer’s Friend...”, *loc.cit.*, *infra*, p. 6

¹²⁸⁹ G. VITELLINO, “Rome II from an Internal Market Perspective”, en A. MALATESTA (ed.), *The Unification of Choice of Law Rules on Torts and...* *op.cit.*, pp. 269-300, p. 273: “The status questionis as regards the interaction between the conflict of laws and primary Community rules on the internal market is far from clear”. El debate de los obstáculos siempre se ha constituido desde las normas sustantivas en cuanto a las LC pero antes no se planteaba en las normas de DIPr; G. DA BAERE, “Is This a Conflict Rule which I see Before Me?...”, *loc.cit.*, *infra*, pp. 317-319; E. ÁLVAREZ ARMAS/M. FALLON, “La responsabilité civile du gestionnaire de portail internet: ...”, *loc.cit.*, p. 9

100. Para llegar a la esencia del problema, debe profundizarse en su funcionamiento y estructura. En principio, el principio del país de origen funciona como una técnica alternativa a los diferentes procesos que existen de armonización y uniformización material de leyes¹²⁹⁰. No es más que la consecuencia natural del proceso de integración del mercado interior¹²⁹¹.

101. No obstante, las Directivas relacionadas con aspectos de la lealtad comercial como la DPCD o la Directiva sobre publicidad engañosa y comparativa no tienen normas de DIPr, ni de CJI, ni de LA, ni de reconocimiento o ejecución (Capítulo II)¹²⁹².

102. Es, quizás, la Directiva sobre comercio electrónico¹²⁹³, que también se aplica en materia de competencia desleal cuando así lo requiere el supuesto (actividades comerciales *on line*¹²⁹⁴) que cuenta con otra una “cláusula de mercado interior” en su art. 1.4 (aunque de forma mucho más amplia que lo hace la

¹²⁹⁰ Aunque no relacionado con el ámbito de la competencia desleal pero sí con la incidencia del mutuo reconocimiento y el DIPr, M. GUZMÁN ZAPATER, “El principio del reconocimiento mutuo, ¿un nuevo modelo para el Derecho internacional privado...”, *loc.cit.*; S. BARIATTI, *Cases and Material son EU Private International Law*, Oxford/Portland/Oregon, Hart Publishing, 2011, pp. 43-44; B. KEIRSBILCK, *The New European Law of Unfair Competition...*, *op.cit.* pp. 82-83; J. GLÖCKNER, “Ist die Union reif für die Kontrolle an die Quelle?”, *WRP*, 2005, pp. 795-808; A. OHLY, “Das Herkunftslands Prinzip im Bereich vollständig angeglichene Lauterkeitsrechts”, *WRP*, 2006, pp. 1401-1412; S. SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, *Ley aplicable a la responsabilidad por el folleto...*, *op.cit.*, pp. 188-190, que analiza también la posibilidad que el principio del país de origen actúe como correctivo material sólo cuando la ley designada por las normas de conflicto es una ley distinta a la del Estado de origen.

¹²⁹¹ Cf. A. HEROLD, “Country of Origin Principle in the EU Market for Audiovisual Media Services...”, *loc.cit.*, p. 6: “Yet, the country of origin rule is nothing more than a natural consequence of the internal market, stemming from the very commitment by the founders of the European Economic Community back in 1957”; teniendo en cuenta las críticas incluso hacia tal afirmación del párrafo *supra*, de nuevo, S. WEATHERILL, “Chapter 19. Why There is No “Principle of Mutual Recognition” in EU Law...”, *loc.cit.*, en K. PURNHAGEN/P. ROTT (eds), *Varieties of European Economic Law and Regulation. Studies in European Economic Law and Regulation...*, *op.cit.*, pp. 401-417, p. 403.

¹²⁹² Vid. E. ÁLVAREZ ARMAS/ M. FALLON, “La responsabilité civile du gestionnaire de portail internet...”, *loc.cit.*, p. 9: “Pourtant, l’intention des auteurs de la directive d’exclure toute “règle additionnelle” de conflit de lois doit “également” être prise en compte”; Y, quizás, como considera SÁNCHEZ LORENZO, este aspecto sea en el que puedan ser mejoradas las futuras Directivas, o las existentes en futuras reformas, si atendemos al carácter y función complementaria del DIPr y el Derecho uniforme material, S. SÁNCHEZ LORENZO, “La función de las técnicas conflictuales en los procesos de unificación del...”, *loc.cit.*, p. 1780

¹²⁹³ Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre comercio electrónico), *DOCE*, L 178 de 17/07/2000.

¹²⁹⁴ Art. 1.1 “Directiva comercio electrónico”; F. HENNING-BODEWIG, “Secondary Unfair Competition...”, *loc.cit.*, en R. HILTY/F. HENNING BODEWIG (eds.), *Law Against Unfair Competition...*, *op.cit.*, p. 123; M. LEITSNER, “Unfair Competition or Consumer Protection?...”, *loc.cit.*, p. 152.

DPCD¹²⁹⁵) la que ha sido el germen del debate: “*la presente Directiva no establece normas de Derecho internacional privado ni afecta a la jurisdicción de los tribunales de justicia*” (a diferencia de la Directiva de Servicios, por ejemplo)¹²⁹⁶.

103. A pesar de su redacción clara en la que pone de relieve que no tiene como objetivo alterar las normas de DIPr o las soluciones de DIPr pudiendo llegar a aplicarse una ley diferente a la establecida en su art. 3, donde se consagra el “principio del mutuo reconocimiento”¹²⁹⁷.

¹²⁹⁵ M. HELLNER, “The Country of Origin principle in the E-Commerce Directive: A conflict with conflict of laws”, *RGSL Working Papers*, n° 6, Riga, 2003, pp. 3-27; S. BARIATTI, *Cases and Materials on EU Private International... op.cit.*, p. 45. La que afirma que, mirando de cerca el desarrollo del principio del mutuo reconocimiento o el país de origen, puede observarse que nunca ha sido aplicado de forma absoluta y generalizada; F. HENNING BODEWIG, “Secondary Unfair Competition...”, *loc.cit.*, en R. HILTY/F. HENNING-BODEWIG (eds.), *Law Against Unfair Competition...*, *op.cit.*, p. 125: “*The country of origin principle laid down in Art. 3 is very broad, much broader than that in the Television Directive. This is due to the different definition of the coordinated field in Art. 2, which encompasses all requirements laid down in Member State’s legal System applicable to information society service provides or information society services*”; también, A. THÜNKEN, “Multi-State Advertising Over the Internet and the Private International...”, *loc.cit.*, p. 929, piensa que la Directiva de audiovisuales introduce como norma de conflicto al principio de país de origen. Que, la diferencia entre televisión e Internet es el sistema de licencias en el ámbito de la retransmisión televisiva. El principio del país de origen es por tanto solo apropiado en el ámbito de la retransmisión televisiva, por estar vinculado a través de las licencias a su origen en el Derecho público; *id.* “Die Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr und das Internationale Privatrecht des unlauteren Wettbewerb”, *IPRax*, vol. 21, 2001, pp. 15-22; V. STEFAN GRUNDMANN, “Das Internationale Privatrecht der E-Commerce-Richtlinie-was ist kategorial anders im Kollisionsrecht des Binnenmarkts und warum?”, *RebelsZ*, vol. 67, 2003, pp. 246-297, p. 267.

¹²⁹⁶ P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “Integración europea y Derecho internacional privado”, *RDCE*, n°2, 1997, pp. 413-445, pp. 436-438. No obstante, como también dice el autor si se realiza una lectura detenida de la jurisprudencia del TJUE puede extraerse la conclusión que el mutuo reconocimiento en una norma de conflicto, no obstante, el TJUE ha establecido de forma clara que lo que reclama realmente el reconocimiento mutuo es la “inaplicación de las normas de ley aplicable” contrarias a la ley del país de origen.; G. DE BAERE, “Is this a Conflict Rule which I see Before Me? Looking for a Hidden Conflict Rule in the Principle of Country of Origin as Implemented in Primary European Community Law and in the Directive on Electronic Commerce”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 11, n°3, 2004, pp. 287-319, p. 318: “*The relationship between private international law and European Community Law is one of mutual influence with possible fruitful consequences and no doubt, as may appear from the above, also conflicts*”. Para el autor está claro que el DIPr de los EM y las normas del Derecho de la UE pueden llegar a tener conflictos en cuanto pueden llegar a violar la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad como principio del Derecho de la UE. En la Directiva de Servicios se suprimió de su borrador todos los asuntos relativos a la regulación de la responsabilidad extracontractual en responsabilidad de prestadores de servicios para no crear un conflicto entre la Directiva y el RRII.

¹²⁹⁷ *Vid.* P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “Directiva sobre comercio electrónico: Determinación de la normativa aplicable...”, *loc.cit.*, p. 4; Conclusiones del AG sr. Cruz Villalón, párr.33, asunto *e-Date Advertising*; *vid. infra* Capítulo IV.

Sin embargo, este aspecto no le resta eficacia para dar solución a supuestos de DIPr¹²⁹⁸.

104. Dos cuestiones prejudiciales se traen a colación para entender el principio del mutuo reconocimiento y su funcionamiento en cuestiones de DIPr. La primera de estas cuestiones prejudiciales es el asunto *e-Date*.

105. Asunto *e-Date Advertising* (y otros)¹²⁹⁹. El TJUE ofrece una interpretación del art. 3.1 de la Directiva sobre comercio electrónico en cuanto a su valoración como posible norma de conflicto o como técnica legislativa diferente a la norma de conflicto. Tanto el TJUE como el AG Cruz Villalón determinaron que el art. 3.1 de la Directiva sobre comercio electrónico no es una norma de conflicto sino que funciona como correctivo a la armonización.

La explicación es que el mutuo reconocimiento no designa que sea “cualquier ordenamiento sino que sean los ordenamientos de los EM dónde el profesional tiene el establecimiento” como bien se conoce, por lo que aunque su técnica de elaboración sea parecida a la de la norma de conflicto, no es una norma de conflicto.

106. La diferencia entre la función del principio del país de origen o el mutuo reconocimiento y la norma de conflicto empieza por entender que las normas de conflicto y la lógica del DIPr se mueve en un Derecho de conexiones conciliando el pluralismo normativo mediante criterios de conexión en supuestos con elemento de extranjería¹³⁰⁰.

¹²⁹⁸Véase también el Considerando 35 del RRII. El RRII reconoce en este considerando que la Directiva de comercio electrónico debe ser respetada, en cuanto se debe respetar incluso en la aplicación de la norma de conflicto las libertades de circulación de bienes y servicios establecidas en los diferentes instrumentos del Derecho derivado de la UE.

¹²⁹⁹Asunto *E-Date Advertising* y Olivier Martínez (asuntos acumulados), C-509/09 y C-161/10y Opinión del AG sr. Cruz Villalón. El TJUE deja establecido en sus conclusiones lo siguiente: “el artículo 3 de la Directiva 2000/31/CE debe interpretarse en el sentido que no impone una norma de conflicto ni un “correctivo” sobre el fondo. El citado precepto expresa una concreción legislativa, en términos de armonización, de la libre prestación de servicios aplicada al comercio electrónico, habilitando a los EM a prever ciertas medidas de protección de intereses merecedores de especial garantía, cómo excepción a la libre prestación de servicio” (el catálogo de excepciones); también es de destacar la opinión de B. KEIRSBILCK, *The New European Law of Unfair Commercial Practices...*, *op.cit.*, p. 83; Otra interpretación sobre el artículo 1.4 de la Directiva en cuestión, establece que la cláusula de mercado interior debería ser considerada como una norma “armonizada” de DIPr, la cual en forma general declara que la ley del país del establecimiento del profesional es aplicable; E. ÁLVAREZ ARMAS/ M. FALLON, “La responsabilité civile du gestionnaire de portail internet: compétence Internationale, loi applicable”, *JDE*, 2012, pp. 8-11.

¹³⁰⁰S. SÁNCHEZ LORENZO, “La función de las técnicas conflictuales en los procesos de unificación del Derecho privado material”, *Pacis Artes (Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos*, Madrid, Iprolex, 2005, pp. 1765-1786; “La función de las técnicas conflictuales

107. Este criterio funciona de forma más simple que la norma de conflicto destinada a cubrir los supuestos de competencia desleal transfronteriza. La búsqueda por parte del juez del derecho material aplicable al litigio no es necesaria. Lo que es necesario es el prestador haya cumplido los requisitos exigidos¹³⁰¹.

108. El otro asunto, *el asunto UBER* dilucida otras cuestiones. La cuestión prejudicial relativa al asunto *UBER* como prestador de servicios o como plataforma de conexión, acerca del art. 3 de la Directiva de comercio electrónico y la Directiva de servicios.

Fueron varios los jueces nacionales de EM que solicitaron entre los años 2015 y 2017 al TJUE mediante cuestión prejudicial la respuesta a esta pregunta de la caracterización de estos prestadores como de “servicios” bajo lo dispuesto en la Directiva de servicios y el “comercio electrónico” antes de poder considerar que su actividad económica en el mercado interior y los mercados de este sector de servicios (transporte privado por carretera) los EM fuese reputada como desleal para poder aplicar las normas contra la competencia desleal, en caso que sea necesario.

109. Tal caracterización es instrumental y debe ser realizada *a priori*, por lo que será necesaria (hay que tener en cuenta la situación de aparente “limbo jurídico” en la que están operando estas compañías de forma actual, puesto que se han constituido como negocios “novedosos” que han alterado el panorama actual).

110. Si tiene la misma posición que el resto de los operadores que ofrecen el mismo servicio de transporte y bajo la Directiva de servicios es un prestador de servicios¹³⁰², así como bajo la Directiva de comercio electrónico su aplicación móvil es un intermediario, entonces *UBER* bajo la mayoría de las normas de competencia de los EM, *UBER* no está cumpliendo con la normativa que otros operadores con la

en los procesos de unificación del Derecho...”, *loc.cit.*, reproduciendo a Thibaut establece en el artículo: si no hay unificación de ordenamientos, entonces aparecerá la tan terrible y odiosa práctica de conflictos de leyes”. El autor critica de forma analítica no sin olvidarse de las bondades del DIPr en el ámbito del Derecho de la UE. Lo hace siendo consciente de dos características muy importantes del DIPr que revierten en el bienestar de una unificación y/o armonización material. La primera de ellas: El DIPr se constituye como un instrumento maduro para la técnica del Derecho comparado. En segundo lugar, y tal como expresa: “(...) el DIPr como Derecho positivo, no debería ser el sector del ordenamiento pionero en la unificación jurídica europea.” Pero en pocos casos, se hace defendible la idea de unificar el DIPr frente a una armonización material y hacer un Derecho privado europeo. La existencia de una aplicación uniforme, no garantiza una interpretación uniforme; E. ÁLVAREZ ARMAS/M. FALLON, “La responsabilité civile du gestionnaire de portail internet...”, *loc.cit.*, p. 9.

¹³⁰¹*Vid.* M. GUZMÁN ZAPATER, “El principio del mutuo reconocimiento...”, *loc.cit.*, p. 146.

¹³⁰²Como finalmente se ha pronunciado el TJUE en su reciente sentencia C-434/15, el AG Spuznar en su opinión general y el TS español, en STS 117/2018, siguiendo la misma línea que el TJUE

misma condición tienen, puesto que está infringiendo numerosas normas administrativas, y a través de estas infracciones se está prevaleciendo en el mercado de forma desleal¹³⁰³.

- b. Principio del mutuo reconocimiento, ubicuidad de los supuestos de competencia desleal y sus problemas de incompatibilidad en la aplicación del “criterio del mercado afectado”

111. Aunque el “criterio del mercado afectado” se presenta con cierto grado de compatibilidad con el objetivo que persiguen las normas en el ámbito del Derecho material derivado de prácticas comerciales desleales en la UE; su efectividad puede perderse para la norma de conflicto bilateral, en cuanto este cuerpo de normas, ya se sabe que es uno de los ámbitos más desarmonizados del mercado interior.

Por lo que la primera conclusión a la que se llega es que no estará exento de problemas de aplicación en cuanto dicha desarmonización no se solucione¹³⁰⁴.

¹³⁰³Por orden cronológico, el primer juez fue el juez de lo mercantil de Barcelona, asunto (C-434/15), puede verse la Providencia nº 929/2014 D2 dando traslado a las partes en el planteamiento de una cuestión prejudicial ante el TJUE (destacando el punto 1.2 de la misma donde se reconoce que *UBER* es una plataforma internacional que desarrolla y pretende desarrollar la actividad no sólo en España sino en distintos países tanto en la UE como en terceros Estados); el *Tribunal de grande instance* de Lille (C-320-16); el *Rechtbank van Koophandel Brussel*(C-526/15). Las precitadas cuestiones prejudiciales están relacionadas con el ámbito de la libre circulación en materia prestación de servicios y no sólo con el comercio electrónico. Así como los problemas que están surgiendo de estos nuevos modelos en algunos casos mal denominados *sharing economy*, A. TOURIÑO, “La economía colaborativa desde la óptica de la competencia desleal. Análisis de los autos de medidas cautelares dictados ...”, *loc.cit.*, pp. 1-16; P. JARNE MUÑOZ, “Uber ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: la incidencia del recurso a las plataformas en ...”, *loc.cit.*, pp.111-122, destacando el autor algo que no debe olvidarse en relación a la libre circulación de servicios en materia de transportes, su liberalización desde hace unos años; G. DOMENECH, “La regulación de la economía colaborativa (el caso “Uber contra el taxi””, *Revista CEFLEGAL. CEF*, nº175-176, 2015, pp. 61-114.

¹³⁰⁴C. HANDIG, “Neues im Internationalen Wettbewerbsrecht-Auswirkungen...”, *loc.cit.*, p. 28; según el AG sr. Saugmandsgaard ØE, en el asunto *Verein für Konsumenteninformation c. Amazon EU Sàrl* (C-191/15), por “intereses colectivos de los consumidores” debe entenderse los intereses colectivos que no sean una acumulación de intereses particulares (...). En este asunto, el AG determinaba si se podía aplicar el art. 6.1 para determinar el incumplimiento de la Directiva 93/13 en perjuicio de los intereses colectivos de los consumidores (sobre cláusulas abusivas en condiciones generales de venta). En su opinión, la respuesta es afirmativa, se aplica el art. 6.1 en cuanto se vean afectados los intereses colectivos de los consumidores. Aunque no sea el objeto de análisis lo siguiente se encuentra relacionado. Las acciones colectivas de cesación se incluyeron por el legislador europeo en materia de protección de consumidores contra las cláusulas abusivas; G. SCHRICKER, “Unfair competition and consumer protection in Western Europe”, *IIC*, vol. 1, nº4, 1970, pp. 415-449; K. J. CSERES, *Competition law and consumer protection*, The Hague, Kluwer Law International, 2005; y, también, J. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, “La ampliación del concepto de competencia...”, *loc.cit.* en J.A. GÓMEZ SEGADE/A. GARCÍA VIDAL (eds.), *El Derecho mercantil en el umbral del x. XXI: libro homenaje al...*, *op.cit.* p.393; T.W.DORNIS, *Trademarks and Unfair Competition Conflicts...*, *op.cit.*, p. 283.

112. Principio de la ubicuidad y mercado afectado. De otro lado, se suma que en sede de LA como se analizó en sede de CJI, el criterio no es compatible con la aplicación con la “teoría de la ubicuidad” (que impone restricciones al “principio del país de origen” como el país del establecimiento del profesional)¹³⁰⁵. Limitando de forma territorial el ordenamiento jurídico que debe aplicarse, mediante el límite espacial o territorial en el primer escalón de aplicación. No obstante, en cuestiones de LA, la ubicuidad no se ha tratado de la misma forma que en CJI, en cuanto como se ha comentado y el legislador europeo lo introduce de diferente forma en la norma general del RRII orientándolo al lugar del daño y no a otro lugar diferente, considerando que es el lugar adecuado para valorar los daños de todo tipo¹³⁰⁶.

113. Aunque los redactores del RRII sabían que el “principio del país de origen” no está para resolver cuestiones de ley aplicable¹³⁰⁷, el Parlamento Europeo lo tuvo que tener en cuenta por cuestiones de política legislativa.

Con el resultado que ha provocado ciertos problemas desde el punto de vista legal práctico y de coordinación entre instrumentos¹³⁰⁸.

¹³⁰⁵ Se comienza a considerar de forma mayoritaria por la doctrina alemana y la norteamericana, TH.M.DE BOER, *Beyond lex loci delicti...*, *op.cit.*, pp. 1-53-1-75, p. 1-67; T. KADNER GRAZIANO, *La responsabilité délictuelle en droit international...*, *op.cit.*, p. 88 y p. 101 sobre el principio del país de origen (*Herkunftslandprinzip*), como criterio aplicable en materia de competencia desleal, de responsabilidad por producto defectuoso y sobre los derechos de la personalidad en los medios telemáticos; sobre el criterio del país de origen y las normas de conflicto en materia de competencia desleal; J. VON HEIN, “Something Old and Something Borrowed, but Nothing New?...”, *loc.cit.*, p. 1675; J. D. González Campos, “Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international...”, *loc.cit.*, p. 223 : « *Par rapport au droit économique, la doctrine allemande en particulier a mis en relief l’importance du lien d’une activité avec un marché donné (markbezogene Anknüpfung) en tant que rattachement des règles de conflit dans ce domaine* »; J. M. BISCHOFF, « La concurrence déloyale en droit international », *loc.cit.*, pp. 61-62; G. VITELLINO, « Consumer protection against unfair practices in cross-border.. », *loc.cit.*, en A. LUPONE/C. RICCI/A. SANTINI (eds.), *The Right to Safe Food towards a global governance....*, *op.cit.*, p. 447; N. DORANDEU, *Le dommage concurrentiel...*, *op.cit.*, pp. 100-121, y sobre la noción de « situación de competencia », pp. 125-129; N. DETHLOFF, *Europäisierung des Wettbewerbsrecht. Einfluss des europäischen Rechts auf das Sach- und Kollisionsrecht des unlauteren Wettbewerbs*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2001; M. LEISTNER, “The Rome II Regulation Proposal and its Relation to the European Country-of-Origin Principle”, en J. DREXL/A. KUR (eds.), *Intellectual Property and Private International Law*, IIC Studies in Industrial Property and Copyright Law, vol. 24, Munich, Hart Publishing, pp. 177-199; *id.* “Unfair Competition and Freedom of Movement...”, *loc.cit.*, en J. Basedow, *Max Planck Encyclopedia...*, *op.cit.*, p. 1722; M. GARDEÑES SANTIAGO, “Les exigences du marché intérieur dans la construction d’un code européen de droit international...”, *loc.cit.*, en M. FALLON *et al.*, (eds.), *Quelle architecture pour un code européen...*, *op.cit.*, pp. 99-102; P. LAGARDE, “Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d’unification: quelques conjectures”, *RabelsZ*, vol. 68, 2004, pp. 225-243, pp. 229-235

¹³⁰⁶ C. BRÖMMELMEYER, *Internetwettbewerbsrecht: das recht der Ubiquität, das Recht der Domain*, ..., pp. 109-111.

¹³⁰⁷ F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “The Rome II Regulation: On the way towards...”, *loc.cit.*, p. 86. La DPCD como se sabe no contiene normas de DIPr por lo que no existirá conflicto entre las normas de la DPCD ni la norma del art. 6 RRII.

¹³⁰⁸ Vid. F. POCAR, “Concluding Remarks”, en A. MALATESTA (ed.), *The Unification of Choice of Law Rules on Torts and...*, *op.cit.*, pp. 301-305, p. 302; UNICE (*The Voice of Business in*

114. *Problemas de interpretación.* Los problemas de interpretación vienen dados porque el ámbito de armonización material de estas Directivas varía desde la armonización de máximos como la DPCD, y la armonización de mínimos la como Directiva sobre comercio electrónico y la Directiva sobre servicios audiovisuales consideradas normas especiales pueden ser aplicadas cuándo determinados actos de publicidad¹³⁰⁹, transacciones comerciales, intercambio de servicios y *marketing* se consideren actos de competencia desleal *on line*.

115. Con las consecuencias que esta armonización entre máximos y mínimos ha tenido, como el problema de la competencia regulatoria para el comercio *ad intra* en la UE¹³¹⁰.

116. Y, como se adelantó al principio del apartado, porque el principio del país de origen que se aplica de forma limitada al ámbito de situaciones *ad intra* en la UE, teniendo en cuenta que tanto la Directiva de comercio electrónico como la de audiovisuales, tienen los ámbitos personal y espacial limitados y no se aplicarán a todos los supuestos de competencia desleal transfronteriza en el mercado interior¹³¹¹.

Europe), “Preliminary draft proposal for a Council Regulation on the law applicable to ...”, p. 1, que resaltó este aspecto de forma considerable: “(...) a Regulation in this area cannot be a substitute for a real internal market based on the “country of origin principle”. In the absence of evidence of a need for a Regulation on law applicable to non-contractual obligations, the Commission should refrain from proposing such a Regulation”.

¹³⁰⁹ M. SANCHEZ RUIZ, “La regulación europea actual sobre el emplazamiento del producto...”, *loc.cit.*

¹³¹⁰ F. HENNING BODEWIG, *International Handbook on Unfair competition...*, *op.cit.*, p. 71; U. KOHL, *Jurisdiction and the Internet...*, *op.cit.*, pp. 178-180; ;A. DICKINSON, *The Rome II Regulation...*, *op.cit.* pp. 98-99 que distingue entre el *bad* y el *good forum shopping*. “If *forum shopping* were necessary a “bad thing” to be avoided at all costs, the Commission’s attempt to present the Rome II Regulation as a solution to problems generated by the Brussels I Regulation...” (...) pero en este caso no se habla del *forum shopping* que puede provocar la aplicación de la ley del país de origen sino de si el *forum shopping* es un fenómeno favorable o no; M. VIRGÓS SORIANO/F. J. GARCIMARTÍN, “Estado de origen vs. Estado de destino...”, *loc.cit.*, p. 19, también sobre los límites entre la ley del lugar de origen, la ley de destino y la *lex loci damni* como ley del resultado del daño. Si esta ley condiciona la indemnización civil a que haya existido una vulneración de reglas jurídico públicas y el responsable se beneficia de un régimen de control en el Estado de origen que ha de reconocerse en los demás, dicha autorización habrá de tenerse en cuenta en el ámbito de la *lex causae* para excluir la responsabilidad civil (art.14 RRII); P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “The Private International Law of Intellectual Property...”, *loc.cit.*, en S. LEIBLE/A. OHLY (eds.), *Intellectual Property and Private International...*, *op.cit.*, p. 29 (versión ucprints); sobre el motivo procesal y sus causas en este concepto de “intereses colectivos”, L. CARBALLO PIÑEIRO, “Derecho de la competencia, intereses colectivos y su proyección procesal: observaciones a propósito del art. 6 del Reglamento Roma II”, *AEDIPr*, t. VII, 2007, pp. 465-495, esp. pp. 466-468; J. VON HEIN, “Something Old and Something Borrowed, but Nothing New?...”, *loc.cit.*, pp. 1676-1679

¹³¹¹ En este particular se ha propuesto una solución restrictiva por DREXL para situaciones *ad extra*, en las que el principio del país de origen no puede ser aplicado porque entra fuera del ámbito espacial de ambas Directivas. En situaciones en donde las prácticas de publicidad y *marketing* hayan

117. Atendiendo a esta redacción del art. 27 RRII¹³¹² si existiesen otras normas de conflicto en el ámbito de la competencia desleal aplicables al asunto, serían de preferencia por el principio de lo especial sustituye a lo general, dado que el art. 6 sería desplazado en su condición de norma de conflicto general¹³¹³.

118. El aspecto es un tanto controvertido, como el mismo hecho de considerar que el principio del país de origen es una norma de conflicto “implícita” que pueda sustituir la aplicación de las normas de conflicto del RRII¹³¹⁴. No obstante, el “principio del país de origen” se mueve en el ámbito de la norma material imperativa dado sus orígenes y tipo de técnica y las normas de conflicto son normas que se ocupan de dar solución material a situaciones privadas internacionales¹³¹⁵.

119. Ahora bien, en el caso que no se sustituyan pero se apliquen por ser la norma material elegida (como es la mayoría de las opiniones en el ámbito doctrinal

impactado en un mercado afectado extranjero; G. VITELLINO, “Rome II from an Internal Market Perspective”, en A. MALATESTA (ed.), *The Unification of Choice of Law Rules on Torts and...*, *op.cit.*, p. 299: “Nonetheless, the proposed Interpretation does not allow to avoid the risk of fragmenting global commercial strategies of firms seeking to engage in cross-border activities embracing a multitude of Member States”; A. BUCHER, “La dimension sociale du droit international...”, *loc.cit.*, p.83; B. BUCHNER, “Rom II und das Internationale Inmaterialgüter-und-Wettbewerbsrecht”, *GRUR Int*, 2005, pp. 1104-1012, pp. 1010-1011; G. SCHRICKER/ F. HENNING BODEWIG, “New Initiatives for the Harmonization of the Unfair...”, *loc.cit.*, p. 273;

¹³¹²Vid. *infra*, apartado V

¹³¹³Artículo 27 RRII: “El presente Reglamento no afectará a la aplicación de disposiciones del Derecho comunitario que, en materias concretas, regulen los conflictos de leyes relativos a las obligaciones extracontractuales”; un análisis del artículo 27 en M. ILLMER, “Chapter IV. Relationship with other provisions of Community Law”, en P. HUBER (ed.), *Rome II ...*, *op.cit.*, pp. 434-440; con especial énfasis en su análisis sobre el principio del país de origen y el art. 27, A. DICKINSON, *The Rome II Regulation...*, *op.cit.*, pp. 643-663; J. DREXL, “Internationales LLauterkeitsrecht...”, *loc.cit.*, en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch...*, *op.cit.*, Band 11, p.1183; H. DUINTJER TEBBENS, “Les conflits de lois en matière de publicité déloyale à l'épreuve du droit communautaire”, *Rev.crit.dr.int.pr.*, vol. 83, n°3, 1994, pp. 450-481; E. COUREAULT, *La concurrence déloyale en droit international privé...*, *op.cit.*, pp. 91-93

¹³¹⁴No obstante, se ha considerado que el ámbito del “principio del país de origen” en la Directiva de comercio electrónico es bastante más amplio, objeto de un estándar más simple en materia de competencia desleal *on line* (publicidad y *marketing* solamente); P. MANKOWSKI/ILLMER: “Whether de country of origin-principle extends even Beyond the coordinated field is not clear”.

¹³¹⁵Cf. J. I. PAREDES PÉREZ, “Sobre la conveniencia de una norma de conflicto bilateral...”, *loc.cit.*, p. 438; B. UBERTAZZI, “The Law Applicable to Unfair Competition...”, *loc.cit.*, en J. DE WERRA (ed.), *Défis du droit de la concurrence déloyale...*, *op.cit.*, pp. 64-69, cómo establece la autora, el TJUE ha resaltado en varias ocasiones que es posible que se pueda anular la aplicación de una ley material nacional de un EM de competencia desleal y aplicar las disposiciones de la Directiva de forma directa para conseguir el objetivo de seguir manteniendo el buen funcionamiento del mercado interior.

y jurisprudencial¹³¹⁶) el “principio del país de origen” tiene como consecuencia la aplicación de las normas del Estado del establecimiento del profesional, aunque los estándares de protección sean más bajos en este Estado¹³¹⁷.

120. Ejemplo: si la campaña de publicidad o de *marketing* no está prohibida en el país de origen (aunque el mercado se haya visto afectado en el país de destino), de acuerdo a lo establecido, no se podrá aplicar la ley del Estado de destino donde el mercado afectado se encuentra afectado, sobre todo en situaciones de ilícitos concurrenciales desleales de tipo *B2C* (el “mercado afectado” lidera en el país de residencia de los consumidores)¹³¹⁸.

121. En ilícitos concurrenciales desleales de tipo *B2B* la aplicación de la ley del país de origen podría tener más sentido, porque lo que se tutela son los intereses del competidor (este aspecto, a pesar de tener en cuenta que, el artículo 4, la *lex loci damni* también como lugar de destino).

C. Criterio de los efectos / ley del país de destino en litigios de competencia desleal transfronteriza

122. Ya se ha considerado que el “criterio de los efectos” es el criterio típico en supuestos de infracciones privadas al Derecho de la competencia¹³¹⁹. En estos supuestos, el criterio “casa” porque como dicen los autores, los efectos de un acto anti competitivo suelen irradiar redes de distribución mayores que, en los supuestos de competencia desleal, así como también sus efectos suelen tener mayores consecuencias en toda la competencia.

¹³¹⁶Existen muchas variantes en este particular sobre lo que establece el art. 27, el art. 6 y la relación con el principio del país de origen de ambas Directivas, J. DREXL, “Internationales Unlauterer...”, *loc.cit.*, en *Münchener Kommentar...*, *op.cit.*, p. 77 y ss; M. ILLMER, “Article 6...”, *loc.cit.*, p. 160; J. I. PAREDES PÉREZ, “Sobre la conveniencia de una norma de conflicto bilateral...”, *loc.cit.*, p. 439, que aclara con precisión la función de la “cláusula de mercado interior” y su incidencia sobre la norma material y no sobre la norma de conflicto.

¹³¹⁷Además esto tiene un efecto de presión sobre los comerciantes nacionales y sobre el legislador nacional que puede “relajarse” en cuanto a las prácticas comerciales desleales se refiere; C. GLINSKI/C. JOERGES, “European Unity in Diversity?; A Conflicts-Law Re-construction...”, *loc.cit.*, EN K. PURNHAGEN/P. ROTT (eds.), *Varieties of European Economic Law and Regulation...*, *op.cit.*, p. 300, recordando una de las consecuencias del establecimiento del principio del país de origen en la Directiva sobre Comercio electrónico; F. Henning-Bodewig, *International Handbook on Unfair Competition...*, *op.cit.*, pp.70-72.

¹³¹⁸*Vid.* M. ILLMER, “Article 6...”, *loc.cit.*, en P. Huber (ed.), *Rome II Regulation...op.cit.*, pp. 158-163; F. J. GARCIMARTÍN/M. VIRGÓS SORIANO, “Estado de origen vs. Estado de destino...”, *loc.cit.*, p. 17: “El ámbito extracontractual se suele considerar la sede natural del principio del Estado de destino”. Por la lógica que debe ser la ley del entorno social dónde se localiza el bien dañado y porque además intenta prevenir el comportamiento oportunista de los responsables de los actos.

¹³¹⁹E. RODRÍGUEZ PINEAU, “Ley aplicable a la responsabilidad derivada de actos contrarios a la libre competencia”, *AEDIPr*, vol. VII, 2007, pp. 447-463, p. 453; T.W.DORNIS, *Trademarks and Unfair Competition Conflicts...*, *op.cit.*, p. 315.

Cuestión específica: Ahora bien, ¿puede ser aplicado el “criterio de los efectos” a supuestos de competencia desleal transfronteriza tal y como está redactada la norma en su apartado 1º? La respuesta que se ha dado es negativa por lo analizado en relación a sus límites territoriales en el primer escalón de aplicación de la norma¹³²⁰.

123. No obstante, el “criterio de los efectos” se ha aplicado también para las restricciones a determinados tipos de publicidad¹³²¹, como es la publicidad relacionada con determinados productos como el tabaco, el alcohol, medicamentos, apuestas, servicios financieros, etc., por ello se trae a colación a pesar de no estar establecido en la norma de conflicto de competencia desleal.

124. Si las normas que determinan la publicidad en estos sectores no determinan un ámbito espacial concreto, esto es, a si los actos comerciales desleales deben producirse en un mercado en particular, se permite la aplicación del criterio de los efectos por ser más flexible y por contener en si mismo estos aspectos relativos al “test de contactos mínimos” (criterio *de minimis*) para poder prever qué ordenamiento jurídico es de aplicación finalmente. Aunque, de nuevo, este aspecto se tendrá que determinar, no por la norma de conflicto, sino por la ley material de competencia desleal que resulte de aplicación, que puede no hacerlo¹³²².

¹³²⁰ *Ibid* (DORNIS), p. 317, que considera que no debe trasladarse el criterio de los efectos a las cuestiones de competencia desleal atendiendo a las diferencias entre los objetivos de política en *antitrust* y competencia desleal

¹³²¹ Así lo ponía de relieve la LICD en 1967: “*It is necessary to add that in matters concerning advertising, the applicable law should be the law of the country where the advertisement produces its effects, that it is to say where it reaches the public and when it produces effects in more than one country, the national law of each country respectively should apply*”; C. HONORATI, “The Law Applicable to Unfair Competition...”, *loc.cit.*, en A. MALATESTA (ed.), *The Unification of Choice of Law Rules on Torts and Other...op.cit.*, p. 149; De forma contraria, A. FONT SEGURA, *La protección internacional del secreto...*, *op.cit.*, p. 245, que consideró que el criterio de los efectos en el mercado era el más adecuado con la función de la normativa de competencia desleal; A. BUCHER, “La dimension sociale du droit international privé...”, *loc.cit.*; C. ORÓ MARTÍNEZ, *La aplicación privada del Derecho de la competencia: aproximación desde el Derecho internacional...*, *op.cit.* pp. 333-339.

¹³²² Cf. A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado...*, vol. 2, *op.cit.*, p. 1361; P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “The Private International Law of Intellectual Property...”, *loc.cit.*, en S. LEIBLE/A. OHLY (eds.), *Intellectual Property and Private International Law...*, *op.cit.*, p. 23 (versión ucprints). Por ejemplo, el autor analiza que la Directiva 2001/83/EC relacionada con medicamentos, por la que se establece un Código comunitario sobre medicamentos para uso humano, al no contener ninguna norma que delimite su ámbito territorial/espacial de aplicación da cabida a que se aplique el criterio de los efectos en el mercado. De hecho, la clave para considerar la responsabilidad en estos supuestos es el desarrollo de la “actividad” (parecido al *stream of commerce*) en el territorio del país que adopta la prohibición por la cuál se presenta como decisiva para considerar la actividad comercial; T. VERBIEST/E. KEULEERS, “Cross Border Gaming: The European Regulatory Perspective”, *Gaming Law Review*, vol. 7, nº3, 2003, pp. 185-196, sobre este particular pero en materia de servicios de apuestas.

Habrá que estar a lo dispuesto a lo que nos dice el ordenamiento jurídico que sea finalmente el elegido. De forma concreta, para presumir que restricciones en la normativa nacional de competencia desleal pueden nacer del Derecho privado, dependen de normas que contienen “orden público económico” (límites a la aplicación espacial de normas de otro ordenamiento). Este aspecto puede causar demasiada disparidad normativa y no ofrecer una respuesta directa como la que pretende la norma de conflicto bilateral¹³²³.

II. Escisión de la trilogía de intereses protegidos de la competencia desleal (*Schuzzwecktrias*) en la norma de conflicto del artículo 6 RR II : coherencia con el Modelo Social de la disciplina como Derecho privado institucional

Como ya se ha manifestado se tiene que hacer un estudio por separado de los diferentes ilícitos concurrenciales atendiendo a que la norma de conflicto nos los diferencia.

1. Ilícitos concurrenciales desleales de tipo B2C contra la demanda (consumidores y mercado); apartado 1º del art. 6º del RRII

A. Supuestos bilaterales-daños a distancia

Norma especial y norma general. El apartado 1º del artículo 6 es la norma general para los supuestos de competencia desleal *B2C* constituyendo una explicación de la norma general del RRII¹³²⁴.

125. En estos casos, hay que entender el “mercado afectado” con todo lo explicado de forma anterior como “el lugar donde se producen las relaciones de

¹³²³ G. VITELLINO, “Rome II from an Internal Market Perspective”, en A. MALATESTA (ed.), *The Unification of Choice of Law Rules on Torts and...*, *op.cit.*, pp. 290-291: “For this purpose, a closer analysis is needed in order to determine, firstly, whether such rules could hinder the intra-Community trade in goods and services; secondly, whether the restriction resulting from private law, if any, depends on legal plurality (the fact that the internal market consists of more than one legal order); and legal disparity (the fact that those systems adopt different rules to deal with the same issues).”

¹³²⁴ Considerando 21 RRII: “La norma especial del artículo 6 no constituye una excepción a la norma general del artículo 4, apartado 1, sino más bien una aclaración de esta (...)”. Conclusiones generales AG sr. Saugmandsgaard ØE, C-191/15, pto. 70: “Según se desprende del considerando 21 del citado Reglamento, su artículo 6, apartado 1, es una *lex specialis* que, en lugar de establecer una excepción al artículo 4, apartado 1, del propio Reglamento, precisa su alcance. En otras palabras, la norma contenida en el artículo 6, apartado 1, del Reglamento Roma II concreta el principio de la *lex loci damni* en el ámbito particular de la competencia desleal”; para el AG del Considerando 21 se puede entender una definición autónoma de competencia desleal; C. ORÓ MARTÍNEZ, *La aplicación privada del Derecho de la competencia: aproximación desde el Derecho internacional...*, *op.cit.* p. 333; M. HELLNER, “Unfair Competition and Acts Restricting...”, *loc.cit.* p. 55; C. HONORATI, “The Law Applicable to Unfair Competition...”, *loc.cit.*, pp. 149-150; el precursor de esta formulación fue el alemán Troller, J. GLÖCKNER, “Erläuterungen zum Internationalen Lauterkeitsrecht”, en H. HARTE-BAVENDAMM/F. HENNING-BODEWIG (eds.), *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, pp. 180-233, esp. p. 206

competencia” y “donde se han dañado los intereses de los consumidores”. En el mismo criterio nacen los requisitos: que sea un acto de competencia desleal, con efecto anticompetitivo directo y en un concreto mercado (como espacio económico protegido)¹³²⁵.

126. Ejemplo: en materia de publicidad y *marketing*, habrá que estar a lo dispuesto en las leyes de publicidad del país donde los consumidores se vieron afectados por la campaña publicitaria ilícita y desleal¹³²⁶. Esto es, se prefiere en estos casos el lugar del mercado afectado pero no el del mercado de ataque, donde de forma general, se desarrollan las relaciones de competencia de forma más directa y se han dañado los intereses de los consumidores. De nuevo, el consumidor es la pieza clave para medir el daño competitivo.

B. Posible aplicación distributiva de leyes según mercados afectados:
problemas

a. Ilícitos mosaico *B2C*

127. Tanto la aplicación del “criterio de los efectos” como la aplicación del criterio del “mercado afectado” puede dar lugar a una pluralidad de leyes nacionales aplicables a los supuestos en “ilícitos mosaico”. Este último sólo cuando no se delimite de forma territorial a un concreto territorio nacional¹³²⁷. No obstante, tal y como está redactada la norma, se intentó establecer que en competencia desleal no surgiese el mosaico de leyes en cuanto a que el demandante debe concretar un concreto “territorio nacional”, precisamente para limitar la aplicación simultánea de leyes que resultaría en una litigación muy costosa, de acuerdo también a lo que ya estableció BISCHOFF (reproducido por CALVO/CARRASCOSA)¹³²⁸.

¹³²⁵ A.L.CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado...*, vol. 2, *op.cit.*, pp. 1358-1359

¹³²⁶ Vid. G. VITELLINO, “Consumer protection against unfair practices in cross-border food trade...”, *loc.cit.*, en A. LUPONE/C. RICCI/A. SANTINI (eds.), *The Right to safe food towards...*, *op.cit.*, p. 447, el autor analiza el ilícito de competencia desleal desde el ámbito del etiquetado de productos de alimentación. Si el etiquetado es engañoso y por tanto desleal, el lugar del mercado afectado será el lugar donde el producto fue vendido a los consumidores. Este es el lugar donde la publicidad engañosa fue realizado también; M. ILLMER, “Article 6...”, *loc.cit.*, en P. HUBER (ed.), *Rome II Regulation...*, *op.cit.*, p. 170.

¹³²⁷ C. WADLOW, “The new private international law of unfair competition...”, *loc.cit.*, pp. 491-492, en la que critica la falta de preocupación de la Comisión ante este problema del mosaico de leyes en materia de competencia desleal; Cuando el ilícito se produjo via *Internet*, la probabilidad que esto suceda es mayor, M. DOGAUCHI, “Law applicable to torts and copyright infringement through the internet”, J. BASEDOW (ed.), *The effects of globalization on private international...*, *op.cit.*, pp. 49-67, en la misma línea que en los problemas de índole procesal.

¹³²⁸ C. HANDIG, “Neues im Internationalen Wettbewerbsrecht...”, *loc.cit.*, p. 7; A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado...*, vol. 2, *op.cit.*, pp. 1361-1362, esp. p. 1362.

128. El criterio puede funcionar aplicándose la ley del país de origen o del establecimiento del profesional, en supuestos en los que el competidor que ha realizado la presunta campaña publicitaria desleal demuestre que no quiso causar el daño competitivo en el país de destino.

129. Ejemplo: si un exportador argelino vende imitaciones de bolsos *Gucci* y distribuye este material en varios EM, entonces, no hay sólo un mercado donde se supone que se cumplen los criterios de “intereses colectivos de los consumidores” y las “relaciones de competencia” como el mercado afectado. En estos supuestos cabría la aplicación de más de una ley de mercado afectado.

En cambio, si sólo las distribuye a España, entonces sólo sería la LCD de aplicación por sólo resultar en España el mercado afectado (intereses colectivos de los consumidores y relaciones de competencia).¹³²⁹

130. El hecho que la ley del mercado afectado sea la que determine las consecuencias para todos los efectos del mismo acto comercial desleal, aunque estos actos se hubieran diseminado en otros mercados nacionales, hizo a la Comisión considerar relevante establecer que debía ser el mercado donde hayan sucedido los daños directos y sustanciales determinándolo de forma territorial en los criterios ya analizados: relaciones de competencia-intereses de los consumidores afectados(Cdo. 16)¹³³⁰.

131. En realidad, la norma de conflicto está totalmente orientada a que se pueda aplicar la ley de destino o donde los consumidores han sufrido el mayor daño cumpliendo el objetito de tutela de los mismos de la institución, y esto conlleva que se pueda aplicar una pluralidad de leyes en ilícitos con connotación transfronteriza¹³³¹.

132. Aunque en estos ilícitos no cabe la aplicación del criterio de los “vínculos más estrechos” o la cláusula de escape en materia de competencia desleal, considerando que es sólo de aplicación el apartado 1^o¹³³², pero no el apartado 2^o¹³³³,

¹³²⁹ C. WADLOW, “The new private international law of unfair competition...”, *loc.cit.*, p. 791.

¹³³⁰ A. DICKINSON, *The Rome II Regulation...*, *op.cit.*, p. 417, que, además es porque a diferencia de un acto anticompetitivo donde las redes de distribución son más amplias, en materia de competencia desleal debe delimitarse con mayor sentido.

¹³³¹ *Ibid* (DICKINSON), p. 417.

¹³³² J. J. FAWCETT/P. TORREMANS, *Intellectual Property and Private International Law...*, *op.cit.*, p. 863; A. DICKINSON, *The Rome II Regulation...*, *op.cit.*, p. 417: “(...) the wording of Art 6 (1) does not appear sufficiently flexible to allow the Court to re-characterize the connecting factor as “damage” to or an “effect upon” the individual claimant in that country.”; P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “Acciones de cesación, condiciones generales y protección de datos: avances en la interpretación de los Reglamentos Roma I y II”, 29/07/2016, disponible en: <http://pedroemiguelasensio.blogspot.de/2016/07/acciones-de-cesacion-condiciones.html#more> a la

si el acto de competencia desleal se prueba que tuvo un mayor impacto en otro mercado, la norma de conflicto bilateral da lugar a entender que debe ser de aplicación esa normativa¹³³⁴.

b. Ilícitos mosaico de publicidad desleal transfronteriza

133. *Supuestos de publicidad transfronteriza y mercado afectado.* Por otro lado, se añadió en la Propuesta del RRII una norma de conflicto a los supuestos de publicidad transfronteriza en la que aunque la publicidad engañosa impactase en varios EM debía ser de aplicación la ley del país del establecimiento del profesional¹³³⁵. Esto sólo se considera para supuestos intracomunitarios. Finalmente, esta norma se abandonó puesto que podía haber liderado en situaciones complejas y además inseguridad jurídica¹³³⁶.

134. Otra vez, al hilo de la armonización de mínimos, puede argumentarse que en materia de publicidad comparativa y engañosa no existe el mismo grado de armonización material y si se hubiese establecido el “principio del país de origen”, no se hubiesen alcanzado ni se alcanzarían soluciones satisfactorias en los supuestos de publicidad pluri-localizados, puesto que daría lugar a aplicar una

luz de la Conclusiones generales del AG sr. Saugmandsgaard ØE, ptos. 75-77, en donde aclara este aspecto del apartado 1º del art. 6º: “En mi opinión, esa excepción no es aplicable a las situaciones comprendidas en el ámbito de aplicación de una norma particular como la prevista en el artículo 6, apartado 1º, del Reglamento Roma II”. Esto fue determinado por la Comisión que dejó claro en los documentos preparatorios del RRII que, las conexiones accesorias del art. 4, entre las que se encuentra la “cláusula de escape” o “el criterio de los vínculos más estrechos” no tienen cabida ni están adaptadas a la materia de la competencia desleal. La explicación se encuentra en el objeto que se tutela: los intereses colectivos y no particulares de los consumidores y el mercado. Y, si se permitiese el uso de una cláusula de escape no se podría proteger la colectividad de intereses frustrando el objetivo de la norma”

¹³³³Para los relaciones comerciales *B2B* sí podría tener cabida y de hecho, este aspecto fue puesto de relieve por la Resolución del *IDI* de 1984, suponiendo que si no existe la posibilidad de determinar el punto de conexión a través de las otras conexiones. Entendiéndolo a este criterio y el de la residencia habitual como “criterio de conexión cerrada” porque permiten localizar de forma objetiva una conexión objetiva; en cambio, la “Conferencia de la Haya” (2000), no lo consideró adecuado en cuanto podría derivar en aplicar la ley donde la compañía tiene su sede principal, siendo en algunos casos, una solución poco adecuada.

¹³³⁴As. *MARRIAGES FRÈRES (Cour de Cassation français)*

¹³³⁵Según la propuesta del RRII, este aspecto ya se había considerado de forma previa por las recomendaciones hechas por un informe de la LIDC en 1992, “Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo...”, *cit.*, p. 17 que pone de relieve que no existía mucha práctica jurisprudencial en este sector en torno a la aplicación de la *lex loci delicti*; y, por la doctrina; J.J.C.KABEL, “Transborder Advertising and Unfair Competition...”, *cit.*, el autor ya se planteaba un aspecto interesante. La cuestión no era en realidad si se aplicaba o no la ley de origen o la ley de destino sino si la ley del país de origen podría por si misma en supuestos de publicidad desleal ser la mejor solución. Este aspecto se relaciona a su vez con la libre circulación de información en el mercado interior. De hecho, en el informe se apostó por aplicar la ley del país de destino, donde los consumidores se vieron afectados; P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “The Private International Law of Intellectual Property and of Unfair Competition...”, *loc.cit.*, en S. LEIBL/A.OHLY, *Intellectual Property and Private International...*, *op.cit.*, p. 30 (versión ucprints): “but under EC law the relevant place of origin may be that of the media, as it is the case in the TV broadcasting Directive”.

¹³³⁶*Ibidem*

sola ley, la del establecimiento del profesional, no siendo a lo mejor, el lugar del mercado verdaderamente afectado¹³³⁷. Con ello, dando lugar a una solución injusta y poco objetiva.

c. Ilícitos mosaico *B2B*

135. En los supuestos que pudieran tener cabida en el ámbito del apartado 2º del art. 6 se debe encontrar la solución por medio de la norma general del art. 4 y sus excepciones. Si apareciese el problema de una aplicación simultánea de leyes cuándo los daños materiales directos se producen en varios países (sólo cuentan por ello, los efectos directos y sustanciales de un acto de competencia desleal), en principio, el artículo 4 permite localizar una sola ley aplicable, la del lugar donde el daño fue directo y sustancial¹³³⁸.

136. Ejemplo: en caso que un hecho dañoso haya causado daños directos y sustanciales en varios lugares (en supuestos *B2B* pueden ser mercados también como lugares donde las partes compiten por una posición en el mercado), si el competidor demandado tuviere domicilio en el foro y uno de estos lugares / mercados afectados es el del foro se invocaría sólo la ley del foro como representativa de todos los lugares que han recibido el impacto directo (de nuevo la aplicación de la regla *de minimis* será necesaria para probar que existió un impacto sustancial en el mercado por el acto o la práctica comercial desleal)¹³³⁹.

d. Soluciones actuales: aplicación de la doctrina *Shevill*

137. Ahora, quizás se hace necesario establecer un apartado en la norma de conflicto que evite el problema de la distribución de leyes y conecte el supuesto de hecho a una sola ley en ilícitos mosaico donde se pruebe que pueden aplicarse más leyes, porque la norma de conflicto del art. 6.1 RRII no considera a diferencia del

¹³³⁷*Ibid* (DE MIGUEL ASENSIO), p. 30; M. GARDEÑES SANTIAGO, *La aplicación de la regla de reconocimiento mutuo en el Comercio...*, *op.cit.* p. 33, con referencia SÁNCHEZ LORENZO: Lo que controlan tales normas es el acceso al mercado y el desarrollo de las actividades económicas. No son normas de conflicto a lo que afectan, sino a normas imperativas o de orden público económico. En la p. 35, al analizar el mecanismo jurídico que subyace al principio de reconocimiento mutuo, y con palabras textuales del autor: “(...) su puesta en práctica supone la utilización de técnicas propias del Derecho internacional privado”; J. NAKAGAWA, *International Harmonization of Economic Regulation*, International Economic Law, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 7.

¹³³⁸*Vid. infra* apartado siguiente (punto de conexión a ilícitos concurrenciales *B2B*); P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “El régimen comunitario relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales...”, *loc.cit.*, p. 21 (versión *ucmprints*), el art. 4.1 lleva a la que sean de aplicación de forma distributiva las leyes de cada uno de los países en donde se han producidos los daños directos; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “Un apunte sobre la llamada “regla general” del Reglamento ...”, *loc.cit.*, p. 245; T. BAUERMANN, *Der Anknüpfungsgegenstand im europäischen ...*, *op.cit.* pp. 76-77.

¹³³⁹*Ibid* (DE MIGUEL ASENSIO), p. 26; E. RODRÍGUEZ PINEAU, “Ley aplicable a la responsabilidad derivada de actos contrarios a la libre competencia”, *AEDIPr*, 2007, pp. 447-463; *id.* “Conflict of Laws come to the Rescue of Competition...”, *loc.cit.*, pp. 323-326

apartado 3º, el criterio *de minimis*, dejándolo en manos de la ley de competencia desleal sustantiva de aplicación.

138. Entonces, la solución para evitar el fenómeno del “mosaico de leyes” parte de lo establecido en CJI con la jurisprudencia *Shevill*, en esos ilícitos. Como bien se sabe, si se plantea la demanda ante el domicilio del demandado o presunto responsable (en caso que se conozca y no haya sucedido por *Internet* de forma globalizada-*Worldwide Effect*), este tribunal conocerá de todos los daños en su totalidad¹³⁴⁰.

Si se plantea la demanda ante el lugar donde se cometió el acto de competencia desleal *B2B*, estos tribunales en caso de ser varios los lugares donde alcanzaron los efectos pueden conocer sólo de los daños directos y sustanciales de su territorio (mercado) pero no pueden valorar los daños de otros Estados, como el tribunal del domicilio del demandado. Será el juez quien valore que los mercados afectados aludidos por el demandante son mercados de cuyos Estados se ha comprobado que se han verificado efectos directos y de tipo desleal¹³⁴¹.

139. Esta solución se dio como bienvenida en supuestos de infracciones privadas al Derecho *antitrust*, disminuyendo casos complejos y transacción de costes procesales para las partes en litigios transfronterizos¹³⁴².

140. Solución propuesta. Podría plantearse en la futura revisión del RRII la posibilidad de introducir esta solución a casos de ilícitos multi-estatales de publicidad desleal y competencia desleal puesto que tienen una problemática parecida a los ilícitos de infracciones privadas al Derecho de la competencia¹³⁴³.

2. *Ilícitos concurrenciales desleales de tipo B2B contra la oferta (profesionales); apartado 2º del art. 6 RRII*

141. La interpretación que debe hacerse de este apartado es restrictiva de forma que se ha considerado una excepción a la norma del apartado 1º aplicándose

¹³⁴⁰ *Ibid* (DE MIGUEL ASENSIO); A.L.CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado...*, vol. 2, *op.cit.*, p.1363

¹³⁴¹ *Ibid* (CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ), *Derecho Internacional Privado...*, vol. 2, *op.cit.*, p. 1362.

¹³⁴² Sobre la problemática de los costes transaccionales en materia de ilícitos de responsabilidad extracontractual transfronterizos, J. BASEDOW/ T. KONO (eds.), *An Economic Analysis of Private International Law*, Max Planck Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, nº46, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006.

¹³⁴³ La primera revisión se encontraba prevista en el artículo 30 (“cláusula de revisión”) para el año 2011. En el año 2012 se realiza dicha revisión pero no se hace ninguna consideración acerca de la materia de la competencia desleal sino que se centró en la materia de difamación e ilícitos relativos a los derechos contra el honor y la imagen; *infra*, S. FRANCO/W. WURMENST, “International Antitrust Claims under the Rome...”, *loc.cit.*, en J. BASEDOW/S. FRANCO/L. IDOT, *International Antitrust Litigation...*, *op.cit.*,

la norma de conflicto general para las obligaciones extracontractuales, por no ser actos desleales suficientemente relevantes para desequilibrar el orden establecido en el mercado y los intereses de los participantes¹³⁴⁴.

142. El acto competitivo va dirigido sólo a la órbita patrimonial o / y personal del competidor/es (a lo que se ha considerado la oferta) y no es necesaria la presencia de un mercado afectado para poder determinar la ley aplicable¹³⁴⁵.

Cuestión específica. En estos casos, el apartado 2 del artículo 6 dirige la norma de conflicto a la aplicación del artículo 4 RRII, esto es, la regla general del RRII para todo tipo de obligaciones de tipo extracontractual que no están tipificadas en el RRII¹³⁴⁶.

143. El artículo 4 RRII considera la aplicación de la ley del lugar del daño (*lex loci damni*) cómo la más adecuada debido a lo ya explicado con respecto a la gran divergencia entre las leyes nacionales de los EM, tras su falta de armonización material en el Derecho de la UE¹³⁴⁷.

144. Esto otorga a la calificación de los ilícitos concurrenciales desleales de tipo *B2B* en el ámbito del RRII como ilícitos de responsabilidad extracontractual

¹³⁴⁴*Ibid* (DE MIGUEL ASENSIO), que no es necesario que la práctica impacte de forma más fuerte contra los intereses del competidor que contra los consumidores; As. *MARRIAGES FRÈRES*, *Cour de Cassation français*, n° 16-10850, de 8 de noviembre de 2017, FJ 4º. En el asunto se dilucidaron aspectos relativos a la imitación de la marca (*contrefaçon parasitaire*), infracción de derechos de autor y competencia desleal parasitaria (*passing off*- explotación de la reputación ajena), así como también revelación de información confidencial de la empresa, contra un anterior trabajador por cuenta ajena de la empresa *Marriages frères*, y contra empresas de Singapur con la que este último transmitió la información, en el que existieron también en primera instancia demandas reconventionales. El problema que encuentra la *Cour de Cassation* francesa se encontraba entre la aplicación del 1º apartado del artículo 6 y el segundo.

¹³⁴⁵*Vid.* A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado...*, vol. 2, *op.cit.* p. 1362; H. DUINTJER TEBBENS, “Les conflits de lois en matière de publicité déloyale à l’épreuve...”, *loc.cit.*, p. 457; E. COUREAULT, *La concurrence déloyale en droit international...*, *op.cit.*, p. 30; R. SACK, “Art. 6 Abs. 2 Rom II-VO und “bilaterales” unlauteres Wettbewerbsverhalten”, *GRUR Int.*, 2012, pp. 601-610; en la jurisprudencia alemana, BGH I. Zivilsenat, Urteil vom. 11. Februar 2010, I ZR, 85/98-BGHZ 185, pp- 66-74, esp. 74: “Den von Art. 6 Abs. 2 ROM II-VO erfassten unternehmensbezogenen Eingriffen fehlt aber die unmittelbar marktvermittelte unternehmensbezogenen Eingriffen auf die geschäftliche Entscheidungen der ausländischen Marktgegenseite Einwirkung auf die geschäftlichen Entscheidungen der...”

¹³⁴⁶Aquí si existe diferencia con el sistema suizo de DIPr, el apartado 2º del art. 136 establece que cuándo se haya dirigido hacia la oferta o sea entre competidores será de aplicación la ley del establecimiento del competidor dañado: “*Si l’acte affecte exclusiveemnt les intérêts d’entreprise d’un concurrent déterminé, le droit applicable sera celui du siège de l’établissement lésé*”.

¹³⁴⁷Considerando 15 RRII; pero para S. C. SYMEONIDES, “Rome II and Tort Conflicts...”, *loc.cit.*, la norma general del RRII tal y como está estructurada sigue representando la *lex loci delicti*, como una norma subsidiaria: “*Thus, the general rule of Rome II is nothing but a Restatement of the traditional lex loci delicti rule, with its “last event” sub-rule*”.

generales volviendo de nuevo al ámbito de la responsabilidad *aquiliana* en este punto¹³⁴⁸.

Estructura artículo 4 RRII.-El artículo 4 se divide a su vez en tres apartados. A diferencia del apartado 1 del artículo 6 en los que no se aplica ni la cláusula de escape ni la conexión de la residencia habitual, en ilícitos concurrenciales de tipo *B2B* sí se aplicarán estas excepciones por su condición de hecho ilícito “general”. Con lo que cada Estado valorará la ley aplicable dependiendo si tienen norma especial o aplican las normas de responsabilidad extracontractual a estos ilícitos.

145. Aplicando el apartado 1 del artículo 4 RRII, a los ilícitos concurrenciales desleales *B2B*, se determina que es la ley del país donde el competidor fue dañado de forma *directa*. De otra forma expresado, donde su posición competitiva fue dañada o afectada en el mercado o también el mercado de ataque (*lex loci delicti commissi*)¹³⁴⁹; aunque puede ser también aplicada la ley del mercado de recepción del acto comercial desleal (*lex loci damni*).

146. Protección de la *par condicio concurrentium*. La base de estos ilícitos comerciales desleales *B2B* está en la libre iniciativa para competir (*par condicio concurrentium*) entendiéndose que, en cierta medida y prevenir los métodos que se usan para conseguir la ventaja competitiva que, serán determinados por la ley material en estos casos, del lugar donde se ha producido el daño competitivo. Si no existe suficiente prueba que estos daños se localizan en el mercado afectado alegado por la demandante se tendrá que buscar mediante el criterio, donde realmente se afectaron a los competidores y a los consumidores, con independencia que sea la ley de cualquier país del mundo¹³⁵⁰.

¹³⁴⁸M. ILLMER, “Article 6...”, *loc.cit.*, en P. HUBER (ed.), *Rome II Regulation...*, *op.cit.*, p. 173.

¹³⁴⁹M. VIRGÓS SORIANO, *El comercio internacional en el nuevo derecho de la competencia...*, *op.cit.*, p. 86.

¹³⁵⁰As. *MARRIAGES FRÈRES*, *Cour de Cassation français* n° 16-10850, el Tribunal de Casación francés establece que el Tribunal de Apelación (*Cour d’Appel* de París) no había fundado bien su sentencia, en cuanto no se demostró que el mercado francés, sino el de Singapur era el afectado si se aplicaba al artículo 6 en su apartado 1º, por lo que entendió que debía aplicarse en este supuesto, el apartado 2º, por sólo encontrar afectados los intereses de los competidores: (...) *tous ces actes affectant exclusivement les intérêts des sociétés Mariage frères, la cour d’appel a violé par fausse application les articles 6.1 et 6.3 du Règlement dit “Rome II” et, par refus d’application, les articles 4.1 et 6.2 du même Règlement* /1er. Motivo de la Sentencia); la *Cour d’Appel*, considera que es de aplicación la ley de Singapur. No obstante, de nuevo la *Cour de Cassation*: “*la cour d’appel n’a pas légalement justifié sa décision au regard de l’article 6. 1... (...) la cour d’appel, qui n’a pas tiré les conséquences légales qui s’évinçaient de ses propres constatations a violé l’article 6.1*”, entendiéndose que se aplicaba la ley de Singapur por ser dicho mercado el afectado y presuntamente haber afectado a los consumidores de dicho Estado porque consideraron que las relaciones de competencia se desarrollaban en Francia (cuando realmente las relaciones de competencia y las infracciones también se produjeron en el Mercado de Singapur y el japonés (donde la demandante opera mediante cuatro filiales más treinta socios de distribución comercial de sus productos en Asia). Para la *Cour d’Appel*, el hecho que las relaciones de competencia y los intereses de los consumidores

147. Sin embargo, y atendiendo a estos instrumentos establecen el principio del país de origen o el país de establecimiento del profesional, ¿la *lex loci damni* es la mejor opción en supuestos *B2B*?

148. De nuevo, en la mayoría de los supuestos la *lex loci damni* coincidirá con la solución establecida para los supuestos del apartado 1º, el lugar de destino o el mercado afectado así como el lugar donde los competidores tenían su centro de intereses por lo que en supuestos de “coincidencia” territorial debería ser indiferente en cuanto se llega a la misma solución¹³⁵¹.

149. El problema que se plantea también, así como en otros ilícitos de responsabilidad extracontractual con condición general es, qué ocurre cuándo existe más de un competidor dañado por el acto comercial desleal *B2B* y el daño se ha dispersado en más de un mercado nacional en relación a como está enfocado el Derecho sustantivo derivado de la UE que contiene el principio del país de origen.

A. Excepciones del artículo 4 y su aplicación a los ilícitos concurrenciales desleales de tipo *B2B*

150. El artículo 4 en sus apartados 2º (residencia habitual común: *lex domicilii communis*) y el apartado 3º (cláusula de escape o el criterio de los vínculos más estrechos¹³⁵²) contiene las excepciones a la norma general o *lex loci damni*, como correctores de los problemas que puedan aparecer en los supuestos a los que se aplica.

Nota específica. Aunque en cuestiones de competencia desleal habrá que atender también si la ley del mercado afectado contiene unos parámetros y estándares más elevados que la ley que el juez considere más estrechamente vinculada con el asunto¹³⁵³.

fueren los franceses no era suficiente para ver afectado el mercado francés solamente y aplicar la ley francesa exclusivamente (2º, 3er y 4º Motivo).

¹³⁵¹Vid. F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “The Rome II Regulation: On the way towards a European Private International...”, *loc.cit.*, p. 86.

¹³⁵²A favor del criterio, S.C. SYMEONIDES, “Rome II and Tort Conflict...”, *loc.cit.*; que la consideran una cláusula necesaria en cuanto viene a demostrar que no es suficiente la existencia de un contrato entre las partes para que exista una calificación “contractual” del supuesto de responsabilidad; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “Un apunte sobre la llamada “regla general” en el Reglamento...”, *loc.cit.*, pp. 249-250.

¹³⁵³S. C. SYMEONIDES, “Rome II and Tort Conflicts...”, *loc.cit.*, p. 187. La norma general es la *lex loci delicti commissi* pero se define en el RRII como la *lex loci damni*; T. W. DORNIS, “When in Rome, do as the Romas do?...”, *loc.cit.*, p. 153; C. NOURISSAT/E. TREPPOZ, “Quelques observations sur l’avant-projet de proposition de règlement du Conseil sur la loi applicable aux Obligations non contractuelles “Rome II”, *Clunet JDI*, vol. 1, 2003, pp. 7-32

151. Estos criterios se aplicarán como reza el mismo instrumento por vía de la excepción y se deben de interpretar de forma restrictiva, puesto que la *lex loci damni* debe conservar su carácter neutral¹³⁵⁴.

Solo cabrá su aplicación cuándo no sea posible aplicar ni determinar el lugar del daño o impacto del hecho dañoso causado por el acto de comercial desleal en los ilícitos concurrenciales de tipo *B2B*¹³⁵⁵.

152. De forma general, en estos supuestos así como supuestos de difamación entre competidores y o fraude transfronterizo¹³⁵⁶, es muy difícil precisar el lugar del hecho dañoso por lo que el recurso a otros puntos de conexión puede ser una salvaguarda para los tribunales a la hora de poder determinar la ley aplicable en casos difíciles o en supuestos de difícil delimitación de un mercado afectado¹³⁵⁷.

¹³⁵⁴Vid. E. COUREAULT, *La concurrence déloyale en droit international privé...*, *op.cit.*, p. 136.

¹³⁵⁵Considerando 18 RRII; La residencia habitual debe ser común para que actúe la excepción a la norma general y para aplicar el criterio de la “cláusula de escape” hay que probar que el daño está *manifestamente* más vinculado con otro país; el Considerando 19 aclara que las normas especiales como la establecida para supuestos *B2C* necesitan de conexiones especiales y adecuadas y por ende, la norma general no generaría soluciones adecuadas a los mismos de ser aplicada; Comisión en el Informe de explicación del RRII (COM 2003, 427 final), consideraba que esta la solución más adecuada y que cumple con los legítimos intereses de las partes; Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (“Roma II”), Bruselas, 22.07.2003, COM (2003) 427 final, 2003/0168 (COD), pp. 17-18, y que como dice la Comisión, no hay motivo para que no puedan aplicarse a estos supuestos, dado que además también se ha hecho así en Holanda, Alemania y Suiza; cabe considerar que en muchas ocasiones es *muy* difícil precisar el lugar del daño, T. W. DORNIS, “When in Rome, do as the Romans do...?”, *loc.cit.*, p. 156: “*Moreover, the place of the wrong might be difficult to determine. Especially in cases of defamation, invasion of privacy, unfair competition or fraud (...)*”; H. DUINTJER TEBBENS, “Les conflits de lois en matière de publicité...”, *loc.cit.*, p. 456, la cláusula de escape en situaciones *B2B* no se presentaba desconocida en las leyes de DIPr de los EM, así Alemania optó por proponerla, el anteproyecto de Holanda. A su vez, en otros países como Italia y Reino Unido se optó por no incluir no una cláusula de excepción sino una norma de conflict para la competencia desleal.

¹³⁵⁶M. ILLMER, “Article 6...”, *loc.cit.*, en P. HUBER (ed.), *Rome II Regulation...*, *op.cit.*, pp. 151-152, p. 151, porque como el autor considera: “*In the business context, defamation does not vindicate those rights. Rather, it protects rights in relation to a business, i.e. products, trademarks, services or the reputation of an Enterprise. Since such business rights are rationae materiae not covered by the exclusion in lit. g, the exclusion likewise does not cover defamation in relation to those rights*”; “*Thus, Art. 6 covers actions such as defamation and malicious falsehood in the business context under English law, Verleumdung or Anschwärzung according to Art. 4 n°7, 8 y 10 of the German Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) and the like acts under other national laws*”; C. I. CORDERO ALVÁREZ, *Litigios internacionales sobre difamación y derechos...*, *op.cit.*, p. 290

¹³⁵⁷T.W. DORNIS, “When in Rome, do as the Romans do?...”, *loc.cit.*, p.156. Además, cuándo el lugar del daño no se puede precisar bien, tampoco por regla general lo es la determinación de la *lex loci delicti*; en relación a los supuestos de difamación que quedaron excluidos del RRII, C. I. CORDERO ALVÁREZ, *Litigios transfronterizos sobre difamación...*, *op.cit.*

153. Ambas excepciones vienen siendo parte de la influencia del *common law* y el Derecho norteamericano en materia de *torts*¹³⁵⁸. A su vez, ambas excepciones fueron acérrimamente criticadas por la doctrina porque las soluciones a las que derivan en la práctica, a veces, van en detrimento de los intereses de las partes así como que tampoco se han previsto como soluciones en ilícitos pluri-localizados de responsabilidad extracontractual¹³⁵⁹.

a. Ley de la residencia habitual común de los profesionales

154. Comenzando por la primera excepción; la ley de la residencia habitual común¹³⁶⁰. La idea que subyace a este criterio se encuentra en el “principio de proximidad” siendo un criterio de tipo personal¹³⁶¹ (buscando el equilibrio entre los intereses de las partes para evitar situaciones de *favor laesi*) y para determinar si ambas partes tienen realmente residencia habitual común deberá estarse a lo dispuesto en el artículo 23 RRII¹³⁶².

¹³⁵⁸Vid. J. VON HEIN, “Something New and Something Borrowed, but Nothing New?....”, *loc.cit.*, p. 1681; *Babcock v. Jackson* 191 N.E. 2d279 (N.Y 1963) y siguientes sentencias que siguieron creando precedente; T. W. DORNIS, “When in Rome, do as the Romans do?...”, *loc.cit.*, pp. 153-154; C. I. CORDERO ALVÁREZ, *La protección al derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen en...*, *op.cit.*, p. 186; en cuestiones de competencia se ha criticado su aplicación puesto que compromete los intereses de los profesionales, la igualdad de oportunidades entre los profesionales, T. BAUERMANN, *Der Anknüpfungsgegenstand im europäischen Internationalen...*, *op.cit.*, pp. 76-80, p. 76: “In der Literatur ist zudem die Anknüpfung an den gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt nach Art. 4 Abs. 2 auf Kritik gestoßen. Diese Norm gefährdet die Chancengleichheit der Wettbewerber“.

¹³⁵⁹*Ibid* (DORNIS), p. 152 que concede al criterio de la residencia habitual una posición por encima de la *lex loci damni* o *delicti commissi*, de acuerdo con el autoren su análisis, “While one victim might recover, the other victim’s damage might be left uncompensated. (...) Finally, as an allegedly general downside of the rule, critics contend that an Application of the *lex domicilii communis* would in certain cases be an unjustifiable disregard for the territorial sovereignty of the *locus state*”; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “The Rome II Regulation; On the way towards...”, *loc.cit.*, p. 83; I. BACH, “General Rule. Article 4”, en P. HUBER (ed.), *Rome II Regulation...*, *op.cit.*, pp. 64-113, pp. 92-99; E. COUREAULT, *La concurrence déloyale en droit international privé...*, *op.cit.*, pp. 135-136.

¹³⁶⁰P. BOUREL, “Du rattachement de quelques delicts spéciaux...”, *loc.cit.*, pp. 285-301.

¹³⁶¹Vid. C. NOURISSAT/E. TREPPOZ, “Quelques observations sur l’avant-projet de proposition de règlement...”, *loc.cit.*, p. 27 citando a Lagarde sobre el principio de proximidad como correctivo: “le principe de proximité peut servir de fondement principal ou subsidiaire à un très grand nombre de règles de conflict, et de correction à la quasi totalité d’entre elles”; R. JAFFERALI, “Rome II ou la loi applicable aux Obligations non contractuelles...”, *loc.cit.*, p. 14399..

¹³⁶²Artículo 23 RRII determinalo que será considerado “residencia habitual común” para personas jurídicas o asociaciones, personas físicas o cuando el hecho del daño se produzca como consecuencia de las operaciones de una sucursal, agencia o establecimiento como concepto autónomo del Reglamento; T. W. DORNIS, “When in Rome, do as the Romans do?...”, *loc.cit.*, p. 154; I. BACH, “Article 4...”, *loc.cit.*, en P. HUBER (ed.), *Rome II Regulation...*, *op.cit.*, pp. 96-97, el art. 23 no define qué debe significar “residencia habitual” en caso de personas físicas que actúan de forma privada, el autor considera que es porque en muchos casos es obvio qué significa “residencia habitual”. El problema se establece cuándo una persona física tiene más de una residencia habitual,

155. El artículo 23 establece que para que opere el criterio de la residencia habitual común tanto infractor como víctima deben tener la misma residencia habitual común en el momento en que se cometió el hecho dañoso aplicándose en estos supuestos la misma ley para todas las partes¹³⁶³.

156. El artículo 23 no considera aquellos supuestos en los que no existe residencia habitual común¹³⁶⁴, por ejemplo, pero a veces, en supuestos ubicuos, el lugar donde ha sucedido el hecho dañoso no necesariamente debe coincidir con el responsable del acto comercial desleal¹³⁶⁵.

157. Pluralidad de infractores y víctimas (“ilícitos mosaico” bajo el art. 4 RRII)¹³⁶⁶/Diferencias con ilícitos concurrenciales desleales de tipo B2C. En estos supuestos se debería estar a lo dispuesto por la ley del lugar del daño (*lex loci damni*) evitando la aplicación de la ley de la residencia habitual común¹³⁶⁷. A diferencia de los ilícitos B2C en los que el impacto contra el mercado es mayor y no puede regir el principio de proximidad, en estos ilícitos B2B puede considerarse apropiado en cuanto su carácter de conformidad con el RRII, puesto que sí el ilícito B2B impacta de forma considerable el mercado sería de consideración el apartado 1º del art. 6 y no el apartado 2º¹³⁶⁸.

En estos casos, si una empresa competidora de un país A, se ha visto afectada por la publicidad denigratoria de dos empresas situadas en dos países diferentes, B y C, aunque demande a una de ellas ante el foro B, podría solicitar la reparación de daños tanto en el foro B como en el foro C, cabiendo la teoría del mosaico en este particular¹³⁶⁹.

bajo el art. 23 la “solución” ofrecida es considerar su residencia “principal”, como residencia habitual; A. DICKINSON, *The Rome II Regulation...*, *op.cit.*, pp. 140-146, nos ofrece también un análisis del concepto autónomo de residencia habitual en el RRII.

¹³⁶³Vid. T. W. DORNIS, “When in Rome, do as the Romans do?...”, *loc.cit.*, p. 155.

¹³⁶⁴En contraste por ejemplo, con lo que sucede en la “Convención de la Haya para la ley aplicable a accidentes de circulación por carretera” que sí considera la posibilidad de una multitud de infractores o víctimas, I. BACH, “Article 4...”, *loc.cit.*, en P. HUBER (ed.), *Rome II Regulation...*, *op.cit.*, p. 93.

¹³⁶⁵Vid. F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “The Rome II Regulation: On the way towards...”, *loc.cit.*, p. 83, esto es, supuestos de responsabilidad subsidiaria (*vicarious liability*); P. ABARCA JUNCO *et. al.*, “Tema XXVII. Las obligaciones extracontractuales” en *Manual de Derecho internacional privado...*, *op.cit.*, p. 11.

¹³⁶⁶A.L.CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado...*, vol. 2, *op.cit.*, p. 1334; *vid. supra* p. 481.

¹³⁶⁷*Ibid.* (BACH) p. 159; CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ, p. 1334.

¹³⁶⁸ Siguiendo la misma consideración en este particular que P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “The Private International Law of Intellectual Property and of Unfair Competition...”, *loc.cit.*, en S. LEIBLE/A. OHLY (eds.), *Intellectual Property and Private International Law...*, *op.cit.*, p. 21 (versión ucprints): “While the rules on the law applicable to tort liability respond basically to general objectives of proximity, in the area of unfair competition the respect for the function and purposes of this field requires a specific approach (...) the Market constitutes a decisive factor in order to determine the applicable law”

¹³⁶⁹ A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado...*, vol. 2, *op.cit.* p. 1362, cuyo ejemplo es ilustrativo. Una empresa española inserta cuñas de

158. Esta excepción será aplicada en supuestos en los que ambos competidores tengan la misma residencia habitual común y compitan en un mercado extranjero (entendido como el lugar del daño y donde el acto comercial desleal tuvo su impacto directo sobre la actividad comercial del profesional afectado) y tendrá prevalencia sobre la *lex loci damni*.

159. No convence la idea que este criterio puede ser muy persuasivo cuándo ambas partes sean desconocidas de su residencia habitual. La actividad de ambos competidores en el mercado extranjero puede verse como una “irradiación” de sus actividades puesto que los actos comerciales desleales pueden haber empezado en el mercado nacional o de residencia habitual de los profesionales (o incluso puede haber sido como consecuencia de la actividad de sus filiales o sucursales en el extranjero mediante campaña publicitaria en la que la sociedad matriz no haya tomado partido).

160. No obstante, estos supuestos parecen haber demostrado grandes dificultades en la práctica porque además y de acuerdo con lo analizado en el apartado de los criterios usados para los actos contra la competencia desleal, el criterio de la “residencia habitual común” es un criterio basado en un punto de conexión personal que no debiera usarse en cuestiones de competencia desleal ni transfronteriza ni doméstica si se tienen en cuenta los parámetros de la disciplina¹³⁷⁰.

161. Por otra parte, el criterio de la residencia habitual común no se usará si se demuestra que existe un vínculo más estrecho con la ley de otro lugar donde se haya realizada el acto comercial desleal. Es, donde entra en aplicación por tanto, la cláusula de escape o la excepción del apartado 3º del artículo 4¹³⁷¹.

publicidad agresiva para denigrar los productos de alimentos para bebés que comercializa con su competidora, una empresa japonesa. La publicidad se inserta en las transmisiones por televisión de cadenas que se captan en España, Francia e Italia.

¹³⁷⁰De acuerdo con la idea de, C. HONORATI, “The Applicable Law to Unfair Competition...”, *loc.cit.*, en A. MALATESTA (ed.), *The Unification of Choice of Law Rules on Torts and Other Non-Contractual Obligations...*, *op.cit.*, p. 158; de la misma opinión en contra de su utilización incluso en supuestos B2B porque en los mismos también subyace la protección del buen funcionamiento de las relaciones de competencia, y por lo antes expuesto, T. BAUERMANN, *Der Anknüpfungsgegenstand im europäischen Internationalen...*, *op.cit.*, p. 76.

¹³⁷¹S. C. SYMEONIDES, “Rome II and Tort Conflicts...”, *loc.cit.*, p. 197 y también en supuestos de autonomía de la voluntad regidos por el art. 14.2 RRII; I. BACH, “Article 4...”, *loc.cit.*, en P. HUBER (ed.), *Rome II Regulation...*, *op.cit.*, pp. 99-104.

b. Criterio de los vínculos más estrechos

162. El criterio de la cláusula de escape o de los vínculos más estrechos ha sido también criticado como presunción frente a la *lex loci damni* y en cuanto al efecto que produce a la misma, el criterio de la residencia habitual común¹³⁷².

163. Este criterio debe ser aplicado de forma restrictiva no sólo porque se constituye como una excepción al criterio general del lugar del daño competitivo, sino porque de esta forma se previene que los tribunales apliquen la *lex fori*¹³⁷³.

O que pueda tener vínculos más estrechos con la ley de un tercer Estado fuera del ámbito intracomunitario, que puede darse el supuesto e incluso coincidir con el lugar del daño¹³⁷⁴.

164. Aunque también ha sido bastante alabado por su carácter flexible y considerado con los circunstancias de supuestos de hecho que demuestran dificultad en los puntos de conexión¹³⁷⁵.

¹³⁷²F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “The Rome II Regulation...”, *loc.cit.*, p. 83: “ (...) *it is not consistent that a pre-existing relationship between the parties only plays the role of a presumption of the escape clause (Article 4.3), while a common place of residence automatically overrides the lex loci.*” En supuestos de *culpa in contrahendo* y enriquecimiento injusto que pueden darse en competencia desleal tampoco es muy consistente según el autor, puesto que en los mismos, el criterio de la residencia habitual común se muestra como criterio subsidiario; *id.* “Un apunte sobre la “regla general” del Reglamento...”, *loc.cit.*, p. 250; C. WADLOW, “The new law of unfair competition and “Rome II” Regulation...”, *loc.cit.*, p. 791, si la responsabilidad por el acto o práctica comercial desleal da lugar a una reclamación por enriquecimiento injusto, deberá seguir los mismos principios que sigue para la responsabilidad de tipo extracontractual general.

¹³⁷³*Vid.* A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado...*, vol. 2, *op.cit.*, pp. 13371341; I. BACH, “Article 4...”, *loc.cit.*, en P. HUBER (ed.), *Rome II Regulation...*, *op.cit.*, p. 99: “*To prevent the national courts from mis-using the escape clause to apply their lex fori, the legislature refused to establish paragraph (3) as a general rule, instead structuring it as an exception. As a result, the escape clause must be applied restrictively*” (el resaltado es del autor); T. W. DORNIS, “When in Rome, do as the Romans do?...”, *loc.cit.*, p. 157; M.A. AMORES CONRADI/E. TORRALBA MENDIONLA, “XI Tesis sobre el Estatuto delictual...”, *loc.cit.*, p. 10, la experiencia a demostrado la tendencia al *homeward trend* con la excusa de la búsqueda del ordenamiento más estrechamente conectado a la situación.

¹³⁷⁴*Ibid.* (AMORES CONRADI/TORRALBA MENDIOLA), con relación a la falta de idoneidad del criterio de los vínculos más estrechos para cuestiones de competencia desleal, J. I. PAREDES PÉREZ, “Sobre la conveniencia de una norma bilateral en...”, *loc.cit.*, pp. 435-636, que además considera que no es idónea ni siquiera en ilícitos concurrenciales *B2B* puesto que aunque inciden en la esfera interna de un competidor indirectamente afectan el interés general del mercado. *Mutatis mutandis* para apreciar la valoración de usar el criterio de residencia habitual común de ambos competidores.

¹³⁷⁵*Ibid.* (AMORES CONRADI/ TORRALBA MENDIOLA)

Por ende, la cláusula de escape podría aplicarse para encontrar la ley más vinculada al ilícito de competencia desleal *B2B* en caso de problemas en la determinación de la ley del lugar del daño.

165. Se ha considerado por algún autor que se hubiese podido redactar una cláusula de escape un poco más detallada, que permitiese mejores soluciones en supuestos donde la residencia habitual común no existe o el lugar del daño es prácticamente imposible de precisar así como el lugar dónde se cometió el ilícito¹³⁷⁶.

166. Relación con el art. 17 RRII: normas de conducta o comportamiento. Esta conexión debe tenerse en consideración con la posibilidad de aplicar las normas de comportamiento o normas de conducta del lugar en donde el presunto infractor actúa, en principio debieran ser irrelevantes, pero hay que estar a lo dispuesto en el artículo 17 RRII como excepción “flexible” a los otros artículos del RRII¹³⁷⁷.

167. Este artículo determina que las normas de conducta se deben valorar o tener en cuenta para determinar una conducta del responsable y también en función de las normas de seguridad y comportamientos del lugar y el hecho que han dado lugar a la responsabilidad de tipo extracontractual¹³⁷⁸. A través del mismo, podrían tener cabida incluso las infracción a Códigos de conducta que, en el ámbito del Derecho de lealtad comercial, pueden llegar a ser útiles en la prevención de prácticas comerciales desleales¹³⁷⁹.

¹³⁷⁶Vid. S. C. SYMEONIDES, “Rome II and Tort Conflicts...”, *loc.cit.*: “A more nuanced escape clause would soften the common-domicile rule and produce more rational results”; “(...) a good escape clause can bring substantive improvements to even a bad rule System, in addition to helping attain the proper equilibrium between the two perpetually competing goals of certainty and flexibility”

¹³⁷⁷*Ibid.* SYMEONIDES, p. 195 y p. 212; para el autor la consideración por el responsable es excesiva sino fuera de lugar; A. DICKINSON, *The Rome II Regulation...*, *op.cit.*, p. 640

¹³⁷⁸Vid. I. BACH, “Article 17”, en P. HUBER (ed.), *Rome II Regulation...*, *op.cit.*, pp. 366-374, el que afirma que el artículo 17 debe ser observado, no como una excepción a las normas especiales y la norma general sino más bien como una ley aplicable alternativa. El autor la denomina “quasi factual in nature”. Las normas de seguridad y comportamiento del lugar no se aplicarán en *strictu sensu* sino que se tomarán en consideración o como “factual basis”, en lo que es denominado a su vez como *local data*; A. DICKINSON, *The Rome II Regulation...*, *op.cit.*, pp. 638-641; R. JAFFERALI, “Rome II ou la loi applicable aux obligations...”, *loc.cit.*, p. 1440; S. C. SYMEONIDES, “Rome II and Tort Conflicts...”, *loc.cit.*, p. 186, y pp. 211-215 “permite” a los tribunales “tomar en cuenta”. El autor considera que el artículo es bastante enigmático y que se estableció para ayudar al infractor y no la víctima del ilícito de responsabilidad extracontractual, mostrándose muy crítico al respecto con este norma. De hecho, en su caso, hubiese suprimido la norma del RRII; Considerando 34 RRII tampoco aclara muy bien la relación con los otros artículos, pero considera que el equilibrio razonable entre los intereses de las partes se puede obtener mediante las normas de seguridad y comportamiento vigentes en el país en el cual el acto perjudicial se produjo, incluso si la obligación extracontractual está regulada por la ley de otro país.

¹³⁷⁹A. DICKINSON, *The Rome II Regulation...*, *op.cit.*, p. 640: “For example, it may be appropriate to judge the question whether the defendant acted dishonestly, if this is an element in liability under the law applicable to the non-contractual obligation, by taking into account of the customs and business practices in the place in which he acted”; S. C. SYMEONIDES, “Rome II and

168. Sin embargo, aunque el art. 17 tenga en consideración las normas de conducta y comportamiento del lugar donde el competidor presuntamente desleal tenga su establecimiento siendo un lugar diferente del lugar donde se ha producido el hecho dañoso, no puede o debería excluirse la responsabilidad del competidor desleal o limitarla de acuerdo con lo establecido en el artículo 6.1 RRII¹³⁸⁰.

169. También hay que tener en cuenta que el art. 17 determina de forma temporal si la conducta fue negligente en el tiempo y por ende, que el suceso dio lugar a la responsabilidad que se alega.

Ejemplo. Cuando se estaba comercializando el producto engañoso o al tiempo en que se producía la campaña publicitaria desleal¹³⁸¹.

170. Por lo que cualquier cambio que pueda suceder en normas de comportamiento y seguridad del Estado del responsable no deberían ser tomadas “en cuenta”. Otra crítica que se ha realizado a la cláusula de escape es en supuestos de daños pluri-localizados puesto que según su redacción pareciera que no se puede aplicar la ley de los vínculos más estrechos a todos los hechos ni permite siquiera al tribunal analizar de forma separada la posibilidad de hacerlo¹³⁸².

171. El 2º párrafo del art. 4 considera los vínculos más estrechos en situaciones en las que este vínculo predeterminado lo sea por un contacto “estrechamente” vinculado al hecho dañoso (los supuestos de responsabilidad mixta: contractual-extracontractual o *contort*), parecido al principio de proximidad entre los hechos y el lugar.

172. En estos supuestos, sólo cuándo existiese dicha relación contractual entre las partes puede ser de aplicación, pero si no se demuestra este vínculo contractual que está relacionado con el acto comercial desleal sobre venido, no se aplicará o no debiera aplicarse atendiendo a como está redactado el artículo.

B. Posibilidad y condiciones para la aplicación de la autonomía conflictual y diferencias con el apartado 1º del artículo 6

Tort Conflicts...”, *loc.cit.*, pp. 189-190, también, pueden ser incluidas las normas sobre imposición de daños punitivos, o normas que definan como deben ser las conductas para tenerlas por responsabilidad extracontractual.

¹³⁸⁰*Ibid* (VITELLINO), p. 448.

¹³⁸¹*Vid.* I. BACH, “Article 17...”, *loc.cit.*, en P. HUBER (ed.), *Rome II Regulation...*, *op.cit.*, pp. 373-374.

¹³⁸²*Vid.* S. C. SYMEONIDES, “Rome II and Tort Conflicts...”, *loc.cit.*: “This flaw will make the escape unavailable in all but the obvious cases (...)”.

173. La autonomía de la voluntad ya es un principio guía en el RRII como lo era en el Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales y ahora en el RRI¹³⁸³, debiendo ser interpretado de forma restrictiva en determinados supuestos de responsabilidad extracontractual por la tendencia que los actuales sistemas jurídicos han denostado en materia de responsabilidad extracontractual, siendo derecho dispositivo que permite en el *continental law* la compensación a la víctima por el daño sufrido¹³⁸⁴.

174. El recurso a la autonomía conflictual en el RRII se muestra como un recurso subsidiario que no podrá ser usado para todos los ilícitos de responsabilidad extracontractual en el RRII, entre estos los de competencia desleal, el art. 6.4 conlleva la exclusión y prohibición de la autonomía de la voluntad para, en principio, todos los supuestos del artículo 6¹³⁸⁵.

175. Nota específica: No obstante, la prohibición podría obviarse para algunos ilícitos (no todos) de tipo concurrencial desleal *B2B*¹³⁸⁶, por las reflexiones que se añaden en los párrafos posteriores. Aunque algunos autores no están de acuerdo con esta afirmación puesto que consideran que el apartado 4º está refiriéndose a todo el artículo 6 sin excepción, y que deja lugar a pocas interpretaciones extensivas¹³⁸⁷.

¹³⁸³El artículo 14 RRII contiene los mismos parámetros que el RRI en cuanto a la posibilidad que las partes elijan o puedan elegir la ley aplicable al asunto. No obstante, como bien se sabe las diferencias entre las obligaciones de tipo extracontractual y contractual hacen al principio de autonomía de la voluntad en la obligación de tipo extracontractual, un poco anodina. Sobre la incidencia cada vez mayor de la “autonomía de la voluntad” en el ámbito del DIPr, C. P. PAMBOUKIS, “Droit international privé holistique: Droit uniforme et droit international privé”, *Rec. Des C.*, t. 330, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, pp. 27-447, pp. 99: “*Son irresistible extension*”, que tiene relación con el liberalismo político; P. A. DE MIGUEL ASENSIO, *Contratos internacionales sobre propiedad industrial...*, *op.cit.*, p. 181; J. VON HEIN, “Something Old and Something Borrowed, but Nothing New?...”, *loc.cit.*, pp. 1687-1688; y S. C. SYMEONIDES, “Rome II and Tort Conflicts...”, *loc.cit.*, p. 178, aprovechando los conocimientos que la misma reportera tenía sobre el Derecho suizo; para autores como AMORES CONRADI/TORRALBA MENDIOLA, más que la autonomía en cuestión en derecho de daños es la redacción del artículo en el RRII.

¹³⁸⁴*Ibid* (ILLMER), la misma lógica se aplica en cuánto a las relaciones transfronterizas *B2C*. No se aplica ni la “cláusula de escape” ni el “criterio de la residencia habitual común” entre las partes, por lo que no cabe entender que debe permitirse que en estos supuestos exista la libertad de poder elegir la ley aplicable de acuerdo con la prohibición establecida en el apartado 4 del art. 6; S.C. SYMEONIDES, “Rome II and Tort Conflicts...”, *loc.cit.*

¹³⁸⁵A.L.CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado...*, vol. 2, p. 1357.

¹³⁸⁶*Ibid* (CALVO/CARRASCOSA), p. 1362, que ofrecen la lista de ilícitos *B2B* que pudieran tener cabida. Dado que ni siquiera en los mismos, el mercado afectado es necesario, puesto que tutelan intereses privados, los más privados de la LCD.

¹³⁸⁷ Apartado 4 del art. 6 que reza así: “La ley aplicable con arreglo al presente artículo no podrá excluirse mediante un acuerdo adoptado en virtud del artículo 14”; el artículo 14 establece la libertad de elección de ley aplicable por las partes a los supuestos de responsabilidad extracontractual; con interpretación contraria al texto, J. VON HEIN, “Something Old, Something

Sobre estas cuestiones, no existe tanta problemática en ilícitos concurrenciales desleales de tipo *B2B* y aplicar a los mismos, el art. 14 destinado a la autonomía conflictual o elección de ley aplicable por las partes¹³⁸⁸.

176. En los ilícitos concurrenciales de tipo *B2C* tiene sentido que no pueda aplicarse puesto que impera por encima del interés subjetivo¹³⁸⁹, el interés colectivo de los consumidores y el mercado así además atendiendo a que el consumidor está protegido como parte débil en todo el acervo comunitario.

177. Ejemplo. Las cláusulas que determinan la ley aplicable en “condiciones generales de la contratación” se han considerado abusivas en algunos supuestos, así como vimos también que la determinación de la CJI por el predisponente de las cláusulas en estos contratos u otros relacionados con consumo tampoco son válidas a efectos del RBI *bis/CL*, aunque el consumidor pueda incluso decidir *a posteriori* y tras haber sido informado de s

178. En principio, el artículo 14 concede a las partes la posibilidad de poder elegir la ley aplicable al acto que ha generado la responsabilidad extracontractual tanto antes (*pre-tort/pre-dispute*) como después (*post-tort/post-dispute*)¹³⁹⁰.

La crítica que se le ha considerado en cuanto a los acuerdos *pre tort* es que sólo permite la elección con carácter previo, “cuándo todas las partes desarrollen una actividad comercial, también mediante acuerdo negociado libremente antes del hecho generador del daño¹³⁹¹.”

Borrowed, but Nothing New...”, *loc.cit.*, pp. 1700-1701; Conclusiones del AG sr. Jääskinen en el asunto *CPC- Cártel del Peróxido* (C-352/13), pto. 104;

¹³⁸⁸*Vid.* P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “Capítulo II. Bienes inmateriales, Derecho de la competencia y responsabilidad extracontractual...”, *loc.cit.*, en J.C. FERNÁNDEZ ROZAS/R. ARENAS GARCÍA/P. A. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho de los negocios internacionales...*, *op.cit.*

¹³⁸⁹M. VIRGÓS SORIANO, *El comercio internacional en el nuevo derecho de la competencia...*, *op.cit.*, pp.136-142. Sin embargo, el autor también considera en su análisis que en la doctrina española se acogía ya con cierto escepticismo entender que en una obligación de tipo extracontractual autor y víctima (y a diferencia del ámbito contractual) pudieran coincidir en la determinación de la ley aplicable.

¹³⁹⁰De forma muy crítica, S. C. SYMEONIDES, “Party Autonomy in Rome I and II from a Comparative Perspective”, en K. BOELE-WOELKI/ EINHORN/D. GIRSBERGER/S.C. SYMEONIDES, (eds), *Convergence and Divergence in Private International Law. Liber Amicorum, Eleven International publishing*, 2010, pp. 513-550, pp. 544-550; *id.* “Tort Conflicts and Rome II: A View from...”, *loc.cit.*, en H.P. MANSEL *et. al.*, *Festschrift für...*, *op.cit.*; J. I. PAREDES PÉREZ, “Sobre la norma de conflicto bilateral en materia...”, *loc.cit.*, p. 440.

¹³⁹¹*Vid.* art. 14.1.b RRII: “La elección deberá manifestarse expresamente o resultar de forma inequívoca de las circunstancias del caso y no perjudicará los derechos de terceros.” ; P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “El régimen comunitario relativo a la ley aplicable a las obligaciones...”, *loc.cit.*, p. 17 (versión ucprints). El que considera que el artículo con esta redacción excluiría por completo a los acuerdos de ley aplicable en “condiciones generales de la contratación”.

179. Si el acuerdo no conlleva estos dos requisitos a la vez sólo se admite la elección de ley *post tort*¹³⁹².

Otro límite se ofrece cuándo la situación que sea puramente doméstica no considera la elección de ley aplicable de otros Estados. Cuándo la ley elegida es la de un tercer Estado pero el hecho dañoso ha ocurrido en varios EM (supuesto litigioso *ad intra*) entonces el único límite que se impone son las normas imperativas de los EM que no pueden ser excluidas bajo acuerdo entre las partes¹³⁹³.

180. En los ilícitos concurrenciales de tipo *B2B* se vuelve a recordar que en el momento que remite al artículo 4, siendo la regla general de toda obligación extracontractual, se convierten en supuestos en los que se aplica la totalidad de RRII en cuánto así pueda hacerse para la generalidad de obligaciones de tipo extracontractual.

181. Como fue observado en el análisis previo, al no verse afectados de forma forzosa los intereses generales del mercado ni los intereses colectivos de los consumidores, en principio, parece que no habría impedimento para que se aplicase a relaciones *B2B*¹³⁹⁴.

Aunque este aspecto que fue bastante analizado por una parte de la doctrina española y la doctrina alemana tiene sus matices¹³⁹⁵.

182. Ejemplo. Un contrato de distribución exclusiva o selectiva con cláusula de no competencia durante la duración del contrato realizado en París entre una empresa japonesa y una francesa que tiene como objeto la reventa de teléfonos móviles.

183. Las partes podrían pactar en el mismo tanto la sumisión a los tribunales de París y la ley aplicable en caso de infracción contractual y en caso de daños de tipo extracontractual (o bien que la cláusula fuese lo suficientemente

¹³⁹² S. C. SYMEONIDES, “Party autonomy and...”, *loc.cit.*, en K. BOELE-WOELKI/EINHORN/D. GIRSBERGER/S.C. SYMEONIDES, (eds), *Convergence and Divergence in Private International Law...*, *op.cit.*, p. 546, el autor considera que posiblemente el legislador del RRII permitió de forma implícita el acuerdo de ley aplicable *post dispute* y favorece la posible aplicación de la *lex fori*.

¹³⁹³ P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “El régimen comunitario relativo a la ley aplicable a las obligaciones...”, *loc.cit.*, p. 17 (versión ucprints)

¹³⁹⁴ De esta misma opinión es, P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “The Private International Law of Intellectual Property and of...”, *loc.cit.*, p. 55; M. VIRGÓS SORIANO, *El comercio internacional en el nuevo derecho de la competencia...*, *op.cit.*, pp. 138-139, que no obstante, debe estar justificado al amparo de los valores concurrenciales españoles. La doctrina alemana sí rechazó la posibilidad de someter a empresas del foro a estándares nacionales cuándo competían en mercados extranjeros.

¹³⁹⁵ *Ibid* (VIRGÓS SORIANO) porque sostener la tesis del “estatuto común” contradice los intereses generales en el funcionamiento concurrencial del mercado. E, iría en contra del interés de otros competidores en ese mercado, si se sostiene que el *level playing field* debe ser igual para todos.

amplia como para cubrir estos daños no contractuales vinculados al contrato) que pueden ser no previstos pero sobrevenidos a la infracción competitiva y desleal en otros mercados puesto que los teléfonos móviles puedan haber sido revendidos por la empresa francesa por internet (el distribuidor) en Reino Unido, Algeria, España, Marruecos, etc.¹³⁹⁶.

184. Por lo que nada debiera impedir que entre profesionales puedan elegir la ley que consideran adecuada, en vez de aplicar la *lex loci damni* o de la residencia habitual común de las partes (teniendo en cuenta que ambas partes en el supuesto dado no tienen residencia habitual común).

El único límite con el que pudieran encontrarse son las normas imperativas o leyes de policía del mercado, pero en su autonomía de la voluntad pudieran elegir la ley aplicable. De hecho, es una práctica habitual en numerosos sectores del comercio entre profesionales¹³⁹⁷.

185. Sin embargo, estas reflexiones parten de nuestra propia consideración, porque la jurisprudencia no es muy abundante sobre el problema entre el apartado 2º del art. 6 y el apartado 4º y atendiendo a lo establecido por la Comisión en el Informe preparatorio del RRII¹³⁹⁸.

¹³⁹⁶Vid. M. ILLMER, “Article 6...”, *loc.cit.*, en P. Huber (ed.), *Rome II Regulation...*, *op.cit.*, p. 174; T. KADNER GRAZIANO, *La responsabilité délictuelle en droit international...*, *op.cit.*, p. 87. A diferencia de otros ilícitos de responsabilidad extracontractual en los que sí se permite que se pueda elegir la ley aplicable. No obstante, en muchos países sí se ha aceptado la elección de ley aplicable en supuestos de competencia desleal, igual que también se admite en sus normas de DIPr la conexión accesoria; P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “El régimen comunitario relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales...”, *loc.cit.*, p. 16 (versión ucm prints), que considera que a falta de esta elección el correctivo de la cláusula de escape del artículo 4.3 también pueden ser una solución en caso que no se haya previsto ley aplicable a los hechos dañosos estrechamente vinculados al contrato; *id.* “The Private International Law of Intellectual Property and of Unfair Commercial Practices...”, *loc.cit.*, pp. 53-58 (versión ucmprints), esp. p. 55: “Hence, although de lege lata the Rome II Regulation excludes such possibility, a trend has developed in favor of limited party autonomy concerning the law applicable to compensation, not covering the determination of the unlawfulness of the act. Such possibility is considered useful as a source of legal certainty in Claims concerning alleged infringements in multiple countries and in situations in which non contractual Claims are closely related to contracts”.

¹³⁹⁷*Ibid* (DE MIGUEL ASENSIO, “The Private International Law of Intellectual Property...”); aunque en relación al ámbito de la *lex contractus*, pero en relación a las normas de intervención comercial que deben ser respetadas por la autonomía de la voluntad de los operadores jurídico privados, J. GARCÍA LÓPEZ, “Los efectos de Derecho privado...”, *loc.cit.*, p. 85: “cuando las partes en un contrato internacional determinen el Derecho aplicable al mismo vía autonomía de la voluntad, deben ser conscientes de que de esta elección depende también el efecto de las normas públicas de intervención comercial sobre su relación contractual y la eventual supervivencia de ésta a través de la adaptación del contrato que ha sufrido el impacto de la norma intervencionista”.

¹³⁹⁸Parece que el Parlamento europeo dos años más tarde, comienza a considerar que no había razón para limitar en estas materias la “autonomía de la voluntad”; J. I. PAREDES PÉREZ, “Sobre la conveniencia de una norma de conflicto bilateral...”, *loc.cit.*, p. 440; en la Propuesta de RRII, la Comisión sólo estableció el límite pero para las cuestiones de propiedad intelectual (p. 24);

C. Supuestos de delimitación conflictivos: relaciones con el apartado 3º del art. 6

186. El artículo 6 RRII apartado 3º¹³⁹⁹ destinado a cubrir las infracciones privadas al Derecho de la competencia se puede relacionar con los otros apartados (1º y 2º). En algunos supuestos, el legislador europeo estableció de forma clara que no tendría que haber solapamientos.

Por ejemplo, en lo que ya se ha explicado como el solapamiento entre el Derecho *antitrust* y el Derecho de la competencia desleal en algunas de sus funciones y la más importante¹⁴⁰⁰, la salvaguarda del buen funcionamiento del mercado¹⁴⁰¹.

187. En el ámbito del Derecho europeo de la competencia y la competencia desleal (de forma concreta, ilícitos concurrenciales de tipo *B2B*)¹⁴⁰², existe un

M. A. AMORES CONRADI/E. TORRALBA MENDIOLA, “XI tesis sobre el estatuto delictual”, *REEL*, nº8, 2004, pp. 1-34, p. 15, pero sobre los supuestos de derechos de propiedad industrial; por remisión, a favor de esta posible tendencia, T. KADNER GRAZIANO, *La responsabilité délictuelle en droit international...*, *op.cit.*, p. 87.

¹³⁹⁹*Vid.* artículo 6.3 RRII: a. La ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de una restricción de la competencia será la ley del país en el que el mercado resulte o pueda resultar afectado; b. Cuándo el mercado resulte o pueda resultar afectado en más de un país, la persona que reclama la indemnización por el daño y que presenta demanda ante el tribunal del domicilio del demandado pueda optar por basar su demanda en la legislación del foro, siempre que el mercado de dicho EM figure entre los que se vean afectados de manera directa y sustancial por la restricción de la competencia de la que deriva la obligación extracontractual en que se basa la demanda: cuándo el demandante, de acuerdo con las normas aplicables en materia de competencia judicial, presente una demanda contra más de un demandado ante ese tribunal, podrá optar por basar su demanda en la legislación del foro únicamente si la restricción de la competencia en que se basa la demanda presentada contra cada uno de los demandados afecta también de manera directa y esencial al mercado del Estado miembro de ese tribunal; Conférence de La Haye de Droit international privé, “Note sur les conflits de Lois en matière de concurrence déloyale: Rappel et Mise à jour”, *Doc. Prél.*, nº5, 2000, p. 7.

¹⁴⁰⁰ Puesto de relieve por la “Conferencia de la Haya” en su informe sobre competencia desleal, la a veces difícil delimitación entre ambas materias, *Conférence de La Haye de Droit international privé*, “Note sur les Conflits de lois en matière de concurrence déloyale...”, *cit.*, p. 7. Lo cierto es que este aspecto según los expertos del Informe siempre ha sido conflictivo pero no lo hicieron prioridad, antes al contrario, hicieron prioridad poder establecer primero una definición precisa de competencia desleal en la que se incluyese una absoluta exclusión de aquellas prácticas que pertenecen al dominio del Derecho *antitrust*; A. DYER, “Unfair Competition in Private International Law..”, *loc.cit.*, p. 403.

¹⁴⁰¹*Vid.* M. ILLMER, “Article 6...”, *loc.cit.*, en P. HUBER (ed.), *Rome II Regulation...*, *op.cit.*, p. 144 y pp. 156-158.

¹⁴⁰²*Vid.* Capítulo II, sección A. DICKINSON, *The Rome II Regulation...*, *op.cit.*, p. 408, “The structure of Art 6, as well as its drafting history, emphasize that the categories of “non-contractual Obligations arising from an act of unfair competition” and “non-contractual Obligations arising out of a restriction of competition” were intended to be mutually exclusive. In general terms, the distinction between the two categories may be said to be that the aim of the former is to repress falsification of competition whereas the aim of the latter is to ensure freedom of competition”. Ya fue propuesto por SCHRICKER y HENNING BODEWIG que si existiese solapamiento entre estas áreas en situaciones como el boicot o discriminaciones en sistemas de distribución, la preferencia debería

solapamiento en determinados tipos de conductas comerciales unilaterales relacionadas con el abuso de posición dominante en el mercado, boicots, discriminaciones en materia de precios y protección de los sistemas de distribución incluso a nivel contractual, etc.

Este solapamiento es debido al impacto que tuvo y que sigue teniendo el Reglamento 1/2003, en concreto en su artículo 3 apartado 2º (normas de convergencia) y el apartado 3º como se analizó¹⁴⁰³.

188. Para el concepto de “práctica anticompetitiva” puede acudir tanto a los artículos 101 y 102 TFUE así como a los conceptos que los legisladores nacionales han desarrollado, por lo que se ha entendido que no cabe duda que el legislador europeo estableció deriva al Derecho de la competencia europeo y por ende, a los conceptos autónomos dados en el Derecho originario¹⁴⁰⁴.

189. Otro aspecto difuso y problemático es lo establecido en el Considerando 21º con relación al objetivo de las normas contra la competencia desleal que deben “asegurar el buen funcionamiento de la economía de mercado”, en donde puede solaparse con el objetivo principal de las normas *antitrust*.

190. No es del todo exacto, porque el concepto “prácticas restrictivas de la competencia” es un concepto que todavía no está delimitado en el ámbito del Derecho europeo de la competencia ni de la competencia desleal.

Por ejemplo, en Francia, el concepto *pratiques restrictives de concurrence* pertenece al ámbito de las relaciones comerciales de tipo *B2B*, y con comportamientos comerciales considerados más que conductas restrictivas de la competencia, “competencia desleal”¹⁴⁰⁵. Así como en otros supuestos como es el problema de los “reembolsos” (*rebates*).

darse al derecho de los carteles en orden a parar estos actos puesto que una doble regulación parece no ser necesaria; S. FRANCO/W. WURMENST, “International Antitrust Claims under the Rome...”, *loc.cit.*, en J. BASEDOW/S. FRANCO/L. IDOT, *International Antitrust Litigation...., op.cit.*, pp. 103-107; W. WENGLER, “Laws concerning Unfair Competition...”, *loc.cit.*, p. 179.

¹⁴⁰³*Ibid* (FRANCO/WURMENST), p. 106; Como consecuencia de esta regulación algunos EM prohíben las conductas como desleales y otros EM bajo la bandera del abuso de la posición dominante. Lo importante como establecen los autores y fue determinado en el capítulo II es que lo que se prohíbe es la discriminación que este tipo de conductas unilaterales causan en el mercado.

¹⁴⁰⁴*Vid.* S. FRANCO/W. WURMENST, “International Antitrust Claims under the Rome...”, *loc.cit.*, en J. BASEDOW/S. FRANCO/L. IDOT, *International Antitrust Litigation...., op.cit.*, p. 104, otros autores consideran que la clasificación de acciones que derivan del Derecho nacional debería ser encauzada a través de la *lex causae* de acuerdo al Considerando 9º del Reglamento 1/2003. Y, otros que se debería desarrollar una categoría autónoma de conceptos en el Derecho europeo.

¹⁴⁰⁵*Vid.* E. COUREAULT, *La concurrence déloyale en droit international privé...., op.cit.*, pp. 28-30, prácticas protegidas en el *Code de Commerce* francés (v.gr.: artículo L 121-35) sobre todo

191. La solución que se ha podido ofrecer hasta el presente momento, es que en caso de solapamiento tenga preferencia de aplicación el apartado 3º sobre el 1º o 2º del art. 6. En realidad, siempre se ha dado preferencia al ilícito *antitrust* frente al ilícito de competencia desleal por su condición de normas públicas y de intervención¹⁴⁰⁶.

192. Sin embargo, ha sido criticada esta opción porque no existen motivos para que no pueda aplicarse la ley del país en dónde la consideración del acto es desleal y la ley del país en donde la consideración del acto es *antitrust*.

Propuesta doctrinal. Algún autor propone entonces que se apliquen ambas normas de conflicto y que sea la ley material la que determine la norma de conflicto que deba aplicarse, si la norma de conflicto del apartado, 1º o 3º¹⁴⁰⁷.

193. Por otro lado, también se ha considerado que el conflicto podría ser evitado si se aplicasen los mismos criterios de conexión, sobre todo entre el apartado 1º y el 3º, puesto que el apartado 2º al remitir a la *lex loci damni* se aparta de los criterios del mercado afectado o de los efectos¹⁴⁰⁸.

194. Varios problemas se deben dilucidar en esta difícil relación, y que ya fueron puestos de manifiesto en el Capítulo II. Uno de los problemas es que entre el

para proteger la lealtad en el ámbito de los productores y distribuidores (desde el ámbito de la microeconomía). Otras prácticas restrictivas se protegen desde el ámbito penal incluso.

¹⁴⁰⁶Vid. A. FONT SEGURA, *La protección internacional del secreto...*, *op.cit.*, p. 245, que ya apostaba por una norma bilateral en materia de competencia desleal frente a la norma de extensión y por ende, unilateral, que se había implementado por el legislador español en el ex. art. 4 de la LCD 1991.

¹⁴⁰⁷M. ILLMER, "Article 6...", *loc.cit.*, en P. HUBER (ed.), *Rome II Regulation...*, *op.cit.*, p. 157; E. COUREAULT, *La concurrence déloyale en droit international...*, *op.cit.*, pp. 27-28: "De nombreux Etats intégrant ainsi les règles relatives à la concurrence déloyale dans les lois sur le concurrence. Par exemple en Europe, l'Estonie, la Hongrie, la Lettonie, la Lituanie; et comme pour la protection de la propriété intellectuelle, l'action en concurrence déloyale peut être exercée, de manière subsidiaire, pour combler les lacunes du droit de la concurrence, Our dans le domaine des réseaux de distribution. Elle peut ainsi être intentée pour sanctionner une pratique anticoncurrentielle (entente, abus de position dominante, mise à l'index) ou una pratique restrictive de concurrence, mais seulement si les conditions requises par les dispositions légales sur le concurrence ne sont pas remplies". No obstante, como establece la autora, la *Cour de Cassation* francesa limita este uso subsidiario de la acción contra la competencia desleal en este tipo de híbridos con el *antitrust* exigiendo la pruebas de hechos distintos de las prácticas anti-competenciales o restrictivas de la competencia; de la misma forma, A. FONT SEGURA, *La protección internacional del secreto...*, *op.cit.*, p. 245, tras el estudio de lo establecido por MOUREAU-BOURLÈS. No existe mucha jurisprudencia sobre este particular pero porque las batallas jurídicas se terminan concentrando en el ilícito *antitrust*.; M. BÉHAR-TOUCHAIS, "Abus de puissance économique et droit international privé", *RIDE*, t.XXXIV, nº1, 2010, pp. 37-59.

¹⁴⁰⁸S. FRANCO/W. WURMENST, "International Antitrust Claims under the Rome...", *loc.cit.*, en J. Basedow, S. Franco y L. Idot, *International Antitrust Litigation...*, *op.cit.*, p. 104.

Derecho contra la competencia desleal *B2C* y el Derecho *antitrust* se ha mostrado a través de su historia legislativa que son excluyentes entre sí¹⁴⁰⁹.

195. Si se tiene en cuenta este particular que ambas áreas se excluyen de forma mutua y que existe una línea clara entre ambos supuestos (en su objetivo¹⁴¹⁰), la operación de diferenciación para evitar el solapamiento se facilita, pero no se evita.

Solución propuesta. El establecimiento de conceptos europeos precisos desde el ámbito del Derecho material de la UE en materia de conductas de doble reproche y una debida armonización europea.

3. Relación del artículo 6 con el artículo 8 del RRII: infracciones a la propiedad industrial e intelectual, ¿cuál aplicar?

196. El solapamiento en la tutela que existe para los DPI, de nuevo, se traslada de forma inevitable en sede de ley aplicable, para resolver las cuestiones relativas al fondo del asunto o encontrar el Derecho aplicable adecuado que resuelva la controversia cuando existe una infracción a un derecho de exclusiva que concurre con un acto comercial desleal de tipo *B2C* o *B2B*¹⁴¹¹.

A. Intereses tutelados en cada norma de conflicto

197. Se debate en estos supuestos cual será la ley aplicable atendiendo a los intereses y derechos que se han infringido realmente, de forma principal¹⁴¹².

Por ejemplo, se tendrán en cuenta factores como la innovación y la protección de ideas que se tutelan en el ámbito subjetivo de los derechos de exclusiva; y, el buen funcionamiento del mercado, la protección debida a los consumidores, a los profesionales que ostentan el derecho de exclusiva o a ambos y en que país lo ostentan, en competencia desleal¹⁴¹³. Los problemas realmente se encenrarán en la

¹⁴⁰⁹*Ibid* (FRANCQ/WURMENST); A. DICKINSON, *The Rome II Regulation...*, *op.cit.*, parágrafo 6.31.

¹⁴¹⁰A diferencia del Derecho *antitrust*, mediante el Derecho contra la competencia desleal se establecen un cierto “código de conducta” de cómo deben los participantes comportarse en el mercado. Objetivado y por lo tanto, imperativo. Puedes competir, pero no “de cierta forma”.

¹⁴¹¹*Vid.* M. ILLMER, “Chapter II. Article 8. Infringements of Intellectual property rights”, en P. HUBER (ed.), *Rome II Regulation...*, *op.cit.*, pp. 226-259, p. 235: “*The relationship between Art. 8 and Art. 6 (1) is problematic...*”; R. SÄCK, “Art. 6 Abs. 2 Rom II-VO und “bilaterales”...”, *loc.cit.*, p. 608; T.W.DORNIS, *Trademarks and Unfair Competition Conflicts...* *op.cit.* p. 71 y pp. 325-359

¹⁴¹²H. SHACK, “The Law Applicable to (Unregistered) IP Rights ...”, *loc.cit.*, en S. LEIBLE/A. OHLY (eds.), *Intellectual Property and Private...*, *op.cit.*, pp. 79-95.

¹⁴¹³H. DUINTJER TEBBENS, “Les conflits de lois en matière de publicité déloyale...”, *loc.cit.*, p. 452; as. *MARRIAGES FRÈRES* (*cit.*), Motivo 4º, la empresa *Marriages frères* había invocado la protección del art. 10 *bis* CUP contra la infracción marcaria de las empresas de Singapur,

calificación del supuesto de hecho y en diferenciar bien las funciones de cada cuerpo normativo.

198. El art. 8 RRII¹⁴¹⁴ contiene la norma de conflicto para los supuestos de infracciones a los derechos de exclusiva basada en la estricta y clásica territorialidad de los derechos de exclusiva, la *lex loci protectionis*¹⁴¹⁵. Este criterio no se corresponde con el criterio del mercado afectado ni de los efectos, por lo que, también existirá contradicción.

199. Diferencias. La estricta territorialidad de los derechos de exclusiva evita que se produzca el solapamiento menos, en ciertos supuestos en los que¹⁴¹⁶, en apariencia debiera ser aplicado el artículo 6.1, o el apartado 2º (atendiendo a los intereses afectados), y en los que en apariencia debería usarse para la protección de los DPI, el art. 8, cuando estos DIP estén registrados en un concreto territorio donde se reclama protección por la infracción.

y la *Cour de Cassation* considera que si bien es cierto que el ilícito tiene cabida en el ámbito material del art. 10 bis, y ambos Estados son parte del CUP, la empresa francesa no tenía *goodwill* en el mercado de Singapur (siguiendo Singapur, la tradición jurídica del *Common law*). Según la *Cour d'Appel*, con estos argumentos no se podía entender que se podía aplicar al caso, entendiendo que esta Convención es parte de su ley material contra actos de competencia desleal internacional (en Francia según el art. L-614-31 *Code de Propriété Intellectuelle*). En este supuesto se invocó la Convención de Berna, en relación a la distribución exclusiva de sus productos registrados y tutelados mediante derechos de autor, art. 5.2. La empresa francesa establece su reclamación sobre la infracción de su marca y derechos de autor sobre sus diseños en el mercado francés, teniendo un gran prestigio en el mismo, como la primera casa de tés de lujo en Francia (marca totalmente renombrada) y la primera marca de tés de lujo del mundo, con filiales en todo el mundo (*clientèle traditionnelle parisienne et étrangère*). Se debe de aplicar el CUP, por varios motivos. En cuanto ni en Francia ni en Singapur existe legislación específica contra la competencia desleal en actos B2B (pero que se diferencia de la protección dada a los DPI) que son los que en la demanda se establecieron como el *passing off* o la competencia parasitaria realizada por el demandado (como se ha puesto de relieve en reiteradas ocasiones en relación a Francia). Por este motivo, siendo ambos Estados parte del CUP, se permite a los nacionales o asimilados invocar la protección conferida por el artículo, de forma material, contra los actos de competencia desleal transfronteriza realizados por otros nacionales o asimilados de Estados parte, en cuanto no existe una legislación especial que desarrolle el artículo 10 bis CUP o que, se entienda que concede protección en infracción a DPI por competencia desleal internacional.

¹⁴¹⁴Artículo 8 RRII: “La ley aplicable a la obligación extracontractual derivada de una infracción de un derecho de propiedad intelectual será la ley del país para cuyo territorio se reclama protección”.

¹⁴¹⁵A.L.CALVO CARAVACA/J.CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado...*, vol. 2, *op.cit.*, pp. 1274-1275; P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “The Private International Law of Intellectual Property and of Unfair Competition Practices...”, *loc.cit.*, en S. LEIBLE/A. OHLY (eds.), *Intellectual Property and Private International...*, *op.cit.*, ; C. HANDIG, “Neues im internationalen Wettbewerbsrecht...”, *loc.cit.*, pp. 5-6; J. GLÖCKNER/A. KUR, “Geschäftliche Handlungen im Internet...”, *loc.cit.*, pp. 34-35.

¹⁴¹⁶*Vid.* W. WENGLER, “Laws Concerning Unfair Competition and...”, *loc.cit.*, p. 173. Sólo se podrá interponer la acción por competencia desleal cuando la infracción al derecho de exclusiva suceda en el mismo lugar/país atendiendo a la prioridad que tienen estos derechos por el principio de la territorialidad.

La acumulación de produce normalmente en situaciones de violación de una marca mediante publicidad comparativa o la infracción a una denominación de origen o indicación geográfica (esto es, cuando se puedan considerar ilícitos concurrenciales desleales *B2C*)¹⁴¹⁷.

200. Tampoco se permite el establecimiento de ambas acciones de forma cumulativa en supuestos de redes de distribución selectiva de productos. En estas redes, el titular del derecho exclusivo de distribución puede establecer la demanda por la infracción del derecho de exclusiva en el territorio en el que distribuye el producto, pero no por los actos de competencia desleal¹⁴¹⁸.

B. Supuestos de hecho más conflictivos en ley aplicable

201. Del lado contrario y como ya se examinó en el ámbito del *common law*, el ilícito de responsabilidad extracontractual o *tort* del *passing off* conllevan también la infracción del fondo de comercio el *goodwill* del producto y los derechos morales, el crédito en el mercado (*reputation*) del competidor y también en violación a secreto empresarial el cual se confusión desde que se estableció en el ámbito de la DPCD como una práctica comercial desleal *B2C*¹⁴¹⁹.

202. En estos supuestos, la mayoría de los países los protegen mediante normas de competencia desleal por lo que debería aplicarse el artículo 6 en sus apartados 1º o 2º dependiendo de los intereses dañados por la infracción, pero las

¹⁴¹⁷G. VITELLINO, “Chapter Twenty-Two. Consumer protection against unfair practices in cross-border food trade...”, *loc.cit.*, en A. LUPONE/C. RICCI/A. SANTINI (eds.), *The Right to safe food towards...*, *op.cit.*, p. 438, que advierte que bajo el RRII y el significado de propiedad intelectual del artículo 8 es dudoso si las denominaciones de origen e indicaciones geográficas se pueden incluir: “Nevertheless, whichever were to be the correct characterization, it is submitted that if the subject matter of the claim is the provision of misleading information as the qualities of the foodstuff linked to its geographical origin, for example by advertising ham from Germany evocating the protected Parma ham, Art. 6 will determine the law applicable to this unfair practice”; T. BAUERMANN, *Der Anknüpfungsgegenstand im europäischen Internationalen...* *op.cit.*, p. 191; P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “The Private International Law of Intellectual Property and of Unfair Commercial Practices...”, *loc.cit.*, p. 20 (versión *ucmprints*); P. TORREMANS/J. J. FAWCETT, *Intellectual Property and Private international law...*, *op.cit.*, pp. 804-805, p. 864, que consideran que no debe olvidarse que ni el apartado 1º ni el 2º del RRII se aplicarán a las obligaciones de tipo extracontractual derivadas de la infracción de una infracción de propiedad intelectual, por lo que se aplicará el artículo 8.

¹⁴¹⁸Conclusiones del AG sr. WATHELET, en el asunto C-618/15, pto. 69, lo que no aclara es si debe o no aplicar el artículo 8 RRII o el artículo 6 RRII.

¹⁴¹⁹P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “The Private International Law of Intellectual Property and of Unfair Competition Practices...”, *loc.cit.*, en S. LEIBLE/A. OHLY (eds.), *Intellectual Property and Private International...*, *op.cit.*, p. 138, especialmente en productos que no gozan de la categoría de derecho de exclusiva; pero también hay que tener en cuenta el Cdo 9 de la DPCD que establece como analiza el autor que las normas de la DPCD son de aplicación sin perjuicio de las normas de los derechos de exclusiva; T.W.DORNIS, *Trademarks and Unfair Competition Conflicts...*, *op.cit.*, pp. 375-377 (también las IG y DPO)

infracciones a los derechos de exclusiva que no conlleven un acto o práctica comercial desleal están excluidos del ámbito de aplicación material del artículo 6¹⁴²⁰.

203. Supuesto especial: infracciones al secreto empresarial. Lo que se excluyó de forma expresa del ámbito del artículo 8 fue la infracción de la información confidencial que no son derechos de exclusiva sino valores comerciales¹⁴²¹.

En infracciones al secreto empresarial y dado que la nueva Directiva del secreto empresarial (2016) no ha introducido ninguna norma de conflicto especial, pero teniendo en cuenta el carácter *sui generis* dentro de las categorías de DPI, podría aplicarse a la cuestión litigiosa, el apartado 2º del art. 6 RRII por ser considerado un ilícito concurrencial desleal *B2B* (que nos remite como ya se ha analizado a la norma general del RRII, el art. 4)¹⁴²².

Se duda, si todos los EM van a realizar una ley especial para el secreto empresarial o la incluirán/implementarán en disposiciones de otras normas. En España, está realizándose una ley especial solo para el secreto empresarial, que

¹⁴²⁰*Ibid.* p. 409, en el *common law* se protege la confidencialidad de la información a través de la figura del *breach of confidence*, esto es, el ilícito de revelación de secretos; A. DICKINSON, *The Rome II Regulation...*, *op.cit.*, p. 404.

¹⁴²¹*Vid.* “Informe de la Comisión sobre el Reglamento Roma II...”, *cit.*; desde un punto de vista contractual, P. A. DE MIGUEL ASENSIO, *Contratos internacionales sobre propiedad...*, *op.cit.* pp. 74-77, resaltando la característica de la falta de territorialidad, a diferencia de los otros DPI: “La diferencia sustancial radica en su objeto, en estos contratos, el bien transmitido no es un derecho de exclusiva otorgado por el poder público, sino un “monopolio fáctico” derivado de su carácter secreto y protegido fundamentalmente a través de las normas sobre competencia desleal, lo que excluye la territorialidad absoluta propia de los DPI” M. ILLMER, “Chapter II. Article 8. Infringements of ...”, *loc.cit.*, en P. HUBER (ed.), *Rome II Regulation...*, *op.cit.*, pp. 226-259, p.233, para el secreto empresarial debe aplicarse el apartado 2º del artículo 6, siendo como ya se ha explicado un clásico ilícito *B2B* en donde no se tiene porque afectar el orden concurrencial ni a los consumidores ni de forma directa ni obligatoriamente en su comisión; D. MOURA, “La propriété intellectuelle en Droit international...», *loc.cit.*, pp.333-335, en el ámbito de la violación del saber hacer (*know-how*) no está en juego el derecho de propiedad industrial *per se*. En los contratos que pueden llegar a realizarse sobre la transmisión de *know how* no existe la transmisión de un derecho de exclusiva sino de valores comerciales que permiten a los competidores contar con un conocimiento técnico e innovador diferente con el que los otros competidores tienen que les ayuda a competir de forma más eficiente en el mercado. Por otro lado, hay que tener muy en cuenta que las divergencias tanto en materia de competencia como en materia de derechos de exclusiva dificultan mucho la localización de una ley aplicable solamente a numerosos supuestos; No obstante, volviendo a lo establecido por J. J. FAWCETT/P. TORREMANS, *Intellectual Property and Private international law...*, *op.cit.*, p. 805, el *passing off* no representa ningún derecho de exclusiva. Representa una acción contra la violación de un derecho de exclusiva que implica a su vez competencia desleal (usando la terminología del *continental law*). Lo mismo sucede en la acción por *breach of confidence* destinada a que el propietario del secreto comercial pueda hacer valer la protección de este derecho que los autores no consideran de exclusiva y, por ende, debe estar excluido del ámbito de aplicación del art. 8 pero no del art. 6.2 RRII.

¹⁴²²*Ibid* (CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado...*, vol. 2), p. 1278.

desplazará la norma que existe en la LCD española de protección del mismo, la cual no contiene ninguna norma de conflicto especial para estos supuestos¹⁴²³.

204. Fuera de las excepciones o de este tipo de supuestos, se deberá aplicar el artículo 8 RRII teniendo en infracciones a la propiedad intelectual e industrial cierta preferencia, por los intereses subyacentes en materia de política legislativa de protección de DPI¹⁴²⁴.

205. Otros supuestos en los que puede existir colisión con los supuestos de confusión y lo que la doctrina francesa como vimos denomina “parasitismo”¹⁴²⁵. Así también imitación de los productos con riesgo de copia en masa, cuando se van a afectar a cadenas de distribución comercial de tipo transfronterizo merecen también un análisis específico y un tratamiento concreto.

III. Ley aplicable a supuestos de competencia desleal transfronteriza en supuestos de *culpa in contrahendo*

1. Concepto de culpa in contrahendo en el RRII

206. Del análisis que se realizó en sede de CJI (Capítulo IV), se desprende que la calificación que recibe en el ámbito del DIPr patrimonial europeo la controvertida figura de la responsabilidad de tipo precontractual o *culpa in contrahendo* es parte de las obligaciones de tipo extracontractual¹⁴²⁶.

Esta calificación es la europea a efectos de poder en sede de CJI, el foro de las obligaciones extracontractuales del RBI *bis* se traslada al RRII en cuanto la

¹⁴²³ Anteproyecto de ley de secretos comerciales español en el siguiente enlace: http://mediasviewer.wkcols.com/pdfView.ashx?url_data_id=6218390&repositoryType=es&action=GET; A. SUÑOL LUCEA, “La futura ley de Secretos Empresariales: aspectos sustantivos”, Almacén de Derecho, marzo 2018, disponible en: <http://almacenederecho.org/category/autor/aurea-sunol/>; sobre la ley aplicable al *know how*, A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado...*, vol. 2., *op.cit.*, pp. 1277-1278, que distinguen entre la infracción al *know how* como un ilícito concurrencial B2C (dirigidos contra el Mercado) y un ilícito concurrencial B2B (dirigido contra los intereses particulares del titular del *know how*);.

¹⁴²⁴ D. MOURA, “La propriété intellectuelle en Droit international... », *loc.cit.*, p. 333.

¹⁴²⁵ Vid. T. BAUERMANN, *Der Anknüpfungsgegenstand im europäischen Interanationalen Lauterkeitsrecht...*, *op.cit.*, pp. 178-190.

¹⁴²⁶ Considerando 30 RRII que determina que la *culpa in contrahendo* es un concepto autónomo bajo el RRII, el que incluye tanto la violación del deber de información (*breach of confidence*) y tratos contractuales; Conclusiones del AG sr. Henrik Saugmandsgaard (C-191/15), *Verein für Konsumenteninformationc. Amazon EU Sàrl.*, pto 79, en este asunto por ejemplo no cabía la concepción de *culpa in contrahendo* puesto que el contrato estaba formalizado de forma electrónica entre los consumidores y la compañía Amazon. Por lo que se puede constituir como ejemplo de lo que no se debe considerar como *culpa in contrahendo* bajo el ámbito del RRII; A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado...*, vol. 2, *op.cit.*, pp. 1351-1353.

norma de conflicto que regula de forma específica estos supuestos se encuentra en el mismo y no en el RRI destinado a la LA a obligaciones de tipo contractual.

207. Se entiende que existe *culpa in contrahendo* cuándo el vínculo en las relaciones precontractuales es directo a los tratos previos a la negociación y por ello, no llega a ser una obligación de tipo contractual “consumada”.

En competencia desleal los mismos supuestos analizados en sede de CJI son obviamente los mismos que se analizan en sede de LA. Generalmente, en asuntos relativos a ruptura de negociaciones previas en contratos en los que se iba a transferir información confidencial; en supuestos de promesas a consumidores de tipo pasivo realizadas por el profesional de otro Estado que no llegan a materializarse, y son consideradas prácticas comerciales desleales porque inducen al público a error y terminan haciéndole entregar una cantidad de dinero determinada, etc.

2. Leitmotiv y necesidad de un tratamiento diferenciado entre los ilícitos concurrenciales desleales de tipo B2C y los ilícitos concurrenciales de tipo B2B

208. Situaciones de *culpa in contrahendo* podrán presentarse tanto en situaciones de prácticas comerciales B2C (normalmente, en contratos con consumidores, antes de su realización)¹⁴²⁷.

209. En prácticas comerciales desleales B2C puede tornarse más complejo que en prácticas comerciales desleales B2B, puesto que el acervo comunitario de normas que protegen al consumidor, y en las que encontraremos los diferentes tipos

¹⁴²⁷ G. VITELLINO, “Consumer protection against unfair practices in cross-border...”, *loc.cit.* p. 370: “First, the criteria of applicability contained in secondary Community law supersede the general conflict rules which could be enacted in regulations such as Rome I and II. The entire body of secondary Community law is beyond the scope of Rome I and Rome II proposals. As a consequence, the general conflict rules enacted in those acts will de facto only cover questions that have not been harmonized”. El problema se encuentra cuándo debe aplicarse la ley de un tercer Estado que no es parte de la UE, pero dado la vocación universal de estos instrumentos puede ocurrir perfectamente. No obstante, las normas de conflicto bilaterales sólo pueden ser evitadas y no aplicadas cuándo entre en juego, como se puso de relieve, la ley de un tercer Estado aún en materias armonizadas; J.I. PAREDES PÉREZ, “Sobre la conveniencia de una norma de conflicto bilateral...”, *loc.cit.*; P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “El Régimen comunitario relativo a la ley aplicables a las obligaciones extracontractuales...”, *loc.cit.*; M. VIRGÓS SORIANO, *El comercio internacional en el nuevo derecho de la competencia...*, *op.cit.*, pp. 141-142, sobre la ley aplicable a la conexión accesoria o lo que viene siendo una relación previa entre las partes como un contrato. Según el autor, la lesión concurrencial tiene un centro de gravedad propio en el país del mercado en cuestión. Afirmar la aplicación, para valorar la lealtad/deslealtad del acto de competencia, de la ley del contrato responde a una visión corporativa de la competencia (según nuestra opinión, esta valoración puede darse en relaciones B2B).

de remedios a aplicar, pueden complicar la operación de determinar la ley aplicable a supuestos de *culpa in contrahendo*¹⁴²⁸.

210. En algunos supuestos, la operación de calificar el acto comercial como precontractual o contractual podrá dar lugar a buscar las respuestas en el ámbito del RRI puesto que en algunos casos el pacto precontractual habrá supuesto la firma de un contrato “putativo”¹⁴²⁹. Este particular se entiende sin dejar de tener en consideración que las obligaciones precontractuales fueron excluidas del ámbito del RRI¹⁴³⁰.

211. La cuestión será saber si y como son estas normas ejecutables en los supuestos de tipo transfronterizo.

Determinas normas del Derecho derivado pueden observarse como normas de tipo imperativo desde el punto de vista del DIPr, como son las normas establecidas en la DPCD o la Directiva sobre aspectos de la venta y las garantías de bienes de consumo o en el Reglamento de información de productos de alimentación para el consumidor.

212. Estas normas limitan la aplicación de la ley del mercado afectado, teniendo en cuenta que además en los supuestos de *culpa in contrahendo* aplicaremos el punto de conexión del artículo 12, no el ofrecido por el art. 6.1 RRII

¹⁴²⁸Por ejemplo, Directiva 2009/22/CE, del Parlamento y del Consejo de 23 de abril de 2009 relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores, *DOUE*, L110/30, 1/05/2009; Directiva 1999/44/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, *DOCE*, L 171/12, 7/07/1999, entre otros instrumentos jurídicos que se encuentran por ejemplo en el ámbito de información al consumidor, el Reglamento 1169/2011, del Parlamento europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011 sobre la información alimentaria facilitada al consumidor y porque el que se modifican los Reglamentos (CE) N° 1925/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo y por el que se derogan la Directiva 87/250/CEE de la Comisión, la Directiva 90/496/CEE del Consejo, la Directiva 90/496/CEE del Consejo, la Directiva 1999/10/CE, la Directiva 2000/13/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, las Directivas 20002/67/CE, y 2008/5/CE de la Comisión y el Reglamento (CE) N° 608/2004 de la Comisión, *DOUE*, L 304/18, de 22/11/2011, y otros sobre productos de cosmética, tabacos, etc; sobre la regulación del tabaco y la incidencia con el Roma II, A. DICKINSON, *The Rome II Regulation...*, *op.cit.*, p.78; No obstante, habrá que tener en cuenta que las normas mencionadas, y en concreto la DPCD no sólo protege al consumidor contra las prácticas comerciales desleales sino el buen funcionamiento del mercado interior y la competencia leal. Y, los criterios de las normas sustantivas sustituyen a la norma de conflicto bilateral de los RRI y II, estos últimos solo cubrirán aspectos que no estén armonizados (art. 27 RRII y Cdo. 35; art. 23 y Cdo. 40 RRI); *vid. supra* epígrafe II, apartado 2.B; asunto C-191/15, pto. 36, sobre la aplicabilidad del RRII en materia de ley aplicable a acciones de cesación y la Directiva 2009/22 que establece una remisión a la *lex fori* en cuanto dice que serán aplicadas las normas de DIPr del foro en acciones de cesación.

¹⁴²⁹*Ibid* (VITELLINO), p. 449; T. BAUERMANN, *Der Anknüpfungsgegenstand im europäischen Internationalen Lauterkeitsrecht...*, *op.cit.* pp. 254-255

¹⁴³⁰Conclusiones generales del AG sr. sr. Saugmandsgaard ØE, asunto C-191/15; Considerando 10 del RRI.

o el art. 6 RRI (ley aplicable a contratos de consumo). Cabría entonces preguntarnos si es posible en problemas relativos a la *culpa in contrahendo* trasladar el criterio del mercado afectado, al menos, cuando se trate de prácticas comerciales desleales de tipo *B2C*¹⁴³¹.

IV. Ley aplicable a las acciones de responsabilidad *Punitive damages*, *treble damages* y competencia desleal transfronteriza

1. Tratamiento especial de los *punitive* y *treble damages* en el RRII en cuestiones de competencia desleal

213. En el presente apartado se analizan las problemáticas acciones de daños punitivos (*punitive damages*) con sus variantes, como puede ser la concesión de *multiple damages*¹⁴³², y, la acción de triple indemnización por daños y perjuicios (*treble damages*).

Todas ellas son acciones típicas del ámbito del Derecho civil patrimonial tanto para los daños de tipo extracontractual como aquellos daños que se producen por ruptura de contrato.

214. En lo que respecta al interés que tienen para el Derecho de la competencia en general, su interés radica en que suelen ser concedidas en resoluciones cuyo contenido de fondo sean supuestos de Derecho *antitrust* o supuestos de Derecho de competencia desleal, sobre todo en los Estados Unidos, (siendo general en los países de tradición jurídica del *common law*¹⁴³³).

¹⁴³¹ *Ibid* (BAUERMANN), p. 257.

¹⁴³² P. SALVADOR CODERCH, "Punitive Damages", *InDret*, 1/2000, n°13, pp. 1-17, p. 5.

¹⁴³³ Cf. art. 4 de la *Clayton Act*: "...any person who shall be injured in his business or property by reason of anything forbidden by the antitrust law may sue, ..., and shall recover threefold the damages by him sustained, and the cost of the suit, including a reasonable attorney's fee" (el resaltado es nuestro); D.B. LYTLEY/B. PURDUE, "Antitrust Target Area under Section 4 of the Clayton Act: Determination of Standing in Light of the Alleged Antitrust Violation", *The American University Law Review*, vol. 25, n° 4, 1976, pp. 795-820, W. BREIT/K. G. ELZINGA, "Antitrust Enforcement and Economy Efficiency: The Uneasy case for Treble Damages", *J. L. & Econ.*, vol. 17, 1974, pp. 329-356; C. ORÓ MARTÍNEZ, *La aplicación privada del Derecho de la competencia...*, *op.cit.* p. 387; en relación al remedio de los *treble damages* en prácticas comerciales engañosas contra consumidores (más cercano al ámbito de la competencia desleal tal como se conoce en el Derecho continental), W. A. LOVETT, "Private Actions for Deceptive Trade Practices", *Admin. L. Rev.*, n°23, 1970-1971, pp. 271-290. No obstante, el autor lo que analiza es el problema de la solicitud en *class actions* en cuestiones de prácticas comerciales engañosas, teniendo en cuenta que el sistema norteamericano considera el sistema de competencia un bien público. En cierta medida, los *treble damages* tienen un sentido disuasorio tal como los *punitive damages* lo tienen en el ámbito de los *malicious torts*, para no usar de forma mal intencionado o abusivo la ley *antitrust*; en el ámbito del *tortious interference*, T. NEWPORT, "Tortious Interference and International contracts...", *loc.cit.*, pp. 85-86, el mismo autor reconoce que, "a few foreign jurisdictions will not enforce punitive damages awards". La cuestión, dice, depende de la cortesía positiva (*positive comity*) entre los

215. No obstante, aunque estas acciones no suelen estar contempladas en el Derecho patrimonial civil de daños de los países con tradición jurídica continental no son del todo desconocidas en la práctica jurídica de los mismos, aunque no se aplican de la misma forma que en los países del *common law*¹⁴³⁴.

216. Tampoco su uso por los tribunales de estos países de tradición jurídica del *continental law* las aplican de la misma forma que en los tribunales de países con tradición jurídica del *common law* que las aplican, sino que hay una cierta discreción por parte de los tribunales para otorgarlos, al menos, en los tribunales norteamericanos, los más habituados a las mismas¹⁴³⁵.

217. Los problemas de reconocimiento que se van a encontrar entre ambas tradiciones jurídicas encuentran su origen, de nuevo, en las diferencias entre el objetivo del Derecho patrimonial de daños en el ámbito del *continental law* y en el ámbito del *common law*¹⁴³⁶.

Estados; a diferencia de las normas de competencia de la UE desde sus orígenes que desconocen esta figura del *treble damages*, E.-ULLRICH PETERSMANN, “Legal, Economic and Political Objectives of National and International Competition Policies: Constitutional Functions of WTO “Linking Principles” for Trade and Competition”, *New England Law Review*, vol. 34, n° 1, 1999, pp. 145-162, p. 152; A. CREUS, “La privatización del Derecho de la competencia”, *GJ*, n° 200, 1999, pp. 55-66, p. 64, en donde el autor pone de relieve que desde los inicios del establecimiento del Derecho *antitrust* en EEUU, ha existido el mecanismo del *treble damages* y en su favor alega que en esta vigencia no ha quebrado el funcionamiento del sistema económico; A. FERNÁNDEZ PÉREZ, “La cooperación de la Unión Europea con terceros países en materia de defensa de prácticas anticompetitiva...”, *loc.cit.*, pp.8-9; P. A. DOMENECH, “Chapter 11. Punitive damages...”, *loc.cit.*, p. 5; C. KESSEDIAN, “Recognition and Enforcement of Foreign Judgments”, en J. BASEDOW/S. FRANCO/L. IDOT (Eds.), *International Antitrust Litigation...*, *op.cit.*, pp. 245-287, pp. 252-254.

¹⁴³⁴*Vid. v. gr.*, C. VANLEENHOVE, “Punitive damages and European Law...”, *loc.cit.*, p. 333, que por ejemplo analiza que las características de estas figuras, especialmente de los *punitive damages* vinieron explicadas de forma irónica por una sentencia del Tribunal Federal Alemán (*Bundesgerichtshof*), la sentencia es *BGH*, 4 de junio 1992, *BGHZ*, 118, 312 (el mismo autor nos da la referencia de la sentencia en inglés en *ILM* vol. 32, 199; en cambio, en la jurisprudencia española; STS n°263/2009, Sala de lo Civil n°1, de 12 de enero de 2009, asunto *USA SOGO Inc.*, el Alto tribunal lo establece de forma clara, que en España, no existen daños punitivos en varias ocasiones (FJ 1º y 2º); J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Daños punitivos. Aspectos de Derecho internacional privado europeo y español”, en M. J. HERRADOR GUARDIA (dir.), *Derecho de daños*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2013, pp. 383-464.

¹⁴³⁵*Vid.* C. CALLEROS, “Punitive damages, liquidated damages, and clauses pénales in contract actions: a comparative analysis of the American common law and the French Civil Law”, *Brook. J. Int’l L.*, vol. 32, n° 1, 2006, pp. 69-119, pp. 69-74; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Daños punitivos...”, *loc.cit.*, en M. J. HERRADOR GUARDIA (dir.), *Derecho de daños...*, *op.cit.*, p. 386 y pp. 390-392.

¹⁴³⁶P. SALVADOR CODERCH, “Punitive Damages...”, *loc.cit.*, pp. 1-17; en líneas generales acerca del concepto de *punitive damages* del derecho angloamericano y los problemas de reconocimiento en relación al orden público; C. I. CORDERO ÁLVAREZ, “Eficacia de las decisiones judiciales extranjeras y daños punitivos”, *AIHLADI*, n°21, 2013, pp. 241-278; G. Goffaux Callebaut, “Le préjudice en droit...”, *loc.cit.* p. 54-56, que realiza el análisis comparado desde el ámbito del Derecho francés de las prácticas anticoncurrenciales y restrictivas de la competencia;

218. En el ámbito de la ley aplicable, especialmente en el ámbito material del RRII, el “Considerando 32” establece que mientras los daños punitivos se concedan para compensar y no para castigar al infractor y que la víctima se enriquezca sin causa mediante la indemnización, tienen cabida en su ámbito material¹⁴³⁷.

219. Esto es, que parece que la posibilidad de aplicar una ley material que otorgue daños punitivos es viable, cuestión diferente es esta ley pueda ser finalmente aplicada por los límites impuestos por el orden público del Estado donde se encuentra el foro.

220. El TJUE en una reciente sentencia relativa a la concesión de daños punitivos en infracciones a la propiedad intelectual en la UE¹⁴³⁸, se ha pronunciado sobre la compatibilidad de estas medidas con el Derecho de la UE relativo a la Directiva 2004/48/CE sobre el respeto a los derechos de propiedad intelectual y, en la que, como se analizó cabe la protección contra determinados actos por competencia desleal y que se implementó por el legislador europeo para dar cumplimiento a lo establecido en el ADPIC.

221. Interesa destacar de la sentencia, que la misma Directiva que se interpreta establece en su Cdo. 26 que no era su objetivo que, los EM estableciesen indemnizaciones punitivas en sus legislaciones.

También, los principios de responsabilidad extracontractual europeos (realizados por el Grupo Europeo de responsabilidad extracontractual) o el *Principles of European Tort Law (European Group on Tort Law)*, en su artículo 10:101: “*Damages are intended to restore the injured party to the position he would have been in if the wrong had not been committed*”. No siendo el único texto de *soft law* que no los reconoce, C. VANLEENHOVE, “Punitive damages and European Union...”, *loc.cit.*, p. 345; O. FURTAK, “Application of Foreign Law to Determine Punitive Damages”, en E. GOTTSCHALK/R. MICHAELS/ G. RÜHL/J. VON HEIN, (eds.), *Conflict of Laws in a Globalised World*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, pp. 267-290, pp. 271-274, también en la “Convención de la Haya sobre acuerdos de elección de foro” de 2005, se establece que *podrán* no ser reconocidas las sentencias que concedan daños punitivos. El autor considera que el hecho de haber establecido este particular en el artículo 11 demuestra precisamente la conciencia que el legislador de La Haya tiene sobre las diferencias entre las dos tradiciones jurídicas con relación al problema.

¹⁴³⁷S. FRANC/W. WURMNEST, “International Antitrust Claims under the Rome II...”, *loc.cit.*, en J. BASEDOW/S. FRANCQ/L. IDOT (eds.), *International Antitrust Litigation...*, *op.cit.*, p. 98; Informe Wallis del RRII: “*In additional, the ordre public provision has been expanded to cover exemplary and punitive damages, since your rapporteur considers that it is not legally possible in an instrument such as this to legislate to prohibit the award of such damages*”; de forma más exhausta sobre el tratamiento de los *punitive damages* en el RRII, C. VANLEENHOVE, “Punitive damages and European Law...”, *loc.cit.*, pp. 333-336; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Daños punitivos...”, *loc.cit.*, en M.J. HERRADOR GUARDIA (dir.), *Derecho de daños...*, *op.cit.*, pp. 406-423.

¹⁴³⁸Asunto *Stowarzyszenie “Olawska Telewizja Kablowa”* (C-367/15); P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “Indemnizaciones “punitivas” por infracciones de propiedad intelectual en la UE”, 27/01/2017, disponible en: <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es/2017/01/indemnizaciones-punitivas-por.html>

222. Sin embargo, al ser una Directiva de mínimos, y que tampoco el ADPIC restringe la posibilidad a los Estados de poder establecer medidas más restrictivas en la tutela de los DPI, se incluye también cuándo se tutelen contra actos de competencia desleal comprendidos en la Directiva 2004/48/CE)¹⁴³⁹.

223. El problema estriba en determinar si la indemnización “excede” del perjuicio sufrido. Si este objetivo de doble penalización para el infractor es compatible con el objetivo de la indemnización de daños y perjuicios en el ámbito del Derecho europeo y nacional del Estado del foro.

224. La opinión mayoritaria de la doctrina se expresa en que mientras el derecho de responsabilidad extracontractual continental siga manteniendo la función de reparación y no compensación, este tipo de acciones de indemnización puede llegar a ser excesiva al menos en cuestiones de ley aplicable mediante las “cláusulas de orden público material”.

2. Algunas cuestiones relativas al reconocimiento y la ejecución de estas figuras en relación a supuestos posibles de sentencias por competencia desleal

225. La causa general para denegar el reconocimiento y/o la ejecución en aquellas resoluciones en las que se hayan concedido o bien *punitive damages* (y sus variantes) o bien *treble damages* en asuntos de competencia o competencia desleal, suele ser la incompatibilidad con el orden público en el Estado de destino.

La segunda causa común a todo tipo de ilícitos de responsabilidad extracontractual es la falta de adecuación a los principios materiales del Derecho de responsabilidad extracontractual¹⁴⁴⁰.

226. Se ha considerado que la verdadera causa de no reconocer resoluciones que contienen la concesión de penalización por daño punitivo encaja más en esta última causa. Esto es, en la compatibilidad o no con el tratamiento que pudiere tener

¹⁴³⁹*Ibid.* (DE MIGUEL ASENSIO, “Indemnizaciones “punitivas”...”). El autor recuerda que en el ámbito del Derecho europeo de la competencia, aunque este aspecto no tiene relación directa con la competencia desleal, la Directiva 2014/104/UE sobre infracciones privadas al Derecho de la competencia sí prohíbe de forma expresa la imposición de daños punitivos o *treble damages* en este tipo de acciones (art. 3.3). Esto en principio no fue establecido así por la Comisión, puesto que en el informe preparatorio de la Directiva, parecía dejar en manos de los EM, la cuestión de poder otorgar indemnizaciones punitivas o de otro tipo, siempre y cuando no supusieran una causa de enriquecimiento “sin causa” a las víctimas”, “Commission Staff Working Paper accompanying the White paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules”, COM 2008,165, final, pp. 57-58; M. RIGAL, “La protection du consommateur par le droit de la concurrence...”, *loc.cit.*, p. 129.

¹⁴⁴⁰*Vid.* C. VANLEENHOVE, “Punitive Damages and European Union Law...”, *loc.cit.* p. 346: “At EU level, there presently is no consensus about whether punitive damages are a priori in conflict with the principles of European law”.

en el derecho del foro en base a valoraciones de proporcionalidad, más que por cuestiones de orden público¹⁴⁴¹.

227. Estos aspectos se entienden mejor cuándo se analiza el objetivo de este tipo de acciones que tienen una función disuasoria (*deterrence*) y de castigo (*punishment*¹⁴⁴²). Frente a la función de resarcimiento de los daños y perjuicios del Derecho patrimonial de obligaciones de los Estados de tradición jurídica del *continental law*.

228. El problema se encuentra en que para el Derecho de la UE y el de la mayor parte de los EM, este tipo de sanciones cumple una función diferente a la establecida en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual de las tradiciones jurídicas del Derecho continental.

229. Se consideran en los mismos una respuesta desmedida en cuanto el Derecho de daños busca sólo resarcir a la víctima, no penalizar con sanciones desproporcionadas al infractor y disuadirla.

Pueden ser problemáticas en materia de cooperación jurídica internacional (auxilio judicial internacional). Un ejemplo ilustrativo que puede darse con asiduidad es cuando los tribunales, pongamos como modelo, los tribunales españoles se encuentran colaborando con un tribunal extranjero que conoce de un

¹⁴⁴¹Cf. C. I. CORDERO ALVÁREZ, “Eficacia de las decisiones judiciales extranjeras y daños punitivos...”, *loc.cit.*, pp. 34-35. El problema como establece la autora, es que tampoco en la mayoría de los instrumentos del Derecho de la UE, hay una postura clara frente a los daños punitivos. Es más, la tendencia jurisprudencial de los EM es variada y a veces, no es desfavorable a la concesión de los mismos, porque como se ha puesto de relieve en los párrafos del texto, siempre y cuando estas sanciones respondan a los parámetros determinados por el Estado del foro no existe motivo para no reconocerlos. La autora aboga por una interpretación restrictiva de las causa de no reconocimiento por orden público, establecido en el RBI *bis*, atendiendo a su expresión “manifiestamente contrario” porque de esta forma se limita el abuso en la solicitud de estas acciones, sin que desaparezca en los supuestos que sea estrictamente necesario; C. VANLEENHOVE, “Punitive Damages and European Union ...”, *loc.cit.*, pp. 342-343 y p. 346. En la misma línea con la anterior, la jurisprudencia del TJUE parece no promover la concesión de daños punitivos pero no así, si la concesión se lleva a cabo por los tribunales de los EM por violaciones al Derecho de la UE. El autor también llega a la misma conclusión que CORDERO ALVÁREZ, en cuanto, el hecho que no existan en nuestras legislaciones no les hace aparecer como “no reconocibles”, sino que este aspecto conlleva valoraciones que deben ser realizadas con el principio de proporcionalidad.

¹⁴⁴²*Ibid.* (NEWPORT pp. 86-87); “(...) *whereas American courts often use punitive damages as a means of punishment*”. Por ello, aquellos demandantes que interpongan acciones y soliciten *punitive damages* en los Estados Unidos deben considerar la posibilidad que los *punitive damages* no son ni reconocidos ni ejecutados en muchas jurisdicciones; ABA, *Business Torts and Unfair Competition Handbook*, 2ªed., Chicago, American Bar Association, 2006, pp. 199-201, diferenciando su acción disuasoria de los *compensatory damages* e incluso como complementaria a la función de los estos: “*punitive damages serve a broader function; they are aimed at deterrence and retribution*”

asunto en el que el demandante solicitó la imposición de daños punitivos al demandado que tiene residencia habitual en España.

V. Límites y alcance de la aplicación de las normas materiales de competencia desleal y de la lealtad comercial

230. En relación con lo que se expuso en la Sección primera y la naturaleza híbrida de las normas de competencia desleal, existirán ciertos límites a la aplicación del Derecho material de un Estado miembro o tercer Estado.

1. Primer límite: leyes de policía. Artículo 16 RRII

231. El primer límite que van a encontrar las normas del Derecho de la competencia desleal son los límites establecidos por el artículo 16 RRII en relación a las leyes de policía del foro con independencia de cuál sea la ley material aplicable al asunto, puesto que la remisión no es a las normas de conflicto del otro ordenamiento jurídico como se sabe, sino a todo el ordenamiento jurídico¹⁴⁴³.

2. Segundo límite: el orden público del foro. Artículo 26 RRII

232. El otro límite se encuentra en el artículo 26, por el orden público económico del foro¹⁴⁴⁴.

Sólo se excluirá una norma si es manifiestamente incompatible con el orden público del foro. Teniendo en cuenta también lo establecido en las normas imperativas de la UE, puesto que éstas serán de aplicación preferente, siguiendo lo establecido en el art. 16 RRII¹⁴⁴⁵.

¹⁴⁴³“Propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo relativo a la ley aplicable...”, *cit.*, p. 26, que aclara que son leyes de policía en el ámbito del RRII a la luz de la jurisprudencia del TJUE: “disposiciones nacionales cuya observancia se ha considerado la salvaguardia de la organización política, social o económica del Estado miembro que se trate”; y no cabe duda que, al menos en materia de Derecho *antitrust* de la UE, son normas materiales imperativas o leyes de policía, C. ORÓ MARTÍNEZ, *La aplicación privada del Derecho de la competencia...*, *op.cit.*, pp. 191-197; M. FALLON/ S. FRANCO, “Private Enforcement of Antitrust Provisions and the Rome I Regulation” en J. BASEDOW/S. FRANCO/L. IDOT (eds.), *International Antitrust Litigation...*, *op.cit.*, pp. 63-90, p. 73, que las normas de Derecho *antitrust* representan el orden público en cuanto protegen la Competencia como Institución y son de aplicación automática incluso en situaciones internacionales; S. FRANCO/W. WURMNEST, “International Antitrust Claims under Rome II...”, *loc.cit.*, en J. BASEDOW/S. FRANCO/L. IDOT (eds.), *International Antitrust Litigation...*, *op.cit.*, pp. 114-117.

¹⁴⁴⁴A. BUCHER, “La dimensión sociale du droit international...”, *loc.cit.*, pp. 171-188; M. FALLON, “Les Conflicts de lois et de Jurisdictions dans un espace économique intégré. L’expérience de la Communauté européenne », *Rec. Des C.*, vol. 253, 1995, pp. 25-283.

¹⁴⁴⁵*Ibid* (De MIGUEL ASENSIO); “Propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo...”, *cit.*, p. 26, además las leyes de policía del foro deben ser compatibles con las libertades fundamentales del Mercado interior.

234. También habrá que diferenciar entre las normas materiales imperativas del foro, las establecidas por la *lex causae* que sea aplicable al asunto, y las de terceros Estados, que deberán ser analizadas caso por caso y por los tribunales en orden a considerar si se consideran un óbice para la aplicación de la ley aplicable¹⁴⁴⁶.

En caso de verdadero conflicto entre las normas de policía del foro y de otro Estado, la política del foro prevalece por cuestiones de orden público cuándo estas normas sean normas imperativas de aplicación necesaria.

235. Si las normas imperativas son domésticas o simples, prevalecerá la *lex causae* que resulte de aplicación al supuesto de hecho, en cuanto al ámbito *ad intra*, teniendo en cuenta que se aplique la ley de cualquier EM, como fue querido por el legislador europeo¹⁴⁴⁷.

3. Tercer límite: *ad intra* (art. 27 RRII) *ad extra* (art. 28 RRII)

236. La norma de conflicto confeccionada por el legislador europeo será de aplicación tanto a situaciones *ad intra* (art. 27 RRII¹⁴⁴⁸) como a situaciones *ad extra* (art. 28 RRII)¹⁴⁴⁹.

¹⁴⁴⁶Vid. J. MASEDA RODRÍGUEZ, “El juego de las normas imperativas en el Reglamento Roma II sobre la ley aplicable a las obligaciones no contractuales: límites a la aplicación de la *lex causae*”, *REEL*, nº25, 2013, pp. 1-45.

¹⁴⁴⁷A. DYER, “Unfair Competition in Private ...”, *loc.cit.*, p. 409, el autor pone de relieve que esta situación se ofrece en sistemas como el norteamericano (y, de forma actual, en la UE) donde las leyes de los Estados guardan similitud entre ellas, siendo poco posible que haya de esta forma problemas de orden público. No obstante, al ser el Derecho de competencia ordenador de las relaciones de mercado si existen todavía diferencias, sería poco posible aceptar esta solución como válida; F. DESSEMONTET, “Los principios del *American Law Institute*, propiedad intelectual y litigios transfronterizos”, *Indret*, nº2/2009, pp. 1-24; G. VITELLINO, “Rome II from an Internal Market Perspective”, en A. MALATESTA (ed.), *The Unification of Choice of Law Rules on Torts and...*, *op.cit.*, p. 280, en cuanto las normas imperativas provienen del acercamiento comunitario del Derecho derivado de la UE serán de aplicación si: 1. No existe norma de conflicto porque la situación es doméstica o 2. Porque incluso si es un supuesto con elemento extranjero la *lex causae* es la ley del EM.

¹⁴⁴⁸En principio, debe tenerse en cuenta que este aspecto es favorable a los profesionales en cuanto los costes de información de cada uno de los derechos de los EM en donde se establezcan pueden superar lo que ganan. Por lo que el criterio también está pensado para ayudar al profesional, lo considerado en el Capítulo II sobre el proceso de armonización en la UE en materia de relaciones B2B y la Comunicación de la Comisión en el Proyecto de un compraventa europea. Por otro lado, los informes de la Comisión con respecto al proceso de armonización de las prácticas comerciales desleales en las relaciones B2B en la cadena alimentaria, tras los informes enviados por organizaciones profesionales privada y entidades públicas de los EM consideraron que, tanto el Derecho internacional privado como el Derecho contractual de los EM son capaces de solucionar los problemas que estas prácticas comerciales causan entre profesionales sin necesidad de abrir un proceso de armonización, *v. gr.*, European Commission, DG Internal Market and Services, “Summary of Responses to the European Commission Green Paper: “Unfair Trading Practices in the Business-to-Business Food and Non-Food Supply Chain in Europe”, p. 15.

De aquí, puede aparecer el tercer límite generado por la aplicación del “principio del país de origen” y la “cláusula de mercado interior” de la DPCD, sobre todo a estas situaciones *ad extra*¹⁴⁵⁰.

237. Este es, quizás, el aspecto más controvertido y conflictivo en la aplicación de las normas materiales y la solución que ofreció el legislador europeo, como se desarrolló con anterioridad.

4. *Ámbito y alcance de la ley aplicable: el artículo 15 y otras acciones en el RRII*

238. De acuerdo con lo establecido en el artículo 15 RRII habrá que tener en cuenta que la ley material de competencia desleal va a regir todo lo referente a la responsabilidad objetiva y su alcance, limitaciones, acciones permitidas, existencia de la infracción y su naturaleza y cómo proceder a la determinación del daño y su cuantía; legitimación activa y pasiva. Todo ello, dentro de los límites atribuidos por la *lex fori* a los tribunales que hayan resultado competentes¹⁴⁵¹.

239. Acciones de cesación en el RRII y ley aplicable. Por otra parte, al margen de estos aspectos, se ha considerado un acierto que el legislador europeo introdujese a nivel general en su artículo 2, la posibilidad de poder determinar la ley aplicable a un hecho que pudiera ser futuro para que se pueden solicitar acciones de cesación, prohibición e inhibición. De esta forma, se facilita la represión de actos futuros. El problema con el que se puede contar, es que la norma de conflicto, nos remita a una ley material que no las prevea¹⁴⁵².

¹⁴⁴⁹ Vid. A. DICKINSON, *The Rome II Regulation...*, *op.cit.*, pp. 409-412.

¹⁴⁵⁰ Vid. *supra*, Capítulo II, sección III; B. UBERTAZZI, “The Law Applicable to Unfair Competition...”, *loc.cit.*, en J. DE WERRA (ed.), *Défis du droit de la concurrence...*, *op.cit.*, pp. 64-69; A. BUCHER, *Le dimension sociale du droit international...*, *loc.cit.*, p. 192: “*Le Regalement Rome II définit ses relations avec le droit communautaire dans les memes termes (art. 27), également sans créer de mélange avec la clause réservant l’ordre public du for (art. 26). On citera comme exemple l’Article 4 de la directive 2005/29 (...)*”.

¹⁴⁵¹ Vid. A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado...*, vol. 2, *op.cit.*, p. 1341-1342; B. UBERTAZZI, “The Law Applicable to Unfair Competition in Switzerland and in the ...”, *loc.cit.*, en J. DE WERRA (ed.) *et al.*, *Défis du droit de la concurrence...*, *op.cit.*, p. 44. Ahora bien, mientras el artículo 6 se aplicará a cualquier tipo de demanda civil que tenga por causa un acto de competencia desleal con elemento extranjero aunque esté siendo conocida por cualquier tipo de tribunal, no se podrá aplicar para determinar la ley aplicable cuándo se trate de demandas de tipo administrativo o infracciones penales; I. BACH, “Article 15...”, *loc.cit.*, en P. HUBER (ed.), *Rome II Regulation...*, *op.cit.*, pp. 342-352; R. JAFFERALLI, “Rome II ou la loi applicable aux Obligations non contractuelles...”, *loc.cit.*, p. 14399.

¹⁴⁵² R. JAFFERALLI, “Rome II ou la loi applicable aux Obligations non contractuelles...”, *loc.cit.*, p. 14400.

240. En el supuesto que sea un acto o práctica comercial desleal de tipo *B2B* al remitirnos a la norma general, la ley aplicable a la acción de cesación será la ley del lugar del daño puesto que el artículo 2, sólo determina que se permiten solicitar estas acciones cuándo así sea requerido.

241. Acciones por enriquecimiento injusto y daños morales en competencia desleal. Habrá que también estar a lo dispuesto en el artículo 10 RRII que será de aplicación, igualmente para este tipo de acciones que tienen un régimen jurídico diferente en los EM y en terceros Estados. Nos cabe la duda acerca de la ley aplicable a las acciones que, como la de enriquecimiento injusto, conllevan el reconocimiento del resarcimiento a la víctima por los daños morales causados mediante el hecho de responsabilidad extracontractual, puesto que aunque el art. 10 RRII permite que se soliciten mediante su norma de conflicto, este aspecto dependerá también de la ley material que sea de aplicación, esto es, si los daños morales vienen contemplados en la misma.

En el ámbito de la LCD se comentó que están permitidas en el artículo 32, aunque de forma limitada¹⁴⁵³, siempre y cuando las solicite el titular de un derecho de exclusiva y contra el responsable que le ha causado dicho daño moral y ha obtenido con ello, un enriquecimiento injusto con ello.

Por lo que podemos entender que si la ley de competencia desleal no contempla la solicitud de acciones de indemnización en el que se incluyan daños morales, no se podrán finalmente solicitar. En el supuesto que si se permita la solicitud de los daños morales, habrá que estar a lo dispuesto en dicha ley material.

¹⁴⁵³ *Vid. supra* Capítulo IV, siendo además muy criticadas por la Doctrina española mercantilista, en cuestiones de competencia desleal; un estudio sobre las mismas en el RRII, D. MOURA VICENTE, “El enriquecimiento sin causa en el Reglamento Roma II-*Unjust enrichment in the Rome II*”, *CDT*, vol.8, nº2, oct. 2016, pp. 292-305; A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado...*, vol. 2, *op.cit.*, p. 1350

CONCLUSIONES

I

DE LA DISCIPLINA DEL DERECHO DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA DESLEAL COMO DERECHO PRIVADO INSTITUCIONAL

1. La consideración de la disciplina de la competencia desleal como Derecho privado institucional exige entender ciertas premisas y valores fundamentales de tipo económico. Mercado, Libre comercio y Competencia son entre ellos mismos, fenómenos de tipo económico dependientes en ordenamientos con modelos de economía de mercado. La competencia desleal ya no se puede considerar sólo como Derecho privado. Los valores que contienen sus normas, de forma actual, en casi todos los ordenamientos jurídicos, se dirigen a tutelar intereses públicos que se encuentran implícitos pudiendo ser considerada como la ley de los comportamientos del Mercado (*the law of the Market behaviours*) protegiendo tanto el *level playing field* (*par condicio concurrentium*) y a los consumidores y la economía de mercado. Controlando las fuerzas de la oferta y demanda basadas en modelos de competencia no perfecta.

2. La función del Derecho de la competencia desleal se coordina y completa en cierta medida con la función del Derecho *antitrust*, en cuanto si existe libre competencia existe la posibilidad de realizar competencia desleal.

La “unidad funcional” del Derecho de la competencia, comprendiendo ambos cuerpos jurídicos, hace llegar a la conclusión que conforman realmente el Derecho de mercado de forma ya consolidada, que incluye el Derecho de consumo.

A su vez, la evolución de esta disciplina en el concepto de competencia sobre los méritos (*competition on the merits*) le ha dotado, al menos, en la UE, de un acercamiento mucho mayor al Derecho *antitrust*, en cuanto desde el punto de vista del “Derecho de mercado”, se la considera también como un cuerpo de normas que corrige los fallos del mercado, como por ejemplo, la información asimétrica en el ámbito del Derecho contractual de consumo y de ahí, la intrínseca relación entre estos cuerpos normativos.

No obstante, a pesar de establecer una posición favorable por la “unidad funcional” de ambas disciplinas como contenido del Derecho de la competencia “en general” en sistemas de economías de mercado, las diferencias entre estos cuerpos jurídicos deben seguir siendo tenidas en cuenta, por el grado de hibridez

que tiene la disciplina y el tratamiento que recibe en las legislaciones actuales, hasta que no se reconozca de forma uniforme.

3. En lo que concierne a su delimitación, la competencia desleal no es una disciplina que fácilmente se pueda delimitar, ni desde el prisma del Derecho privado ni desde el prisma del Derecho privado institucional. Los intentos por la búsqueda de una definición común como concepto propio, no se consideran la solución más adecuada, al menos en el ámbito internacional, como los intentos del pasado han mostrado. Tratar de encapsular/subsumir conductas o comportamientos comerciales en una definición, en un espacio tan cambiante y complejo como el mercado, conduce y ha conducido en numerosas ocasiones al fracaso, por ello, las mejores técnicas para facilitar su control siguen siendo el establecimiento de cláusulas generales como “plan o solución alternativa” por su carácter o textura abierta/*open texture*, comprendiendo numerosos tipos de manifestaciones de comportamientos comerciales, tal como se llevó a cabo en el artículo 10 *bis* CUP.

4. La búsqueda de “principios generales” que encuentren los aspectos y características comunes de la disciplina de la competencia desleal en el ámbito internacional es otra de las soluciones que podrían ser consideradas para controlar las conductas y comportamientos comerciales desleales. Y, para poder tener incidencia en las legislaciones nacionales, podrían ser realizados por las organizaciones internacionales con cierto peso en el ámbito del Comercio internacional y el Derecho mercantil internacional.

5. Uno de los aspectos analizados relativo a sus complejidades legislativas es la gran interrelación y solapamiento con otros cuerpos jurídicos, especialmente, con la tutela que se hace a los DPI, con los que por tradición histórico legislativa de esta disciplina ha existido gran relación, especialmente y en puridad, en su Modelo Profesional, todavía no abandonado en ciertas legislaciones y niveles legislativos, en los que no existe reconocimiento de su parte Social y por ende, se sigue reconociendo su función de tutela de derechos subjetivos de exclusiva.

De hecho, esta relación entre los DPI y la función de la competencia desleal se incrementa con el desarrollo y expansión de las nuevas tecnologías y seguirá haciéndose mientras los DPI sean un instrumento necesario para el fomento de la tecnología, bienes y servicios por parte de los profesionales que los ostentan como propietarios, especialmente en economías de mercado. Así fue consciente el legislador del ADPIC, puesto que, al margen del CUP y el ADPIC no

existen más instrumentos jurídicos internacionales que regulen la competencia desleal en el ámbito internacional que la han considerado como Derecho privado.

Como conclusión final sobre los cambios que llevan desarrollándose en esta disciplina desde hace más de un siglo, por su adaptación a las realidades actuales del tráfico jurídico interno e internacional, siendo una disciplina que oscila entre el Derecho privado y el Derecho privado institucional, podría considerarse entonces que es, *toda conducta o comportamiento comercial realizada por cualquier operador jurídico público o privado que, en el transcurso de su realización, amenaza o distorsiona la estabilidad de los intereses del mercado, la competencia sobre los méritos y los intereses económicos colectivos de todos sus participantes mediante medios prohibidos por la ley.*

II

SOBRE LOS ASPECTOS DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA DESLEAL EN EL COMERCIO Y EL DERECHO ECONÓMICO INTERNACIONAL

6. De su consideración como disciplina de Derecho privado institucional en el marco del Comercio internacional y el Derecho mercantil internacional debe partirse de las diferencias de tratamiento que recibe en cada uno de estos ámbitos. De hecho, estas diferencias son acentuadas por la aplicación pública (principios orientados a la lucha contra discriminación comercial) y la aplicación privada (estándares relativos a proteger los DPI como medio de comercio en sistemas de exportación/importación) que no está del todo clara y que, a veces, es problemática porque no se ha configurado todavía en los textos legales de una forma absoluta sino relacionada. Tampoco existe suficiente claridad, en relación a lo que debe entenderse como competencia desleal en el Comercio internacional que, hasta el momento, se entiende por la Doctrina como “comercio desleal” todo acto legislativo que se sitúe en contra de la liberalización de los intercambios comerciales internacional, o que pueda presumirse que está en contra de esta liberalización mundial.

Si bien es cierto que, los principios que emanan del Comercio institucionalizado, -como los del sistema GATT-OMC: el principio de “no discriminación” y el del Trato Nacional acompañado por la cláusula de NMF-, en relación a la prevención de conductas comerciales desleales realizadas por operadores jurídicos públicos (y también privados), tienen otro enfoque diferente al que se ofrece a las conductas comerciales desleales como Derecho privado o como Derecho privado institucional y no deben, ni pueden confundirse, no produciéndose un acercamiento mayor que el que proporcionan las normas de

intervención que regulan las barreras y el acceso a los Mercados, que son también necesarias para el control y fomento de sistemas de libre y leal competencia y que se establecen con el fin de obtener un orden económico uniforme en el ámbito internacional.

7. En relación al cumplimiento de las disposiciones del ADPIC, siendo el único cuerpo normativo en el Comercio internacional que trata la competencia desleal como Derecho privado (Modelo Profesional), falta más desarrollo de la posición y relación de la lucha contra la competencia desleal. Su desarrollo en este instrumento viene a mostrar de nuevo la relación existente entre la protección de los DPI mediante la competencia desleal especialmente en el Comercio internacional, pero dirigido a los operadores jurídico públicos, al control desde sus legislaciones internas.

III

SOBRE EL TRATAMIENTO DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA DESLEAL EN EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL

8. La regulación de la disciplina en el ámbito del Derecho mercantil internacional, como institución de Derecho privado, es también dispersa, variada, todavía encapsulada en el Modelo Profesional y no adaptada al Modelo Social actual. Contrastando con el estado actual en las legislaciones nacionales de competencia desleal que incluyeron el mandato del art. 10 *bis* CUP.

Aunque el artículo 10 *bis* CUP sigue siendo el faro orientador de la disciplina en el ámbito internacional, de su posición en los diferentes instrumentos jurídicos que incluyeron la obligación de represión contra la competencia desleal internacional, nos muestra las siguientes conclusiones y problemas sin resolver:

9. La primera conclusión es positiva. A pesar de haberse construido sobre la base del Modelo Profesional basado fundamentalmente en la tutela de los derechos subjetivos de exclusiva de los profesionales, con su técnica legislativa nos muestra que se puede usar como medio para tutelar de forma indirecta tanto al mercado como a los consumidores. Al menos, si se realiza una interpretación extensiva del mismo como algunos autores defienden, en cuanto se desprende de uno de sus apartados (3º) “que ciertos actos se dirigen contra el público”. Como así manifestó la OMPI en sus “Normas Modelo para la Competencia desleal” (1994).

Además, también muestra que, en el fondo, sí se puede lograr el consenso en el plano internacional para la lucha y represión de prácticas

comerciales desleales en cuanto abraza las características en la materia de las dos principales tradiciones jurídicas (*common law* y *continental law*) y, que su redacción ha perdurado durante el paso del tiempo.

La segunda conclusión es negativa. Se relaciona con la incierta posición que todavía ocupa en el ADPIC atendiendo a los defectos de redacción del artículo 2.1 ADPIC, puesto que el ADPIC subsume la obligación del art. 10 *bis* CUP, pero sólo, en relación a la tutela de ciertos DPI pero no a la tutela del buen funcionamiento del comercio internacional en general ni de todos los DPI que contiene.

Del lado contrario, es cierto que los aspectos relativos a la necesaria tutela procesal (medios sustantivos) que deben darse contra la competencia desleal internacional sí se considera que el ADPIC fue más allá que lo establecido por el artículo 10 *ter* CUP y que incluye también la tutela contra la competencia desleal.

10. En base a estas conclusiones y la escasa jurisprudencia de la OMC en relación a los problemas que el escaso tratamiento de la disciplina tiene en el ADPIC se sugiere:

-Primero, otorgar claridad en relación a si existe protección contra la competencia desleal para todos los DPI contenidos en el ADPIC y no sólo a los que se nombra (DOP y *know how*), y que no entre en contradicción con la mayor parte de las legislaciones que han diferenciado en leyes especiales la tutela a los DPI y su relación con la protección que debe ser mantenida contra la competencia desleal, en cuanto quepa la complementariedad relativa a su tutela.

Este desarrollo tiene como objetivo otorgar cierto grado de uniformidad de los estándares internacionales emanados del legislador OMC contra la competencia desleal como Derecho privado institucional (como disciplina autónoma e importante para la protección de las economías de mercado reconociendo su Modelo Social) y como Derecho privado (en relación a la tutela de los DPI, a todos los DPI). De esta forma, también se estaría aumentando la seguridad jurídica en situaciones que general deslealtad competitiva, como el comercio paralelo y reduciendo la carrera a los tribunales en el ámbito transfronterizo y la competencia regulatoria existente. Se necesita también saber si la infracción de este artículo puede ser directamente invocado por los Estados parte ante el OSD de la OMC contra las infracciones o comercio desleal realizadas por los otros Estados parte, cuando estas infracciones se hayan dirigido hacia operadores jurídicos privados.

-Segundo, si este artículo siendo *self executing* o directamente invocable por los operadores privados ante los tribunales de los países del CUP, -en el contexto del CUP-, se debe entender de la misma forma en el ADPIC para todos los Estados parte de la OMC que no son ni fueron parte del CUP, puesto que este aspecto no se ha aclarado todavía.

La única vía de interpretación que existe para entender que así es, pero no es la oficial, es el efecto *Paris Plus Approach*, con el que se permite interpretar de una forma extensiva esta obligación de respetar el artículo 10 *bis* CUP, así como también entender que sí existe cobertura para todas las infracciones de DPI que se hayan realizado en sistemas de importación y exportación.

-Tercero: que hace falta mayor especialización en materia de represión de prácticas comerciales desleales en el comercio internacional. Adaptadas a su función de tutela tripartita y para cada una de las prácticas comerciales desleales conocidas, que están de una forma u otra armonizadas en el Comercio internacional e institucionalizado (multilateral y bilateral).

IV

SOBRE LA VALORACIÓN DE LA EFICACIA TRAVÉS DE LA AUTORREGULACIÓN EN EL COMERCIO INTERNACIONAL

11. La autorregulación desarrollada por los organismos de corte profesional y otras organizaciones internacionales para la represión de la competencia desleal se ha convertido en uno de los medios de control, aunque más bien de tipo disuasorio (*deterrence tool*), que se muestra eficaz como complemento a la tarea de los legisladores.

Desde este nivel de regulación, atendiendo a que son instrumentos *Soft law*, es donde se encuentra su mayor obstáculo a la hora de vincular a los operadores por no ser *Hard law*, debe existir equilibrio entre la autonomía de la voluntad y la intervención estatal (evitando con ello, un excesivo intervencionismo estatal que podría “matar” el proceso competitivo). No obstante, el legislador europeo obtuvo dicho equilibrio cuando en la DPCD establece que el incumplimiento de los Códigos de conducta y otros mecanismos de la autorregulación debe ser considerado una práctica comercial desleal (al menos, de tipo *B2C*). Con lo que pudo reforzar el cumplimiento de estos mecanismos siendo un ejemplo para otros organismos y legisladores. Con ello, se les dotó de mayor fuerza vinculante ante las jurisdicciones ejerciendo un doble control para evitar que los operadores jurídicos privados escapen del reproche del legislador incumpliendo

sus propios estándares de conducta en el ámbito de la competencia. El otro control que se considera positivo, es que se deja en manos de los consumidores o cualquier operador en el mercado que sea consciente de la infracción de estos mecanismos autorreguladores para poder accionar la tutela del Mercado y de los intereses de sus particulares, así como la inclusión de mecanismos alternativos de resolución de controversias en los mismos instrumentos de autorregulación que refuerzan la protección y la tutela de incluso otros parámetros como los derechos fundamentales que pueden ser infringidos por actos de competencia desleal en el ámbito del Comercio internacional. Como por ejemplo, las normas relativas al *dumping* social que son impuestas por la OMC y otras organizaciones internacionales como la OIT, en materia de derechos laborales, especialmente en países de economías emergentes.

12. Sobre la Responsabilidad Social Corporativa (RSC) que nace del *compliance* de las empresas, como parte de los mecanismos de la autorregulación, se considera que puede ser un importante instrumento en la lucha contra las prácticas comerciales desleales y, en especial, contra el *dumping* social de tipo internacional que implica a su vez, no sólo la violación de estándares internacionales relativos al fomento de la lealtad en la competencia sino el respeto a derechos de tipo fundamental como son los derechos fundamentales de tipo laboral e incluso de tipo contractual como la buena fe. También, porque tutela y controla aspectos que no se contienen en las normas relativas a la CD, como es la fabricación de productos a bajo coste en terceros Estados.

V

SOBRE LAS CARACTERÍSTICAS DEL “DERECHO DE LA LEALTAD COMERCIAL” EN EL DERECHO ORIGINARIO COMO DERECHO PRIVADO INSTITUCIONAL

13. Los problemas de fragmentación normativa de la disciplina en el mercado interior nacen de su controvertida y ambigua posición desde el ámbito del Derecho originario. Su tratamiento en el Derecho europeo no es claro, en cuanto el legislador europeo en algunos cuerpos jurídicos sí considera la disciplina Derecho privado institucional, y en otros cuerpos jurídicos como Derecho privado.

Si se reconoce de forma expresa que las disposiciones del Derecho originario establecen la obligación de tutelar el mercado interior también contra la deslealtad competitiva entendida como “distorsión a la competencia”, entonces el estado actual de dispersión podría mejorar en muchos aspectos. De hecho, la

jurisprudencia del TJUE, especialmente en materia de LCM y LCS sí reconoce estos aspectos.

La laguna interpretativa que existe todavía en el Derecho originario en la redacción del artículo 3.g. TUE y del Protocolo nº27 como el mandato de fomentar la libre y leal competencia entiende en si mismo aunado el desarrollo de un cuerpo normativo que tutele el Mercado interior contra la competencia desleal como Derecho privado institucional. Se atiende entonces a incluir la lucha contra la competencia desleal (lealtad en las transacciones comerciales en el mercado interior) en el contenido de las “distorsiones a la competencia” que, paradójicamente, el Derecho derivado de la lealtad comercial, sí incluye reconociendo su función de protección de los intereses públicos del Mercado interior y la protección de la Economía de mercado.

14. De otro lado, existen otras lagunas que emanan también de esta posición ambigua y en relación a la función del Derecho *antitrust* y el Derecho contractual de consumo. La corrección de dichas lagunas mejoraría o se presume que lo haría, el estado actual de la regulación de la represión de las prácticas comerciales desleales *B2B* y el tratamiento de las conductas comerciales de doble reproche, a caballo entre el Derecho *antitrust* y el Derecho de la competencia desleal (en relación al artículo 3, apartado 2º y 3º Reglamento 1/2003). Mejorando estos puentes de conexión de ambas materias con el Derecho de consumo y el Derecho de contratos. Con incidencia posterior en sede de ley aplicable en DIPr.

Dentro de las soluciones que se presentan como más adecuadas es la otorga a la Comisión cierto control uniforme sobre estas prácticas (aplicación pública en el ámbito europeo) y una cierta armonización material, aunque es cierto que no se desprende de la jurisprudencia del TJUE en esta materia, que las divergencias entre su regulación cause suficiente impacto al proceso de integración europeo ni al comercio entre EM, lo hace de forma indirecta cuando afecta a los operadores privados de los EM.

VI

SOBRE EL ESCASO TRATAMIENTO DEL DERECHO DE LEALTAD COMERCIAL EN EL DERECHO DERIVADO COMO DERECHO PRIVADO INSTITUCIONAL

15. En el ámbito de los procesos de integración positiva del Derecho de la lealtad en las transacciones comerciales en el mercado interior, la primera conclusión a la que se llega es que no existe ninguna ley de competencia desleal

europaea, y que este aspecto emana de la conclusión anterior en relación a su posición ambigua y poco clara en el ámbito de las disposiciones del Derecho originario así como a la escisión artificial de la trilogía de intereses protegidos (*Schuzzwecktrias*) de su Modelo Social en las normas europeas.

Teniendo en cuenta también, las cláusulas de mercado interior incluidas en el Derecho derivado de la lealtad comercial que reconocen esta importancia de la disciplina para el proceso de integración europeo, especialmente el económico. Y, la inclusión del mutuo reconocimiento en otras normas relacionadas, que reconoce que la disparidad normativa en la materia es un problema para las libertades de circulación y la liberalización de intercambios comerciales no sólo entre operadores jurídicos privados sino entre los EM (como lo era la regulación doble que existía en materia de Derecho *antitrust* antes de su armonización total en la UE).

Uno de los problemas que causó la escisión de regulación de intereses en la armonización material es que sólo está contenido, en el TFUE como uno de sus objetivos claves para los procesos de integración europea, la protección a los consumidores, pero no en lo relacionado a los intereses de los profesionales como participantes del mercado, que se considera todavía parte del Derecho privado, en muchos EM por sus tradiciones jurídicas.

Sin embargo, no todas las disposiciones del acervo comunitario que tutelan la lealtad en las transacciones comerciales han escindido la trilogía de intereses (como sucede en el ámbito de la Directiva sobre publicidad engañosa y comparativa, en estado de actual revisión por el legislador europeo). Generando aún más conflictos de interpretación que se desprenden de la jurisprudencia del TJUE, más incoherencia y fragmentación que, tiene de nuevo, consecuencias en el ámbito del DIPr.

16. Que, una de las soluciones que ya fueron propuestas por otros autores para evitar este grado de divergencia e incoherencia sería volver a reconfigurar, el ámbito material de la DPCD y la Directiva sobre publicidad engañosa y comparativa, reunificando la trilogía de intereses o el *Schuzzwecktrias*, puesto que fue cuando el legislador europeo decidió no incluir la protección de los intereses de los competidores o las prácticas comerciales desleales *B2B* en el ámbito material de la DPCD, cuándo la fragmentación normativa en las legislaciones de los EM comenzó a ser más notoria.

La propuesta podría ser la inclusión en el artículo 1 de la DPCD: “la presente Directiva tiene por objeto contribuir al buen funcionamiento del mercado interior y alcanzar un elevado nivel de protección de los consumidores mediante la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias, y administrativas de los EM sobre las prácticas comerciales desleales que perjudican a los intereses económicos de los consumidores y *a los intereses económicos de los profesionales*”.

De hecho, la regulación por separado, en diferentes cuerpos jurídicos en muchas ocasiones no tiene sentido, aún incluso respondiendo a intereses de política legislativa europea. Tampoco lo tiene si se tiene en cuenta que la escisión por separado no se corresponde con el “Modelo Social” de la disciplina como Derecho privado institucional para el mercado interior y los EM (como ponen de relieve los Considerandos de estas Directivas).

17. Las soluciones que la Comisión Europea está teniendo en cuenta sobre la posibilidad de reforzar el ámbito de la cooperación jurídica transfronteriza en el mercado interior europeo contra las prácticas comerciales desleales, especialmente, las realizadas mediante medios publicitarios, son soluciones que se manifiestan adecuadas, en cuanto se adecuan a la rapidez de los comportamientos en el mercado y sin falta de armonización material, ponen en coordinación los distintos organismos que las tutelan en los EM.

De otro lado, también en los aspectos relativos a los debidos puentes de conexión que deben existir entre el reproche desleal y el reproche por infracción contractual, la Comisión ha propuesto ciertas reformas que, podrían subsanar muchos de los problemas que se establecieron en la práctica judicial de los EM (con incidencia en el DIPr), por la falta de coherencia entre lo que se estableció en la DPCD con los cuerpos normativos relativos al Derecho contractual europeo. En materia de prácticas comerciales *B2B* en donde los contratos con un medio habitual para la realización de prácticas comerciales desleales se propone también que se establezca una Lista Negra en las normas que están siendo propuestas en la UE (reforma de la Directiva sobre publicidad engañosa y comparativa y el Libro Verde para la Cadena de Suministro alimentario y no alimentario).

VII

SOBRE LA INTERRELACIÓN ENTRE LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN NEGATIVA Y POSITIVA (DERECHO ORIGINARIO-DERIVADO) DEL DERECHO DE LEALTAD COMERCIAL

18. De los mecanismos analizados y más utilizados por el legislador europeo para el funcionamiento del mercado interior en sus procesos de integración tanto negativa como positiva y que tiene incidencia en el ámbito de la

lealtad en las transacciones comerciales desleales, el “principio del país de origen” (mutuo reconocimiento) se ha mostrado como una de las soluciones para solventar los problemas de incoherencia entre normas o de dispersión por falta de armonización material, aunque en sede de LA causa problemas de interpretación y colisión de intereses tutelados en las diferentes normas del mercado afectado.

Este estado de dispersión del acervo de normas europeas de lealtad comercial también se debe a que algunas son Directivas que responden a la armonización mínima que incluyen el principio del mutuo reconocimiento, porque no han armonizado todos los aspectos necesarios para una armonización total. Y, de otro lado, la DPCD que responde a la técnica de armonización de máximos, causando problemas de transposición así como de interpretación en las legislaciones de los EM y con el objetivo de la disciplina.

A pesar que el principio del país de origen no es una norma de conflicto, su funcionamiento puede ser parecido a la técnica conflictual y que, en las prácticas comerciales *B2B* su aplicación en la UE es necesaria, al menos, mientras no estén armonizadas las conductas de este tipo, porque existe un interés mayor en tutelar las libertades de circulación que los intereses privados en los casos que deban aplicarse las Directivas que lo contengan a situaciones de comercio intracomunitario.

VIII

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EUROPEO DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA DESLEAL COMO DERECHO PRIVADO INSTITUCIONAL

19. El DIPr de la competencia desleal se entiende o parece entenderse comprendido todavía en el ilícito de responsabilidad extracontractual. No obstante puede percibirse o presumirse su evolución como “ilícito de mercado” (*economic/business tort*), diferenciado del resto de ilícitos de responsabilidad extracontractual, con características que le son propias emanadas de su Modelo Social.

Por ejemplo, el resarcimiento que se puede solicitar por los daños causados por el ilícito concurrencial de tipo desleal desborda de la simple tutela de los derechos subjetivos como se producía en el Modelo Profesional de la disciplina. Este aspecto se presume de la función de estas normas que pretenden también restablecer con su respuesta jurídica contra la competencia desleal en su “Modelo Social”. No sólo se busca resarcir a la víctima de los daños causados por

el hecho objetivo que otro ha realizado con una indemnización de daños y perjuicios sino salvaguardar el orden público de la economía de mercado y su buen funcionamiento.

Un análisis del DIPr europeo de la competencia desleal también pone de relieve los problemas que la disciplina como Derecho privado y Derecho privado institucional tiene en sus objetivos de tutela, partiendo de la base del Derecho originario y especialmente, el Derecho derivado y de su consideración en las legislaciones nacionales de los EM. Así como también, de la relación que tiene la disciplina con numerosos sectores del ordenamiento jurídico que también ordenan el Mercado de forma más específica. En este sentido, la hacen ser una norma de corte general, en el que el principio de *lex specialis derogat lex generalis*, facilita la tarea a la hora de determinar qué norma debe ser aplicada al supuesto litigioso.

20. Los problemas de calificación que pueden darse en el ámbito del DIPr (concretamente el europeo) aparecen en numerosas ocasiones por todas las divergencias apuntadas en el párrafo anterior. Emanan de la falta de concepto europeo sobre qué debe entenderse por competencia desleal en el mercado interior, el cual se entiende como Derecho de lealtad comercial (y no competencia desleal por no existir ninguna ley de competencia desleal europea), con las diferencias relativas a la variedad existente en las legislaciones de los EM.

La solución actual en relación al establecimiento de un concepto europeo es seguir considerando la disciplina como lo han hecho todos los instrumentos de tipo internacional y del Derecho de lealtad comercial europeo que existen hasta el momento: Esto es, el artículo 10 *bis* CUP, las Normas modelo de la OMPI en materia de competencia desleal y, en el mercado interior, a las disposiciones de la DPCD y la Directiva sobre publicidad engañosa y comparativa. Aunque estos instrumentos más que ofrecer definiciones, lo que ofrecen son parámetros comunes y listas de ilícitos de competencia desleal, para al menos, tener una guía sobre qué debe ser considerado como competencia desleal.

IX

SOBRE LAS CUESTIONES DE DERECHO PROCESAL CIVIL INTERNACIONAL (CJI) Y LA NECESIDAD DEL CRITERIO DEL “MERCADO AFECTADO”

21. Los problemas procesales de tipo internacional de la competencia desleal tienen que diferenciarse entre los problemas generales y comunes a otras disciplinas por la autonomía de la disciplina considerada en la conclusión VIII.

22. Muchos de los problemas que aparecen en un primer escalón para determinar el foro de CJI cuando se aplica el RBI *bis*-CL 2007, nacen de la calificación previa como obligación de tipo extracontractual u obligación de tipo contractual, que como se ha desarrollado también en la conclusión VIII, estos conceptos europeos responden a la generalidad de las obligaciones. Esto es, para todas las obligaciones que puedan tener cabida en estos conceptos.

De acuerdo a un sector doctrinal, podrían resolverse aplicando los PGD. Por ejemplo, cuando la infracción oscila entre la obligación de tipo contractual o extracontractual, atendiendo al “principio de lo accesorio sigue a lo principal” (*accessorium sequitur principale*). Estos PGD respetan la diversidad de tratamiento en los EM y pueden resolver las cuestiones más controvertidas en materia de obligaciones de tipo contractual y extrancontractual, extrapoladas a los litigios de competencia desleal transfronteriza que también los enfrente, a pesar de sus particularidades. Los principios que se han establecido en materia de obligaciones contractuales (Comisión Lando) y, en materia de obligaciones extracontractuales (*European Group on Tort Law*) son los que se proponen para facilitar la tarea de calificación en los instrumentos de DIPr de la UE. Con ello, también se evitan estrategias procesales que los operadores jurídicos pueden aprovechar, por las todavía divergencias existentes en el Derecho material de los EM. Así, como se es respetuoso con materias que también un cariz de complicación y que, al igual que la competencia desleal, exigen de mucha pulcritud por los intereses de política legislativa y el respeto a las tradiciones jurídicas de los EM.

O también, la posibilidad de incluir un foro de CJI de conexidad, que pueda establecer la conexión debida en supuestos “híbridos” (a caballo entre la obligación de tipo contractual y la obligación de tipo extracontractual), para que los responsables de estos actos no escapen a la respuesta jurídica, de nuevo en la búsqueda del ordenamiento más permisivo, por la amplitud de estos conceptos europeos.

23. Sobre la adecuación del posible establecimiento del criterio de conexión específico en cuestiones de CJI, esto es, el criterio del “mercado afectado” (considerando la alternativa aplicación del “criterio de los efectos” para algunos supuestos de tipo multilateral o ilícitos mosaico) se valora de forma positiva, porque evitaría muchos de los fenómenos procesales causados en la aplicación de los instrumentos procesales de CJI como el *bad fórum shopping*, el *fórum actoris* (y, el *favor laesi*) y porque otorgaría la seguridad jurídica necesaria

en estos litigios. Así como también la inclusión en el mismo foro del “criterio *de minimis*” para determinar de forma más eficaz el territorio concreto (mercado afectado).

Con su posible establecimiento, se tendría que realizar una interpretación restrictiva del mismo “criterio del mercado afectado”. Esto es, localizar el lugar del hecho dañoso como “el lugar del mercado donde se producen los daños directos y sustanciales del hecho” (para los ilícitos mosaico) y en ilícitos a distancia, cuando se aplique en el foro de las obligaciones de tipo extracontractual tanto para el mercado de ataque (*delicti commissi*) como el de recepción (*damni*), en el que tiene cabida el criterio y no en otros foros que pueden ser de aplicación, como el de la sumisión expresa que se rigen por otras consideraciones. No obstante, incluso en estos foros, la localización de un “mercado afectado” (territorio concreto) podría ser de ayuda en cuanto permite limitar el lugar de los daños causados, en una materia como ésta que tiene unas valoraciones muy económicas en sus litigios.

En el caso que la determinación del *fórum delicti commissi* (donde comenzó el acto o práctica comercial desleal) o el *forum loci damni* (donde se produjeron sus efectos) sea imposible de localizar, por ejemplo, en supuestos realizados por medios telemático o Internet, cabe la duda de si el “criterio de la accesibilidad” o también, el criterio del “*stream of commerce*” tienen cierta compatibilidad con el criterio del mercado afectado y la utilidad que se ha encontrado para determinadas infracciones a ciertos DPI realizadas por Internet, especialmente en infracciones marcarias, a la luz de la jurisprudencia del TJUE.

24. Criterio del mercado afectado en el foro de CJI. Teniendo en cuenta lo anterior en relación al “criterio del mercado afectado” la redacción que podría tener este criterio de conexión en el foro de CJI sería la siguiente:

- *en litigios que tengan por causa acciones contra la competencia desleal será competente el juez de lugar del mercado afectado o donde pudiere resultar afectado así como también donde los intereses colectivos de los consumidores y los competidores también lo sean.*

- *en supuestos donde más de un mercado pudiera resultar afectado por el acto o la práctica comercial desleal será competente el juez del lugar en el que el se pruebe que los daños al mercado han sido directos y sustanciales.*

25. En el ámbito del Derecho procesal civil internacional español, la misma correlación podría entenderse, teniendo en cuenta la vocación universal del RRII, que busca que exista una coherencia entre el *fórum ius* de los instrumentos de DIPr europeo patrimonial.

Sin embargo, aquí se atiende a que los foros de CJI de producción interna de los EM responden a otros parámetros diferentes y no se incluyen en los instrumentos del DIPr europeo patrimonial. Tampoco está claro, por como está redactada la norma de conflicto bilateral europea, el art. 6 RRII, que pudiera siquiera aplicarse en clave de resultado con el actual art. 22 *quinquies* b LOPJ (unilateral/atributivo), ni tal como está redactado el mismo foro tras la reforma de 2015. La respuesta en principio tendría que ser negativa, mientras no se cuente con un foro de CJI que contenga el criterio de conexión más flexible (en obligaciones de tipo extracontractual), que coincida o pueda acercarse más a los puntos de conexión de la norma de conflicto actual (bilateral) europea (salvaguardando las diferencias que deben hacerse entre el ámbito de la CJI y la LA y en relación a las diferencias entre uno y otro instrumento, atendiendo al legislador que los ha confeccionado).

En la reforma que se hizo de los foros de CJI españoles, en el año 2015, el legislador español tampoco introdujo la posibilidad de añadir “o siendo el territorio español donde pudieren producirse”. Este aspecto hace dudar, teniendo en cuenta que el “criterio de los efectos” de forma literal, sí se encuentra en el foro de competencia territorial especial para la competencia desleal (art. 52.1ª.12ª LEC) si se permite la interposición de acciones de cesación, prohibición e inhibición transfronterizas (permitidas en la LCD española- art. 32), en materia de competencia desleal ante los tribunales españoles.

X

SOBRE LA DISCIPLINA COMO DERECHO PRIVADO INSTITUCIONAL Y SU COHERENCIA CON EL MODELO ESTABLECIDO EN LA NORMA DE CONFLICTO DEL REGLAMENTO ROMA II

26. Aunque la disciplina en la UE como Derecho de la leatad comercial se entiende como institución de Derecho privado institucional (a diferencia de lo que considera o parece considerar el legislador europeo desde el ámbito de LA, atendiendo al Considerando 21 del RRII que reconoce el Modelo Social), se defiende que debe existir una norma de conflicto bilateral que tenga un valor neutro y que no cuente con un doble nivel de aplicación que dinamite precisamente el objetivo de establecer una respuesta justa que otorgue seguridad jurídica.

La norma de conflicto bilateral pura con valores neutros y abstractos evita el *legeforismo* y otras técnicas que llevan al mismo como hacen las normas de

conflicto unilaterales (técnicas como el unilateralismo introverso) o las normas de extensión. Sobre todo, en materias que guardan intereses de política legislativa económica que pueden incluso ser consideradas como estrategias comerciales de los Estados para tutelar los intereses públicos de sus Mercados (medidas proteccionistas) y obviar el desarrollo de las libertades de circulación de forma *ad intra* y la liberalización del comercio internacional de forma *ad extra*. Mediante este tipo de norma de conflicto se valora, por tanto, el Derecho material de competencia desleal a la luz del verdadero “mercado afectado”, siendo el criterio territorial y objetivo que lleva a la solución más justa. Siempre y cuando no se llegue a limitar de forma espacial su aplicación; y, siempre y cuando se haga la delimitación de forma objetiva y no basada *a priori* en los valores materiales de ningún ordenamiento jurídico, evitando que, en el doble nivel de aplicación, se usen los resortes para no aplicar la ley del verdadero mercado afectado, dado que no ha establecido tampoco el criterio *de minimis* que, limita aún más la concreción de un mercado afectado. Aunque si se entiende que la disciplina es Derecho privado institucional, obviar estos valores es complicado, al menos en el segundo nivel de aplicación.

Se debe cuestionar entonces, si los problemas de interpretación que los jueces de los EM pueden tener, en cuanto a un “doble nivel” relativo a la delimitación espacial de las normas de competencia desleal. Los límites a la aplicación de valores materiales de otros ordenamientos jurídicos que puedan entrar en contradicción con el orden establecido en los ordenamientos jurídicos de la competencia desleal de los EM. Estos límites son el orden público (económico) y las leyes de policía así como también la prohibición del reenvío para evitar que la norma de conflicto nos remita al DIPr de competencia desleal de ese Estado en el cual su mercado ha sido afectado por la competencia desleal.

Conclusión final sobre el doble nivel. Con lo que, el legislador europeo, aunque permite la aplicación de cualquier ley del mundo, donde el mercado se haya podido ver afectado por la práctica comercial desleal, aún se esconden ciertos límites que de forma indirecta, pueden usarse para seguir tutelando los valores dados para salvaguardar el orden público del Mercado interior, considerablemente en prácticas comerciales desleales *B2C*. Por ende, no se puede entender que la norma de conflicto diseñada por el legislador europeo es una norma de conflicto bilateral “pura y totalmente directa”, sino que en cierta medida, al tener un doble nivel que pueden usar los tribunales de los EM, que más que facilitar la tarea de determinar el derecho aplicable en instituciones con este grado de hibridez, la complica, se debe reconsiderar en futuras revisiones. Siempre y cuando los valores materiales del ordenamiento del mercado afectado no atenten realmente contra el

orden público establecido en el mercado interior, donde sí cabe la atenuación del mismo, en caso de necesidad verdadera para salvaguardar valores supranacionales como la protección a los consumidores.

XI

SOBRE LOS PROBLEMAS DE APLICACIÓN DE LEY APLICABLE DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA DESLEAL

27. De otro lado, el legislador europeo aunque considera Derecho privado a la disciplina, establece de forma paradójica atendiendo a la trilogía de intereses o *Schuzzwecktrias* del Modelo Social y lo establecido en el Considerando 21, puntos de conexión diferentes en orden a diferenciar los diferentes intereses tutelados.

Otros problemas de aplicación de esta norma de conflicto surgen en supuestos donde más de un mercado llega a ser afectado (ilícitos multilaterales o mosaico). Este aspecto nace de la falta de establecimiento del criterio *de minimis*, que deja en manos de la norma material de competencia desleal, del ordenamiento jurídico.

En este particular, cuando el ilícito es multilateral o mosaico (especialmente en ilícitos de publicidad transfronteriza *B2C*), este aspecto se diferencia de cómo se redactó la norma de conflicto para infracciones privadas al ilícito *antitrust*, en el que sí se estableció el criterio *de minimis* de forma expresa, con lo que parece que en estos ilícitos según el legislador europeo, no existían problemas para aplicar más de una ley según mercados afectados, por ello, hay que dejarlo en manos de la ley material. No obstante, la práctica jurisprudencial muestra lo contrario.

Para solventar esta laguna se ha propuesto que se incluya un apartado específico en el apartado 1º del artículo 6º del RRII, al mismo estilo de la letra b del apartado 3º del artículo 6º presentar la demanda o ante la legislación del foro o ante la legislación del tribunal del mercado afectado como *loci damni*, siempre y cuando se hayan localizado de forma directa y sustancial los daños, en el primer nivel de aplicación, y habiendo establecido el criterio *de minimis*, también en el apartado 1º de forma expresa.

28. De otra parte, es necesaria la revisión del tratamiento que reciben las conductas comerciales híbridas *B2B* en los EM y en el Derecho europeo (que oscilan entre la consideración de ilícito concurrencial de tipo desleal e ilícito concurrencial *antitrust*-Conclusión V) por su falta de armonización material y por

los problemas que se analizan en el ámbito de su “categorización” en los EM. Este aspecto hizo establecer al legislador europeo considerar que estas conductas *B2B* tienen más cercanía con el objetivo de obligación de tipo extracontractual clásica (Derecho privado puro) que, con la tutela de los intereses públicos del Mercado. Sin embargo, en algunas conductas híbridas como el abuso de posición dominante en materia de precios predatorios se esté afectando claramente a la institución de la Competencia en general. Por ello, se cuestiona este aspecto problemático que también merece de una especial atención y cuidado a la hora de poder adoptar medidas de armonización material que incidan de forma posterior, en las respuestas del DIPr.

En los mismos ilícitos cabe también aplicarse, aunque no se desprende de forma explícita del art. 6.4 (sino todo lo contrario) el recurso a la autonomía conflictual y material en litigios transfronterizos de ilícitos concurrenciales desleales *B2B*. Pero, al aplicar la norma general para la generalidad de obligaciones de tipo extracontractual (*lex loci damni*), podría tener cabida, en cuanto también se aplica el recurso de los vínculos más estrechos, -que permite cierta discrecionalidad para corregir los problemas de los puntos de conexión anteriores como el de la residencia habitual común-, a diferencia de lo que sucede para los ilícitos concurrenciales desleales de tipo *B2C*.

29. Los límites en cuanto a su ámbito material que se relacionan con el ámbito espacial del punto anterior, también operan en un doble nivel, dados por el art. 27 del RRII (situaciones *ad intra*). Los problemas nacen de la incompatibilidad entre el criterio del mercado afectado y el establecimiento del “principio del país de origen” (mutuo reconocimiento). Aunque es cierto que el art. 27 sólo considera que si existen normas especiales de conflicto diferentes a las establecidas en el RRII (que se deben considerar “generales”), y el mutuo reconocimiento no es una norma de conflicto sino una técnica de armonización negativa, los problemas surgen igualmente, por la respuesta que ofrece la aplicación del mutuo reconocimiento, de estas Directivas como Derecho material aplicable al asunto.

La contradicción surge entre la ley del país de destino (mercado afectado) y la ley del país de origen (lugar del establecimiento del profesional / lealtad en las transacciones comerciales *vs.* protección de los consumidores) tal y como está redactada en el acervo comunitario de normas de lealtad comercial y relacionadas, que oscilan entre la armonización de mínimos y máximos (cláusulas de mercado interior y mutuo reconocimiento establecidas de forma poco

compatible) y que además, se presenta de forma diferente en cada una de estas Directivas que se aplican en litigios de competencia desleal transfronteriza (especialmente, la de Comercio electrónico y la Medios de Comunicación como la de Televisión por Cable para aspectos relativos a publicidad desleal).

30. Lo que sucede al final, es que no sólo se afecta a la respuesta establecida en la norma de conflicto, sino a la ley de cualquier Estado que no sea un EM (situaciones *ad extra* que el RRII en su art. 28 sólo establece como “compatibilidad con Convenios internacionales”-cláusula de descuelgue que no afecta a la materia); ley que tenga que ser de aplicación porque así nos ha dirigido la norma de conflicto del art. 6.1, sino que afecta también a estos valores neutrales, buscados por el legislador europeo, entendiendo que en otros Estados no existen disposiciones relativas al mutuo reconocimiento, y en defecto de una verdadera uniformización de valores materiales en el Comercio internacional.

Conclusión final: Se necesita atender al ámbito del Derecho derivado de la lealtad comercial y al tratamiento recibido en el Derecho originario. Reconocer la verdadera importancia de esta disciplina que con el Derecho *antitrust* tutela tanto la competencia como la economía de mercado, siendo pilares básicos del proceso de integración europeo. Guardando a la vez, sus valores de Derecho privado para evitar de nuevo el excesivo intervencionismo estatal en cuestiones de Mercado. La búsqueda de un equilibrio y un reconocimiento que podría mejorar el estado actual de la protección contra la competencia desleal para mantener la lealtad en las transacciones comerciales, al menos, en el mercado interior europeo.

FINAL REMARKS

I

REGARDING THE “HARD CORE” OF THE LAW OF UNFAIR COMPETITION AS “INSTITUCIONAL PRIVATE LAW”

1. In order to understand the change of paradigm of the Unfair competition law of the Social Model, one has to depart from certain aspects of economic policy, aspects where is enshrined the protection of the Market. Market, competition, and behaviours in the market are interrelated and, in a certain degree, they remain in a situation of dependence. Such as the concept of market as to the concept of competition are wide economic concepts and at the same time, concepts that escape from the legal definitions.

Moreover, if one assume the relevance of the Unfair competition law for the the good functioning of the economy Markets as a necessary condition to repress and fight against unfair commercial practices. Unfair competition law belongs nowadays to the Market law regardless the legal level wherein is regulated: supranational, interregional or domestic level. In addition to this function of protection, these rules also protects other implicit aspects, the protection of the production of goods and services, the growth and expansion of the investments in technology and development, and the promotion of consumerism in economy markets being a fundamental right set out at the Constitutions.

2. Markets need regulation given by the antitrust and unfair competition law at the same time, even if the markets have the tendency to escape from this regulation, regardless the nature of the participant in the Market, public or private.

Its current legislative evolution and development shows us, that it is more related to a body of law in charge of the correction of the market failures and not only as a body of law which restrains certain kind of commercial behaviours of the private operators and that it could be considered the *law of the market behaviours*, which protects the level playing field, the competition on the merits and the economy markets. As a matter of fact, terminology changes depending on the configuration of the act of unfair competition or commercial practice categorized. In any event, the goal of these rules is

always market oriented, *i.e.*: no matter how form is dressing the unfair competition, its goal is always the protection of the good functioning of the market and the commerce. Therefore, there is no specific definition to categorize this legal discipline as the past efforts show us. Suffice it to say that these attempts are roughly difficult. Moreover, instead of putting the efforts in the construction of an autonomous concept, the use of general clauses such as the Article 10*bis* PC is (prohibitive general clause), it is one of the best solutions to fight the unfair competition and for adapting its changeable legal nature in flexible instruments.

3. Most of these complexities of the unfair competition law are the consequence of several factors.

One of the aspects related to this complexity is the overlapping with many different legal bodies of law, namely at the international level and the domestic level, even the rules of fairness in commercial transactions and unfair competition have their own autonomy. The matter is to give a fair solution in the overlappings with regard of the function of every body of law. For instance, the most delicate overlapping is with the protection of the IP rights as important values for the growth of the I+D in the economy market and its development or the protection of consumers as a key of the competitive process.

4. Nevertheless, the overlapping are not the real yardstick. Sometimes, the main problem and pitfall lies down, not in the overlapping but in the demarcation of the function and goal of every rule which is not enough clarified in the laws. Whereas unfair competition law is a wide field of law and covers several aspects of the Market, it has been codified in a general body of law with a certain goal. Suffice it to say, for instance the last legislative proposal made it by the European law-makers, such as the protection against the trade secrets; tobacco advertising; food supplying, consumer contractual law, and so on. This is leading into a serious dispersion and it would must be correct it, insofar the normative of unfair competition have to prevent the bad functioning of the internal market.

5. Every single dimension of the unfair competition law have special features depending on the principles that are ruling on this level. As a consequence, there must be a different approach in order to enhance its current diversity in the treatment (private and Institutional private law). Nevertheless,

the distinction between public and private makes no sense nowadays, namely, at the International Trade level, one should differentiate the principles which are ruling in every dimension attending the needs of every level of regulation.

6. Taking into account all these remarks, unfair competition could be considered, -in the light of its current changes-, as follows: *Unfair competition could be understood as every single commercial conduct/behaviours carried out by any participant of the market by means of any illegal method (regardless its nature: public or private) that in the course of its production is susceptible of being a threat and distorts the stability of the good functioning of the market jeopardizing at the same time the trilogy of interests of the participants of the market including the interests of third parties with genuine interests in these relationships as well.*

II

REGARDING THE CONFIGURATION OF THE LAW OF UNFAIR COMPETITION AT THE INTERNATIONAL TRADE AND INTERNACIONAL ECONOMIC LAW

7. Free trade and the expansion of the commerce by means of its institutionalization are a consequence of the globalization process, the fall of custom barriers for the free trade and other administrative obstacles in the International free trade as much as and the worldwide vocation of the Markets (on the contrary of the national vocation of the Competition policies wherein unfair competition law is located.)

At the International Trade law, there is an essential relationship between the control of unfair trade including offensive and defensive unfairness and the establishment of Competition principles. Nonetheless, until we do not testify a real global market and Competition policies do not focus only in national aspects to protect the markets as a local territory, this control of the unfair competition does not have expectations of being a confirmed body of law, taking into account, among other economic reason, the current multilateralism system crisis we are testifying, not only of the WTO system but also of other commercial systems.

One of the solutions that it was proposed by many authors to protect the multilateral commercial system is the establishment of more cooperation mechanisms and the improvement of the former mechanisms aimed at the idea of being a source of legal certainty at this level of regulation.

Other solution it was given by the DIAC drafters, namely by FIKENSTCHER. This solution departs from the consideration of a kind of a “World Competition Code” that encompasses both *antitrust* (restrictive practices) and public unfair trade aspects, and respects at the same time, their differences.

As well, principles of the WTO such as the Trade Without Discrimination, which includes the MFN (Most Favored Nation and the National Treatment) so as to deter any commercial discrimination, -understood as unfair trade-, are principles emanated of the International Economic Law and must not be mixed with the private principles which rules the unfair competition law as Private law.

These principles were drafted in a more technical way than the rules against unfair competition in a private law level, namely in the International Business law level. This is due to these principles are in line with commercial policy aspects and not with ethical values or professional ethical codes of conduct of each legal order.

Concerning the treatment of unfair competition in the TRIPS, there are many questions that remain open yet. WTO lawmaker should make an effort to clarify the treatment of unfair competition law as Private law (Professional Model and not Social Model) in the TRIPS, apart from the protection concerning to the GI’s and trade secrets (know how). Likewise, it could be considered as well in the TRIPS, the Institutional Private Law nature of the unfair competition, taking into account that by means of the protection of IP Rights, legislators nowadays also protects the trade and the economic interests of the market participants. Nevertheless, there is no enough WTO case law regarding the problems that stem from the lack of a proper treatment of the discipline in the TRIPS. As a consequence of the above mentioned, we continue testifying a loophole concerning the uncertain position unfair competition in the TRIPS and to protect the international trade against any distortion and not only to protect certain IP rights.

III

REGARDING THE TREATMENT OF LAW OF UNFAIR COMPETITION AT THE INTERNACIONAL BUSINESS LAW

8. From the Private legal dimension, in International Business Law, the rules of unfair competition are divergent and vary along the legal instruments

we have at hand hitherto. The majority of these rules are still based on the Professional Model of the discipline (and do not recognize the discipline as Institutional private law), *i.e.*: only bestow protection of the competitors such as owners of intellectual property rights.

The main goal of such a regulation against unfair trade, as we brought into contention in the former remarks, is the protection as the IP rights at the international trade against piracy and imitation of products in the system of importation and exportation (GATT-WTO system) taking into account the IP rights as commercial values and assests for the development of the economy markets and not only private property.

9. Article 10 *bis* PC, -and, in a certain way, Article 10 *ter* PC,- is still being the only mechanism that serve as a guide in the International Business Law of the unfair competition. Concerning this Article one can reach the following remarks:

First and foremost, despite that Article 10 *bis* PC was drafted according to the goals of the professional model of the unfair competition, it has shown many times that its true open texture can be applied also for the protection of the other Market participants and to protect the Market in general.

Secondly, Article 10 *bis* is the evidence that we can reach a global or general consensus, a new one, if it were required. The real success of its legislative technique was the convergence between the two main legal traditions: continental and common law aspects in unfair competition.

Thirdly, what is more troubling is the uncertain position in the TRIPS. The only reference, in a general sense, against unfair competition is included in the Article 2 paragraph 1 of the abovementioned legal instrument.

First, it must be set out if there is protection against unfair competition regardless if there exists an IP right or not. Second, it makes no sense that considering Article 10 *bis* PC is a self-executing Article, the *Paris Plus Effect* of the TRIPS that gives more protection to the infringement of IP rights taking into account the supremacy of the TRIPS above the other WIPO treaties.

IV

REGARDING THE EFFECTIVENESS OF THE SELF-REGULATION MECHANISMS (*Soft law* and *Lex Mercatoria*) AGAINST UNFAIR COMPETITION

10. Concerning the function of self-regulation rules in the fight against the unfair competition, one has to depart from the treatment of the legal nature of these instruments as *soft law*. The most relevant aspect of these instruments is that they are being utilized as a deterrence tool in doing unfair competition. In the lack of uniform rules and accurate remedies of unfair competition, these *soft law* rules are drafted by professional organizations to give fast solutions. Nonetheless, the problem of this regulation is a lack of legal certainty if lawmakers do not set up legal support in their legislations..

That is, such as the European lawmaker drafted in the UCPD establishing that an infraction of a Code of Conduct or any other self regulation mechanisms is a *B2C unfair commercial practices*, in order to give more effectiveness and at the same time do not limit the private autonomy of the private operators in the competitive process, it is required a balance between public and private interests, if the lawmakers want to enhance the effectiveness of these private mechanisms of control and deterrence tools. In such a context, and up to a certain point, the UCPD is an example of this endorsement to self regulation and the balance with the private autonomy.

Likewise, it should bore in mind the relevance of the other *soft law* mechanisms, such as the Social Corporate Responsibility in the compliance of International and Fundamental Standards that emanates from the WTO-GATT. However, in the same vein of the above, there must be a balance between its private and public control, respecting the private autonomy of the private operators.

V

REGARDING THE IMPLEMENTATION OF THE LAW OF COMMERCIAL FAIRNESS AT THE EUROPEAN UNION LAW IN PRIMARY AND SECONDARY LAW

11. Configuration of the Unfair competition law as the “law of commercial fairness” in the European Union Law and the internal market is also problematic. Its harmonization problems in the Secondary law, basically, are the consequence of the lack and proper treatment in the Primary law of the

internal market. Moreover, the treatment is not clear at all, taking into account that in some legal European texts, unfair competition is considered as Private law and, in other legal texts is considered as Institutional Private Law.

12. What it is almost universally recognized is that, there is a command of the European lawmaker to promote in all the MS a system of free and fair competition. The misunderstood “loophole” in the reading of the Art. 3 lit. g TEU, and Protocol n° 27 TFEU is the real problem considering that there is only one goal: protecting the workable competition and not the fair and free competition in the economy market of the internal market. For the purpose of achieving a complete and coherent harmonization of unfair competition law and not only of European *antitrust* law in the internal market, it must be reconisced, its Social Model from the Treaties, and its relationship with Consumer law and Antitrust Law.

At the other side of the spectrum, ECJ case law related to free movement of goods and services also stressed out the relevance of the discipline for maintaining the integration process in the internal market, as well as for the european integration process. As an evidence, the including of “mutual recognition” principle in the Directives of the areas related to the fairness of commercial transactions which are not complete harmonized in the Secondary law is enough to understand that many differences can be a source of problems.

On the other hand, it is also required pay attention to the regulation of certain hybrids acts of unfair competition, that cohabit divided into the unfair and antitrust law (*B2B* commercial practices). These problems arise out of the warts of this lack of consideration in the Treaties and it was transferred to the Art. 3 par. 2 and 3 of the Regulation 1/2003. This Regulation has established a domestic treatment of the hybrid B2B commercial practices and also in Contractual law aspects. This was one of the source of conflicts in the harmonization process of the unfair competition in the internal market that is still being open. It needs a review by the European lawmaker, due to there are many questions without answer such as the proper regulation of the B2B unfair trade practices that were excluded of the material scope of the UCPD.

VI

**REGARDING THE HARMONIZATION OF THE LAW OF
COMMERCIAL FAIRNESS IN THE SECONDARY LAW: THE
ARTIFICIAL DIVISION OF THE “TRILOGY OF PROTECTED
INTERESTS” (*SCHUZZWECKTRIAS*)**

13. There is no European unfair competition law such as and national laws are still not harmonized at all according to the former remark (V). Furthermore, the artificial division of the trilogy of protected interests according to the consumer policies and commercial policies of the European Union are the real cause to the current fragmentation that is observed in the regulation of commercial fairness in the internal market. Division which left behind the harmonization of the B2B unfair trade practices.

Nevertheless, it catches the attention that this artificial division is not considered in every single body of law which contains aspects related to the commercial fairness; being the harmonization process of the fairness in commercial transactions one of the most scattered harmonization of the internal market. As an example, Directive of misleading and comparative advertising. Hence, the fairness in the commercial transactions of this Scenario is in need of a rescue for the sake of the good functioning of the Internal market.

Also, there is inconsistency if we take a look in the harmonization process considering the legislative technic chosen by the European law market insofar harmonization process is “sailing” between the maximum harmonization (UCPD-internal market clause) and the minimum harmonization (mutual recognition principle). This aspect, indeed, adds more complexity, more than the overlapping of the discipline with many other bodies of law.

Among the solutions proposed by the Academia, one of them considers the proposal of reshaping of the UCPD including in its reading the next text (broaden its material scope): “The purpose of this Directive is to contribute to the protection of the internal market and achieve a high level of consumer protection by approximating the laws, regulations and administrative provisions of the Member States on unfair commercial practices harming consumers’ economic interest *and harming professional/competitors interests.*”

VII

REGARDING THE PRIVATE INTERNATIONAL LAW OF UNFAIR COMPETITION AS INSTITUTIONAL PRIVATE LAW

14. PIL of the Unfair competition is still addressed as a single tort but not as a Market or business tort of Institutional Private law (belonging to Economic torts such as the *common law* has recognized these kind of torts). Despite that, its treatment in domestic legislations, as Private Institutional law and not as Private law, is notorious and has shifted since the XX century. Majority of the legislations give an acknowledged of its Social Model and have abandoned the Professional Model time ago.

One of the evidence to accept that Unfair competition is not a single tort but it is a Market tort can be found in the goal of the remedies bestowed against unfair commercial practices. These remedies rather than only seek compensation for the victims of the damage provoked for the unfair commercial practice and the defendant's fault, are also seeking for the reestablishment of the good functioning of the economy market.

15. European PIL of Unfair competition highlights problems that comes from the Primary and Secondary law of commercial fairness. In the absence of an European concept of unfair competition, process of characterization, in order to apply the European legal instruments as first step, -namely the Brussels I *bis* Regulation (Lugano Convention 2007)-, is more complex. Specifically, when the unfair commercial practice committed is considered as non contractual liability and contractual liability depending on the country.

16. Some Scholars have considered that one of the solutions to the general problems of characterization (in Jurisdiction and when we are applying the Brussels I *bis* Regulation), is the application to the General Principles of Law, *i.e.*: *accessorium sequitur principale*. General Principles of Law of EU Law that also operates in the absence of a real and complete harmonization for the extra-contractual obligations (*European Group of Torts*) and, for contractual obligations (*Lando Commission-Working group*) in the internal market. Subjects topics that are also extremely complex to harmonizes

because encompasses legal traditions of the MS and policy aspects that European lawmaker have to respect.

In second place, it was also proposed a non restrictive interpretation of the concept of non contractual liability before the concept of contractual liability in the Brussels I *bis* Regulation.

In third place, there is a specific solution. The possibility of including in a specific fora, a proper connection which underpins the connection between contractual and non contractual liability when the infraction has an hybrid characterization, such it can be in certain unfair commercial practices emanated from contractual breaches (that is: *contort* of breach of Statutory duties and impeding competitors and boycotts) is another suggested solution.

17. Concerning the absence of a common or European concept of unfair competition and in spite of a non comprehensive harmonization, the current solution is still applying the Art. 10 *bis* PC, the WIPO Provisions on Unfair competition and the UCPD and Misleading and Comparative Advertising Directive. These bodies of law do not contain any definition, nevertheless are giving us common principles and common criteria (lists of acts of common unfair commercial practices) in order to have a certain uniformation in the application of the European PIL instruments to cross border litigation of unfair competition claims.

As alternative the creation of common Standards for unfair competition would be a good solution, that respects the changeable nature of this discipline and at the same time, that gives legal certainty.

VIII

REGARDING THE ASPECTS OF INTERNATIONAL JURISDICTION AND CROSS BORDER LITIGATION IN THE EU

18. International procedural problems are arising out for the bad precedents regarding the lack of implementation of the “market-affected rule” (*Marketplace rule*) as the classical criterion for Unfair competition PIL. This connecting factor was stressed out by the Academia and some International organizations long since: the “marked affected rule” (*Markettortprinzip/le marché affecté/el mercado afectado*) and apart from the eventual application of the “effects criteria” to cases of multistate torts of cross border Unfair competition and Internet torts.

19. Apart from that idea, it is noteworthy that the establishment of this criteria is required insofar the unfair competition does not follow the ubiquity

principle, according to its territorial nature with the implementation of the *minimum contacts*. In doing so, many jurisdiction phenomena in the application of the non contractual liability fora (Special jurisdiction) such as *bad forum shopping* and *forum actoris (favor laesi)* would be reduced and with that, procedural strategies carried out by the parties looking for the place of suing more suitable for their interests would be forewarned, as well.

Thus, this appropriate and specific connecting factor is needed in order to allocate the proper Court in cross border litigation in unfair competition matters. This idea is being highly stressed out by many Scholars. On the other hand, lack of a proper connecting factor in the rules of Jurisdiction increase the problems to allocate the proper Court, the Court which is more connected to the facts by means of the proximity principle. At the same time, when an infringements of IP rights and unfair competition acts collide in the same case (being these claims usuals), the lack of a specific connection factor increase the legal uncertainty in the International litigation and this is another reason to give support to this specific criteria.

Likewise, the lack of clarity in a proper distinction of the unfair competition as a Market tort and the possibility of considering the unfair competition as a problem of contractual liability; problems of characterization of the act of unfair competition (in jurisdiction and applicable law issues) as a tort vs. the act of unfair competition as contractual liability (e.g.: when the act of unfair competition stems from a breach of the duty of non competition clause and / or confidentiality in contracts such as a distributive contracts, agency contracts, know how licencies, among other kind of contracts).

20. The reading of the *Markedplace Rule/Markettortprinzip criterion* in a specific fora would be as follows:

-in matters relating to unfair competition, in the court for the place where the marked is affected o where the marked likely to be affected taking into account that this place is where the collective interest of the consumers and where competitive relations are.

-When the Market is, or is likely to be, affected in more than one country, in the Courts where the damage is directly and substantially affected the Market.

For unfair commercial practices committed by the Internet is also proposed the use of the *stream of commerce* and focalization criteria because

according to the CJEU is the proper criterion in Internet torts, namely in IP rights (infringement of trademarks) and unfair competition.

IX

REGARDING THE ASPECTS OF APPLICABLE LAW AND THE COHERENCE *FORUM-IUS* IN THE EUROPEAN PIL OF UNFAIR COMPETITION (BRUSSELS I *bis* REGULATION-ROME II REGULATION)

22. First and foremost, in applicable law or choice of law matters one should bear in mind that in European PIL, there is an effort on behalf of the European lawmaker to give coherence to the integration process. In doing so, European lawmaker must introduce bilateral conflict of law rules with neutral grounds, avoiding in Private law subjects policy aspects, that precisely can contaminate the European integration process.

The “Better Law Approach” in European bilateral conflict of law rules is not the proper approach. Nevertheless, there are many subjects including unfair competition (as Institutional private law) that implies in one way or another, “public policy” aspects which are operating in a double level of implementation (by means of a *double-side rule*) and determination of the applicable law chosen by the European conflict of law rule. In the case of unfair competition and in line with its function, one cannot deny that there are public interests behind the establishment of unfair competition laws: Economic public policy of the internal market.

23. Even European lawmaker took into account the function and trilogy of protected interests (*Schuzzwecktrias*) and includes also the *Market affected principle*, in the specific conflict of law rule of unfair competition setting up a special conflict of law rule divided in two paragraphs with regard of the interests protected trilogy, there are still many problems of interpretation and in the implementation of the same rule.

Territorial limits given by the European lawmaker in the operation of determinate the material law of unfair competition are operating concealing these policy economic values of the Internal Market. As a matter of fact, when the rule was drafted, European lawmaker took into account in somehow its hybrid legal nature. If one read carefully the Whereas 21 of the Rome II Regulation, it is also remarkable that this conflict of law rule in Unfair competition cross border litigation is straightforwardly recognizing the Social

Model of the discipline, and as a consequence, is nature as Institutional Private Law. This conflict of law rule has many other problems in its implementation.

According to the *status quo* of the discipline in the European Secondary Law, and the Directives related to the discipline (UCPD, E-commerce Directive, and Media and Audio visual Directive, etc), there are warts such as the collision with the aim of the conflict of law rule of the Article 6 RRII and the country of origin principle of these Directives.

One of the most relevant problems in the implementation of the conflict of law rule is the appearance of one than more market affected or likely to be affected (in case of *relief injunctions*) in mosaic torts (multistate torts) by the unfair competition act or unfair commercial practice, related to the problems insofar connecting factor to multistate torts (*i.e.*: problems of the Mosaic Theory but in Applicable law). To avoid these problems is also proposed the same wording that it was drafted for the antitrust private claims in the Art. 6 paragraph 3, lit. 1, including the “*minimis criterion*” in a first level of implementation.

Opinions differ widely so far, between the application of the *lex loci delicti commissi* and *the lex loci damni*. In this regard, *lex loci damni* is has been considered as a “friendly-plaintiff choice of law” provoking a *favor laesi* in B2B unfair practices. Nonetheless, these B2B acts do not follow the Article 6.1 RRII, but follow the general rule of the Article 4 RRII, therefore is a proper solution for these unfair practices wherein there is no damage to the Market, but the private interests, and perhaps this solution being the proper for the B2B unfair trade practices must still applied.

Final Remark: Unfair competition law and the law of the fairness in commercial transactions in the Internal market has a relevance function concerning the evolution of the European integration process. A proper acknowledged of the discipline in the internal market which protects the economy markets and the free movements as as Private Institutional Law is required in order to enhance its *status quo*. All in all, it is needed that its private aspects are still being balanced with the public aspects to avoid an excessive interventionism and balancing the interests which are at stake in the Market.

BIBLIOGRAFÍA:

I. OBRAS DE CARÁCTER GENERAL Y MONOGRAFÍAS:

- ABARCA JUNCO, P., *et al.*: *Manual de Derecho internacional privado*, Madrid, UNED, 2013.
- ABA: *Business Torts and Unfair Competition Handbook*, 2ªed., Chicago, American Bar Association Publishing, 2006.
- ALEMANNO, A.: *Trade in food: Regulatory and Judicial Approaches in the EC and the WTO*, London, Cameron May Ltd, 2007.
- ALLART, H.: *Traité théorique & pratique de la Concurrence déloyale*, Paris, Arthur Rousseau, 1892.
- ARAGÓN REYES, M.: *Libertades económicas y Estado social*, MacGraw Hill, 1995
- ARENAS GARCÍA, R. : “El Derecho internacional privado (DIPr) en la era de la globalización: La vuelta a los orígenes”, *Cursos de Derecho internacional y Relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2008, pp. 19-94.
- BACHARACH DE VALERA, S.: *La acción de cesación para la represión de la competencia desleal*, Madrid, Tecnos, 1993.
- BALGANESH, S. *et al.*, *Intellectual Property and the Common Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.
- BALLESTEROS ROMÁN, A.J.: *Comercio exterior: Teoría y práctica*, 2ª ed., Murcia, Universidad de Murcia, 1998.
- BASEDOW, J.:
- “Souveraineté territoriale et globalisation des marchés: le domaine d’applications des lois contre les restrictions de la concurrence”, *Rec. des C.*, t. 264, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 1997/1998, pp. 9-178.
- “The law of Open Societies; private ordering and public regulation of International Relations”, *Rec. des C.*, vol. 360, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2013, pp. 9-516.
- BASEDOW, J./DREXL, J./ KUR, A./ METZGER, A. (eds.): *Intellectual Property in the Conflict of Laws*, MPI für ausländisches und internationales Privatrecht, vol. 44, Tübingen, Mohr Siebeck, 2005.
- BASEDOW, J./ KONO T.(eds.): *An Economic Analysis of Private International Law*, Max Planck Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, nº46, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006.
- BASEDOW, J./FRANCQ, S./IDOT, L.: *International Antitrust Litigation*, Oxford/Portland, Hart Publishing, 2012.
- BASEDOW, J./HOPT, K. J./ ZIMMERMANN R./STIER A. (eds.): *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- BAQUERO CRUZ, J.: *Entre Competencia y Libre Circulación. El Derecho Constitucional Europeo de la Comunidad Europea*, Madrid, Civitas, 2002.
- BARIATTI, S.: *Cases and Materials on EU Private International Law*, Oxford/Portland/Oregon, Hart Publishing, 2011.
- BARONA VILAR, S.:

Competencia desleal: Tutela jurisdiccional (especialmente proceso civil y extra-jurisdiccional) Doctrina, legislación y jurisprudencia, t.I y t.II, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2008.
Tutela civil y penal de la publicidad, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

-BAYLÓS CORROZA, H.: *Tratado de Derecho industrial (propiedad industrial, propiedad intelectual, derecho de la competencia económica y disciplina de la competencia desleal)*, Madrid, Civitas, 2009.

-BAUERMANN, T.: *Der Anknüpfungsgegenstand im europäischen Internationalen Lauterkeitsrecht*, Max Planck Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015.

-BEATER, A.: *Unlauterer Wettbewerb; Unlauterer Wettbewerb aus verschiedenen Perspektiven*, - Tübingen, Mohr Siebeck, 2011.

-BELLIDO PENADÉS, R.:

La tutela frente a la competencia desleal en el proceso civil, Granada, Comares, 1998.

El proceso civil sobre competencia desleal y propiedad industrial (aproximación a la incidencia de la LEC 2000 y de Marcas de 2001), Madrid, Civitas, 2002.

-BENEYTO PÉREZ, J.M. (dir.)/MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, J. (coord.): *El nuevo Derecho comunitario y español de la Competencia: Descentralización, análisis económico y cooperación internacional*, Barcelona, Bosch, 2002.

-BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.:

Comentarios a la ley de competencia desleal, Madrid, Aranzadi 2011.

Apuntes de Derecho mercantil, Derecho de la competencia y Propiedad industrial, 13ªed., Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2012.

-BERNITZ, B.: *An Introduction to Swedish Law*, The Netherlands, Springer, 1981.

-BERGSTRÖM, M./ IACOVIDES, M./STRAND, HARMONISING M.: *EU Competition Litigation: The New Directive and Beyond, Swedish Studies in European Law* (vol. 8), Oxford/Portland/Oregon, Hart Publishing, 2016.

-BEVIGLIA ZAMPETI, A.: *Fairness in the World Economy. US Perspectives on International Trade Relations*, Northampton/Chentelham, Edwar Elgar, 2006.

-BHAGWATI, J.:

The World Trading System and Risk, New Jersey, Princeton University Press, 1990.

In defence of Globalization, Oxford, Oxford University Press, 2004.

-BROSETA ABOGADOS: *Memento Dossier: Competencia desleal*, Madrid, Francis Lefebvre, 2011.

-BODENHAUSEN, G. H. C.: *Guía para la aplicación del Convenio de París para la protección de la propiedad industrial, revisado en Estocolmo en 1967*, Ginebra, BIRPI, 1969.

-BOELE-WOELKI, K./ EINHORN, GIRSBERGER D./ SYMEONIDES, S.C. (eds), *Convergence and Divergence in Private International Law. Liber Amicorum*, Eleven International publishing, 2010.

-BOELE-WOELKI K./ KESSEDJIAN C. (eds.), *Internet, Which Court Decides? Quel tribunal décide? Quel droit s'applique?*, vol. 5, La Haya/Londres/Boston, Kluwer Law International (Law and Electronic Commerce), 1999.

-BOURGÉS, L.A. (Coord.): *UE: Sociología y Derechos alimentarios: Estudios Jurídicos en Honor de Luis González Vaqué*, 1ªed., Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters- Aranzadi, 2013.

-BOGDAN, M.: *Expropriation in Private International Law*, Lund, Studentlitteratur, 1975.

- BOUREL, P. : “Du rattachement de quelques délits spéciaux en Droit international privé”, *R. Des C.*, Leiden/Boston, Nijhoff Publishers, vol. 220, 1990, pp. 261-398.
- BRÖMMELMEYER, C.: *Internetwettbewerbsrecht: das recht der Ubiquität, das Recht der Domain, Geistiges Eigentum und Wettbewerbsrecht*, vol. 8, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007
- BUCHER, A.: “La dimension sociale du droit international privé”, *R. des C.*, Leiden/Boston, Brill, vol. 341, 2010, pp. 27-544.
- BUERGHENTAL, T.: “Self-executing and Non Self-executing Treaties in National and International law”, *R. des C.*, vol. 235, Leiden/Boston, Nijhoff, 1992, pp. 313-398.
- CALVO CARAVACA, A. L. /CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.:
Derecho Internacional Privado, vol. I y vol.II, 16ªed., 2016
Mercado único y libre competencia en la Unión Europea, Madrid, Colex, 2003.
- CALVO CARAVACA, A. L. /BLANCO MORALES LIMONES (eds.), *Derecho europeo de la competencia*, Madrid, Colex, 2000
- CALVO CARAVACA, A.L. / FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.: *Derecho mercantil internacional: estudios sobre Derecho comunitario y del comercio internacional*, Madrid, Tecnos, 1995
- CALLMANN, R.: *The law of Unfair competition and Monopolies*, vol. 1, Illinois, Callaghan & Co., 1990.
- CAMPBELL, D./ROHWER, C.: *Legal Aspects of International Business Transactions*, vol. II, Amsterdam/New York/ Oxford, Elsevier Science Publishers B. V., 1984.
- CARREAU, D./JUILLARD, P.: *Droit international économique*, Paris, Dalloz, 2005.
- CARTY, H.: *An Analysis of the Economic Torts*, 2ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2010.
- CASTELLUCCIO, S.: *Le prince et le marchand: le commerce de luxe chez les marchands merciers parisiens pendant le règne de Louis XIV*, Paris, Centre André Chastel (Université Paris-Sorbonne), Kronos SPM, 2014.
- CASTELLANOS RUIZ, E.: “El concepto de actividad profesional “dirigida” al Estado miembro del consumidor: *stream of commerce*”, *CDT*, octubre 2012, vol. 4, nº2, pp. 70-93
- CHIRITA, A.D.: *The German and Romanian abuse of market dominance in the light of Article 102 TFEU*, Baden-Baden, Nomos, 2011.
- CSERES, K. J.: *Competition law and consumer protection*, The Hague, Kluwer Law Internacional, 2005.
- CORDERO ALVÁREZ, C. I.: *Litigios internacionales sobre difamación y derechos de la personalidad*, Colección Monografías de Derecho Civil (I. Persona y familia), vol. 18, Madrid, Dykinson, 2015.
- COTEANU, C.: *Cyber consumer law and unfair trading practices*, Lancaster, Routledge, 2005.
- COTTIER, T./PAUWELYN, J./ BÜRGI BONANOMI E. (eds.): *Human Rights and International Trade*, Oxford, Oxford University Press, 2005.
- DANOV, M.: *Jurisdiction and Judgments in Relation to EU Competition Law Claims*, Oxford/Portland/Oregon, Hart Publishing, 2011.

- DANOV, M./BECKER, F./BEAUMONT P.: *Cross-border EU Competition Law Actions*, Oxford, Hart Publishing, 2013.
- DAY WALLACE, C.: *The Multinational Enterprise and Legal Control: Host State Sovereignty in a Era of Economic Globalization*, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 2002.
- DE BOER, T.: *Beyond lex loci delicti. Conflicts methodology and multistate torts in American case law*, Deventer, Kluwer, 1987.
- DETHLOFF, N.: *Europäisierung des Wettbewerbsrechts. Einfluss des europäischen Rechts auf das Sach- und Kollisionsrecht des unlauteren Wettbewerbs*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2001.
- DESANTES REAL, M.: *La competencia judicial en la Comunidad Europea*, Barcelona, Bosch, 1986.
- DE BOER, TH. M.: *Beyond lex loci delicti (Conflicts methodology and multistate torts in American Case Law)*, Norwell, Kluwer, 1985.
- DE MIGUEL ASENSIO, P.A.:
Contratos internacionales sobre propiedad industrial, Civitas- Estudios de Derecho Mercantil, Madrid, 1995.
 “La protección transfronteriza de los bienes inmateriales en el comercio internacional”, *Cursos de Derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2008, pp. 365-446.
Derecho privado de Internet, 4ª ed., Madrid, Civitas, (Thomson-Reuters), 2011.
- DE VREY, R. W.: *Towards a European Unfair competition law: a clash between legal families*, Intellectual Property Law Library, vol. 1, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006.
- DE WERRA, J. (ed.)/ PIRES DE CARVALHO, N./UBERTAZZI, B., et al.: *Défis du droit de la concurrence déloyale (Challenges of Unfair Competition Law)*, Génova, Schulthess (Éditions Romandes), 2014.
- DIAZ, C.: *La protección de la marca registrada en España. Passing off y Marca no registrada, ¿es posible armonizar?*, vol. 97, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2014.
- DICKINSON, A.: *The Rome II Regulation: The law applicable to non-contractual obligations*, Oxford, Oxford University Press, 2008
- DICKINSON, A./LEIN E. (eds.): *The Brussels I Regulation Recast*, Oxford, Oxford University Press, 2015.
- DILLON, S.: *International Trade and Economic Law and the European Union*, Oxford/Portland, Hart Publishing, 2002.
- DREXL, J. (ed.): *Technology and Competition (Technologie et concurrence): Contributions in honour of Hanns Ullrich (Mélanges en l'honneur de Hanns Ullrich)*, Bruselas, Larcier, 2009.
- DREXL, J./KUR.A., (eds.): *Intellectual Property and Private International Law, IIC Studies in Industrial Property and Copyright law*, vol, 24, pp.177-199, 2004.
- DORANDEU, N.: *Le dommage concurrentiel*, Perpignan, OpenEdition Books, 2014.
- DORNIS, T.W.: *Trademark and Unfair Competition Conflicts-Historical-Comparative, Doctrinal and Economic perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017.
- DROZ, G.: “Régards sur le droit international privé comparé”, *Rec. Des C.*, The Netherlands, Martinus Nijhoff, vol. IV, t. 229, 1992, pp. 13-424.

- DYER, A.: “Unfair Competition in Private International Law”, *R. des C.*, t. IV, The Netherlands, Martinus Nijhoff Publishers, vol. 211, 1988, pp. 381-443.
- DUIVENVOORDE, B.B.: *The Consumer Benchmarks in the Unfair Commercial Practices Directive*, Studies in European Economic Law and Regulation, vol. 5, Munich, Springer, 2015.
- DUROVIK, M. : *European Law on Unfair Commercial Practices and Contract Law*, Oxford/Portland, Hart Publishing, 2016.
- EGELUND OLSEN, B./STEINICKE, M./EGNSIG SORENSEN, K.: *WTO LAW: From a European Perspective*, Amsterdam, Wolters Kluwer (*Law and Business*), 2012.
- EMILIOU, N./O’KEEFFE, D. (eds.): *The European Union And World Trade Law: After the GATT Uruguay Round*, New York, Wiley, 1996.
- EMMERICH, V.: *Das Recht des unlauteren Wettbewerbs*, Munich, Beck, 1982.
- EMPARANZA SOBEJANO, A.: *El boicot como acto de competencia desleal contrario a la libre competencia*, Madrid, Civitas, 2000.
- ESTEBAN DE LA ROSA, E.: *La protección de los consumidores en el mercado interior europeo*, Granada, Comares (Estudios de Derecho privado europeo), 2003.
- ESTEBAN DE LA ROSA, G.: *Comercio internacional compensado (Normas y estrategias comerciales)*, Barcelona, Atelier Libros jurídicos, 2005.
- ESPINAR VICENTE, J.M.:
Derecho procesal civil internacional, Madrid, La Ley (Guías de Estudio), 1988.
Tratado elemental de Derecho internacional privado, Alcalá de Henares, Publicaciones de la Universidad de Alcalá de Henares, 2008.
- ESPLUGUES MOTA, C./IGLESIAS BUHIGUES, J.L./PALAO MORENO, G.: *Derecho internacional privado*, 9ªed., Valencia, Tirant Lo Blanch, 2015.
- EZQUERRA UBERO, J.J.: *La jurisprudencia “Cassis-Keck” y la libre circulación de mercancías: estudio de Derecho internacional privado y Derecho comunitario*, Madrid, Barcelona, Marcial Pons, 2006.
- FAWCETT, J. J./TORREMANS, P.: *Intellectual Property and Private International Law*, 2ªed., Oxford, Oxford University Press, 2011.
- FELIU ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, S.: *Viajes combinados y servicios de viajes vinculados (Directiva (UE) 2015/2302). Cuestiones de ley aplicable*, Reus editorial, 2018
- FERNÁNDEZ-NOVOA, C.: *El enriquecimiento injustificado en el Derecho industrial*, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 1997.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.:
Sistema de comercio internacional, Madrid, Civitas, 2001.
 “Teoría y praxis en la codificación del Derecho de los negocios internacionales”, *Cursos de Derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria Gasteiz*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 2002, pp. 87-216.
Ius mercatorum: Autorregulación y unificación del Derecho de los negocios transnacionales, Madrid, Colegios Notariales de España, 2003.
Sistema de Derecho económico internacional, Cizur Menor, Civitas, 2010.

- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C./ SÁNCHEZ LORENZO, S. (eds.):
Derecho internacional privado, 3ªed., Madrid, Civitas-Thomson, 1992.
Derecho internacional privado, 6ªed., Madrid, Civitas-Thomson, 2011.
Derecho internacional privado, 7ªed., Madrid, Civitas-Thomson, 2013.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J. C./ ARENAS GARCÍA, R./ P. A. DE MIGUEL ASENSIO, (eds.): *Derecho de los negocios internacionales*, 4ª ed., Madrid, Iustel, 2013.
- FERRÁNDIZ GABRIEL, J.R.: *Jurisprudencia sobre Propiedad industrial, intelectual y Derecho de la competencia*, 1ªed., Madrid, La ley-Wolters Kluwer, 2007, pp.972-974.
- FIKENTSCHER, W./HACKER P./PODSZUN, R.: *FairEconomy: Crises, Culture, Competition and the Role of Law*, Munich, MPI Studies on Intellectual Property and Competition Law (Springer), 2013.
- FINGER, J.M. (ed.): *Antidumping: How it Works and Who Gets Hurt (Studies in International Trade Policy)*, Michigan, University of Michigan Press, 1993.
- FRIEDEL-SOUCHEU, E. : *Extraterritorialité du droit de la concurrence aux Etats-Unis et dans la Communauté Européenne*, París, L.G.G.J, 1994.
- FRISON- ROCHE, M. A/ PAYET, M. S.: *Droit de la concurrence*, 1ªed., Paris, Dalloz, 2006.
- FONT GALÁN, J.I./ SERRANO, L.: *Competencia desleal y antitrust; sistema de ilícitos*, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- FONT SEGURA, A.: *La protección internacional del secreto empresarial*, Madrid, Eurolex (Colección de estudios internacionales), t. XXXI, Madrid, 1999.
- FLORY, T. : *L'organisation mondiale du commerce: droit institutionnel et substantiel*, Bruxelles, Bruylant, 1999.
- FRENZ, W. : *Handbook on Competition Law*, Heildeberg, Springer, 2015
- FUENTES CAMACHO, V.: *Las medidas cautelares en el Espacio judicial europeo (Estudio del art. 24 del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, con especial referencia a la posición española)*, Madrid, Eurolex (Colección de Estudios internacionales), 1996.
- GARAU SOBRINO, F.F./BLANCO-MORALES LIMONES, P./LORENZO GUILLÉN, M.L./MORENO MURIEL, F.J.: (coords.), *Comentario al Reglamento (UE) N° 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Reglamento Bruselas I refundido)*, Cizur Menor, Thomson Reuters, 2016.
- GARCÍA MOLYNEUX, T. C.: *Domestic structures and international trade: The unfair trade instruments of United States and European Union*, Oxford /Portland (Oregon), Hart Publishing, 2001.
- GARCÍA PÉREZ, R.: *Libre circulación de mercancías y competencia desleal*, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 2005.
- GARDEÑES SANTIAGO, M.: *La aplicación de la regla de reconocimiento mutuo y su incidencia en el Comercio de mercancías y servicios en el ámbito comunitario e internacional*, Madrid, Colección Estudios Internacionales, Eurolex, 1999.

- GARRIGUES DÍAZ-CAÑABETE, J.: *La defensa de la Competencia mercantil; cuatro conferencias sobre la Ley española de 20 de julio de 1963 contra prácticas restrictivas de la competencia*, Madrid, Sociedad de Estudios y Publicaciones, 1964.
- GEILLE, P.: *Vers une notion internationale de la Concurrence déloyale?*, Canadá, Bibliothèque nationale du Canada, 1995.
- GILIKER, P.: *The Europeanization of the English Tort Law*, Oxford/Portland, Hart Publishing, 2014.
- GUIDINI, G.: *Innovation, Competition and Consumer Welfare in Intellectual Property Law*, Northampton, Elgar Publishing Ltd., 2010.
- GUILLEM CARRAU, J.: *Derecho de la Unión Europea para empresarios*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2012.
- GRAUSO, M. P.: *La concorrenza sleale; profili di tutela giuridionale e presso le Authority*, Milano, Giuffrè Editore, 2007.
- GÓMEZ SEGADE, J.A.: *El secreto industrial (know how): concepto y protección*, Madrid, Tecnos, 1974.
- GÓMEZ SEGADE J.A./GARCÍA VIDAL, A., (eds.): *El Derecho mercantil en el umbral del x. XXI: libro homenaje al prof. Dr. Carlos Fernández-Novoa con motivo de su octogésimo cumpleaños*, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, Marcial Pons, 2010.
- GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: *Nulidad e infracción de patentes en la Comunidad Económica Europea*, Madrid, Eurolex (Colección de Estudios internacionales), 1996.
- GONZÁLEZ CAMPOS, J.D.:
 “Les liens entre la compétence judiciaire et la compétence législative en droit international privé”, *Rec. des C.*, vol. 156, Leiden/Boston, Nijhoff, 1977, pp. 227-342.
- “Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé. Course general”, t. 287, *Rec. Des C.*, The Hague/London/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2000, pp. 9-246.
- GONZÁLEZ GARCÍA, J. V. (ed.): *Derecho de la regulación económica: Comercio exterior*, vol. VIII, Madrid, 2009.
- GONZÁLEZ VAQUÉ, L. M.: *Libre circulación de mercancías en la UE: La Comisión propone un Reglamento que prevé un nuevo procedimiento comunitario para la aplicación del principio del mutuo reconocimiento*, Santa Fe, El Cid Editor/apuntes, 2012.
- GLÖCKNER, J., (ed.): *Aktuelle Fragen des Lauterkeits-und Kartellrechts*, Constanza, Universidad de Constanza Publicaciones on line, 2015.
- JACKSON, J. H.: *Soberanía, la OMC y los fundamentos del Derecho internacional*, Madrid, Marcial Pons, 2009.
- JANSSENS, C.: *The principle of Mutual Recognition in EU Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013.
- JIMÉNEZ BLANCO, P.: *Las denominaciones de origen en el derecho del comercio internacional*, Madrid, Eurolex (Colección de Estudios Internacionales), 1996.
- JONES, A./SUFKIN, B.: *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials*, 5ªed. Oxford, Oxford University Press, 2013.
- JOSSERAND, L.: *De l'esprit des droits et de leur relativité*, Paris, Dalloz, 1927.
- KACZOROWSKA, A.: *European Union Law*, 3ª ed., Abingdon, Routledge, 2013.

- KADNER GRAZIANO, T.: *La responsabilité délictuelle en droit international privé européen*, traduit par S. Fratini en collaboration avec S. Gastaldi, Bâle/Genève/Munich/Helbing et Lichtenhann/Bruxelles/Paris, L.G.D.J., 2005.
- KAMPERMAN SANDERS, A.: *Unfair Competition law: The Protection of Intellectual and Industrial Creativity*, Oxford, Clarendon Press, 1997.
- KEIRSBILCK, B.: *The New European Law of Unfair Commercial Practices and Competition Law*, Oxford/Portland/Oregon, Hart Publishing, 2011.
- KËLLEZI, P./ KILPATRIC B./KOBEL, P., (eds.): *Antitrust for Small and Middle Size Undertakings and Image Protection from Non-Competitors (LICD Contributions on Antitrust Law, Intellectual Property and Unfair Competition)*, Génova/Londres, Springer, 2014.
- KENNEDY, M.: *WTO Dispute Settlement and the TRIPS Agreement: Applying Intellectual Property Standards in a Trade Law Framework*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016
- KOHL, U.: *Jurisdiction and the Internet. Regulatory Competence Over Online Activity*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007
- KOKKORIS, I./OLIVARES-CAMINAL, R.: *Antitrust Law Amidst Financial Crises*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.
- KRONKE, H.: "Capital Markets and the Conflicts of Laws", *R. des C.*, vol. 286, Leiden/Boston, Brill, 2000, pp. 261-381.
- KRUGER, T.: *Civil Jurisdiction Rules of the EU and Their Impact on Third States*, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- KUIPERS, J.J.: *EU Law and Private International Law: The Interrelationship in Contractual Obligations*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2012
- HARTLEY, T. C.: *International Commercial Litigation: Text, Cases and Materials on Private International Law*, 2^aed., Cambridge, Cambridge University Press, 2015
- HAUFLER, V.: *A Public Role for the Private Sector: Industry Self-Regulation in a Global Economy*, Washington, D.C., Carnegie Endowment for International Peace, 2001.
- HEERMANN, P. W./ HIRSCH, G. (eds.): *Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht (Band 1: Grundlagen des Wettbewerbsrechts/Internationales Wettbewerbs- und Wettbewerbsverfahrensrecht. Europäisches Gemeinschaftsrecht-. Grundlagen und sekundärerechtliche Massnahmen)*, Munich, Beck, 2006.
- HERRMANN, C./SIMMA, B./STREINZ, R. (eds.): *European Yearbook of International Economic Law. Special Issue: Trade Policy between Law, Diplomacy and Scholarship. Liber Amicorum in memoriam H. G. Krenzler*, Munich, Springer, 2015.
- HENNING-BODEWIG, F.:
Unfair competition law: European Union and Member States, The Hague, Kluwer Law International, 2006.
International Handbook on Unfair Competition, Oxford, Hart Publishing, 2013.
- HENNING-BODEWIG, F./HARTE-BAVENDAMM, H. (eds.): *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*, Munich, Beck, 2013.

- HERDEGEN, M.:
Derecho económico internacional, 9ªed., Universidad del Rosario, Publicaciones de la Universidad del Rosario, 2012.
Derecho económico internacional (edición traducida), Cizur Menor, Civitas, 2005.
- HERRERO SUÁREZ, C.: *Los contratos vinculados (Tying agreements) en el Derecho de la competencia*, Madrid, La Ley, 2006.
- HILF, M./ PETERSMANN, E.U. (eds.): *National constitutions and international economic law*, Deventer, Kluwer, 1993.
- HILTY, R./HENNING-BODEWIG, F. (eds.):
Law Against Unfair Competition: Towards an European Unfair Competition Law, MPI Studies in Intellectual Property Law, vol. 1, Munich, Springer, 2007.
Lauterkeitsrecht und Acquis Communautaire, MPI Studies on Intellectual Property, Competition and Tax Law, vol. 14, Munich, Spinger, 2009.
Corporate Social Responsibility. Verbindliche Standards des Wettbewerbsrechts?, MPI Studies on Intellectual Property and Competition Law, vol. 21, Munich, Springer, 2014.
- HIRSCH, G./ MONTAG, F./ SÄCKER F.J.(eds.): *Competition Law: European Community Practice and Procedure*, Londres, Sweet & Maxwell, 2008.
- HONORATI, C.: *La legge applicabile alla concorrenza sleale*, Studi e Pubblicazioni della Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale, n°45, Padua, CEDAM, 1995.
- HOUIN, H./PÉDAMON, M.(eds.):
Droit Commercial. Actes de commerce et commerçants. Activité commerciale et concurrence, 7ª ed., Paris, Dalloz, 1980.
Droit commercial : actes de commerce et commerçants. Activité commerciale et concurrence, 8ªed., Paris, Dalloz, 1985.
Droit Commercial. Commerçants et fonds de commerce. Concurrence et contracts du commerce, 3ª ed., Paris, Dalloz, 2013.
- HOWELLS, G./MICKLITZ, H.-W./WILHELMSSON, T. (eds.): *European Fair Trading Law: The Unfair Commercial Practices Directive (Markets and the Law)*, Hampshire/Burlington, Ashgate, 2006.
- HUBER, P. (ed.): *Rome II Regulation (Pocket Commentary)*, Munich, Sellier-European Law Publishers, 2011.
- KAMPERMAN SANDERS, A.: *Unfair Competition Law: The Protection of Intellectual and Industrial Creativity*, Oxford, Clarendon Press, 1997.
- KAUFMANN, W. : “Les unions internationales de nature économique”, *Rec. des C.*, vol.3, Boston, Brill, 1934, pp. 181-282.
- KESSEDJIAN, C. : « Codification du droit commercial international et droit international privé : de la gubernance normative pour las relations économiques internacionales », *R. des C.*, t. 300, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2002, pp. 83-308.
- KOSTEKI, M.: *El mercadeo internacional y el sistema de comercio*, Ginebra, Centro de Comercio International, 2001.

- KRONKE, H.: “Capital Markets and the Conflicts of Laws”, *R. des C.*, vol. 286, Leiden/Boston, Brill, 2000, pp. 261-381.
- KRUGER, T.: *Civil Jurisdiction Rules of the EU and Their Impact on Third States*, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- LARA GONZÁLEZ, R.: *La denigración en el derecho de la competencia desleal*, Madrid, Civitas, 2007.
- LAGARDE, P.: “Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain”, *Rec. Des C.*, vol. 196, Leiden, Brill, 1986, pp. 9-238.
- LAL DAS, B.:
The World Trade Organization: A guide to New Frameworks for International Trade, 2ª ed., Penang, Zed Books & Third Work Network, 2000.
La OMC y el sistema multilateral del comercio: pasado, presente y futuro, (edición traducida), Barcelona, Icaria editorial (Intermón Oxfam), 2004.
- LARENZ, K.: *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Barcelona, Ariel, 2001.
- LAROUCHE J. (ed.): *La Loyauté dans les relations internationales (Nouvelle édition refondu)*, Paris, L'Harmattan (Chaos International), 2010.
- LÁZARO SÁNCHEZ (coord.), E. J.: *Comentario a la Ley General de Publicidad*, Navarra, Civitas, 2009.
- LEMA DEVESA, C., (dir.) / PATINO ALVES, B. (coord.) et al.: *Prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores y competidores: régimen legal tras la reforma introducida por la Ley 29/2009*, Hospitalet de Llobregat (Barcelona), Bosch, 2012.
- LICKOVÀ, M.: *La Communauté Européenne et le Système GATT/OMC : Perspectives Croisées*, Paris, Pedone, 2005.
- LLOBREGAT HURTADO, M. L.: *Aproximación al concepto de secreto empresarial en Derecho español y Derecho norteamericano*, Barcelona, Cedecs (Editorial S.L. Centro de Estudios y Derecho, Economía y Ciencias sociales), 1999.
- LÓPEZ ESCUDERO, M.: *Los obstáculos técnicos al comercio en la Comunidad Económica Europea*, Granada, Estudios Jurídicos Internacionales y Europeos (Serie Monografías), ed. Universidad de Granada, 1999.
- LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, A.:
Litigios transfronterizos sobre derechos de propiedad industrial e intelectual, Madrid, Dyckinson, 2008.
Google and the Law: Empirical Approaches to Legal Aspects of Knowledge-Economy Business Models, La Haya, Asser Press, 2013.
- LOQUIN, E. : “Les règles matérielles internationales”, *R. des C.*, t. 322, Leiden/Boston, Nijhoff, 2007, pp. 9-242.
- LOQUIN, E./KESSEDJIAN, C.: *La mondialisation du droit*, Dijon, Litec, 2000.
- LOOS, M.B.M/SAMOY, I. (eds.): *The Position of Small and Medium Sized Enterprises in European Contract Law*, Cambridge, Intersentia Publishing Ltd., 2013.
- LOVE HOPKINS, J.:
The law of Trademarks, Trade names and Unfair Competition, 3ª ed., Cincinnati, W.H. Anderson, 1919.

- The law of unfair trade: including trademarks, trade secrets, and good-will*, Chicago, Callaghan & Co., 1900.
- MACLEAN, R. M./VOLPI, B.: *EU Trade Barrier Regulation: Tackling Unfair Foreign Trade Practices*, Bembridge, Palladian Law Publishing Ltd., 2000.
- MALATESTA A. (ed.): *The Unification of Choice of Law Rules on Torts and Other Non-Contractual Obligations in Europe. The Rome II Proposal*, Milan, Cedam, 2006.
- MALAURIE-VIGNAL, M.: *Droit de la concurrence interne et européen*, 6^{ed.}, Sirey Université, Dalloz, 2014.
- MANKOWSKI, P./ULRICH, H.: *Brussels I Regulation (European Commentaries on Private International Law)*, Múnich, Sellier /European Law Publishers, 2007.
- MARRELLA F./GALGANO, G.: *Diritto e prassi del Commercio internazionale*, Verona, CEDAM, 2010.
- MARTÍN GARCÍA, M.L.: *La publicidad: su incidencia en la contratación*, Madrid, Dykinson, 2015.
- MARTÍN MUÑOZ, A. J. (coord.): *Propiedad industrial competencia desleal; perspectiva comunitaria, mercados virtuales y regulación procesal*, Albolote (Granada), Comares, 2001
- MASEDA RODRÍGUEZ, J.: *Aspectos internacionales de la concesión mercantil(De Conflictus Legum. Estudios de Derecho internacional privado)*, Santiago de Compostela, Universidad Santiago de Compostela, 2000.
- MASSAGUER, J.:
- Comentarios a la ley de Competencia Desleal*, Madrid, Civitas, 1999.
- El nuevo Derecho contra la competencia desleal: La Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales*, Thomson-Civitas (Estudios de Derecho Civil), Madrid, 2006.
- Comentarios a la ley de Defensa de la Competencia*, Madrid, Thomson Civitas, 2008.
- MATTERA, A.: *El mercado único europeo: sus reglas, su funcionamiento*, Madrid, Civitas, 1990.
- MCCARTHY, T.: *Trademarks and Unfair competition*, San Francisco, Bancroft-Whitney Co, 1984.
- MCLACHLAN C./NYGH, P.: *Transnational Tort Litigation: Jurisdictional Principles*, Oxford, Oxford University Press, 1996.
- MELLONI, M.: *The Principle of national treatment in the GATT: A survey of the Jurisprudence, Practice and Policy*, Bruselas, Bruylant, 2005.
- MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.: *La competencia desleal*, Madrid, Civitas, 1988.
- MESTMÄCKER, E.J.: *Europäisches Wettbewerbsrecht*, Leinen, Beck, 2014.
- MESTRE, J./PACRAZI, M. E.: *Droit Commercial: Droit internet et aspects de Droit international*, 27^a ed., Paris, LGDJ, 2006.
- MICHINEL ALVÁREZ, M.A.: *La OPA transfronteriza: determinación y ámbito de la ley aplicable en el marco del control europeo*, Santiago de Compostela, Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, 2007.
- MICKLITZ, H-W./STUYCK, J./TERRY, E./DROSHOUT, D. (coords.), *Cases, Materials and Text on Consumer Law*, Oxford/Portland, Hart Publishing (*Ius Commune Casebooks for the Common law of Europe*), 2010.

- MILLET SOLLER, M.: *La regulación del comercio internacional; del GATT a la OMC*, vol. 24, Barcelona, Colección Estudios Económicos (La Caixa), 2001.
- MILLS, A.: *The Confluence of Public and Private International Law: justice, pluralism and subsidiary in the international constitutional ordering of private law*, Cambridge/New York, Cambridge University Press, 2009.
- MÖLLERS T. J./ HEINEMANN, A.: *The Enforcement of Competition law in Europe* Cambridge, Cambridge University Press (The Common Core of European Private Law), 2007.
- MOURA VICENTE, D.: “La propriété intellectuelle en Droit international privé”, *R. des C.*, t. 335, Leiden/ Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, pp. 121-465.
- MUIR WATT, H.: “Aspects économiques du droit international privé. Réflexions sur l’impact de la globalisation économique sur les fondements des Conflits de lois et de Jurisdictions”, *Rec. Des C.*, t. 307, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2004, pp. 25-383.
- MUIR WATT, H./BUREAU D. : *Droit international privé. Partie générale*, t. I, 3^a ed., Paris, Thémis droit, 2014.
- MUÑOZ MACHADO, S.: *Tratado de Derecho comunitario europeo (Estudio sistemático desde el Derecho español)*, t. II, Madrid, Civitas, 1986.
- NAKAGAWA, J.: *International Harmonization of Economic Regulation*, International Economic Law, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- NIBOYET, P.J.:
Los principios del Derecho internacional privado: selección de la segunda edición francesa del Manuel de A. Pillet y P.J. Niboyet (traducción por A. Rodríguez Ramón), Madrid, Reus, 1942
Traité de droit international privé français. Sources, Nationalité, domicile, t.I, 2^a ed. Paris, Sirey, 1947.
- NIMS, H. D.: *The law of unfair competition and Trademarks*, vol. 1, New York, Baker/ Voorhis, 1947.
- NUYTS, A. (ed.): *International Litigation in Intellectual Property and Information Technology*, The Netherlands, Kluwer Law International B.V., 2008.
- OLIVER, P.: *Libre circulación de mercancías en la CEE*, Madrid, BEX Publicaciones, Serie CEE, 1992.
- OTAMENDI RODRÍGUEZ-BETHENCOURT, J.J.: *Comentarios a la Ley de competencia desleal*, Pamplona, Aranzadi, 1994.
- PAMBOUKIS, C.P.: “Droit international privé holistique: Droit Uniforme et droit international privé”, *Rec. Des C.*, t. 330. Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, pp. 27-447.
- PASTERIS, C.: *Lezione di diritto industriale: i segni distintivi, la concorrenza sleale*, Turin, Giappichelli, 1970.
- PÉDAMON, M./KÉNFAK, H.: *Droit Commercial. Commerçants et fonds de commerce. Concurrence et contracts du commerce*, 3^a ed., Paris, Dalloz, 2013.
- PÉREZ DE LAS HERAS, B.: *El mercado Interior Europeo: las libertades económicas comunitarias: mercancías, personas, servicios, y capitales*, 2^aed, Bilbao (Universidad de Deusto) Serie Derecho, vol. 82, Deusto publicaciones.

- PETERSMANN, E. U.:
Constitutional functions and Constitutional problems of International Economic law, Fribourg, Westview Press, 1991.
The GATT/WTO Dispute Settlement System: International Law, International Organizations And Dispute Settlement, London, 1997.
- POUDRET, J. F./ BESSON, S.: *Comparative Law of International Arbitration*, London, Sweet & Maxwell, 2007.
- PRINZ, W./ADELMAN, M.J./BRAUNEIS, R./DREXL, J.(eds.): *Patents and Technological Progress in a Globalized World: Liber Amicorum Joseph Straus* (MPI Studies on Intellectual Property, Competition and Tax Law), vol. 6, Munich, Springer, 2009.
- PURNHAGEN, K./ROTT, P. (eds.): *Varieties of European Economic Law and Regulation; Liber Amicorum for Hans Micklitz*, Studies in European Economic Law and Regulation, n°3, Rotterdam/Kassel, Springer, 2014.
- QUIÑONES ESCAMEZ, A.: *Eficacia internacional de las nacionalizaciones: Nombre comercial y marcas*, Madrid, Montecorvo S.A., 1988.
- RAMBERG, C. (ed.): *Internet Marketplaces: The law of Auctions and Exchanges on line*, Oxford, Oxford University Press, 2002.
- REGER, G.: *Der Internationale Schutz gegen unlauteren Wettbewerb un das TRIPS-Übereinkommen*, vol. 108, Munich, Beck, 1999.
- REMIRO BROTONS, A./ ESPÓSITO, C. (eds.): *La Organización Mundial Del comercio y el regionalismo europeo*, Madrid, Dyckinson, 2001.
- RENDTORFF, J.D.: *Responsability, Ethics and Legitimacy of Corporations*, Copenhagen, Copenhagen Business School Press, 2009.
- RICKETSON, S.: *The Paris Convention for the Protection of Industrial Property: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2015.
- RIFFEL, C.: *The Protection against Unfair Competition in the WTO TRIPS Agreement. The Scope and Prospects of Article 10 bis of the Paris Convention for the Protection of Industrial Property*, Canterbury, Brill, 2016.
- ROBLES MARTÍN-LABORDA, M.: *Libre competencia y competencia desleal; examen del artículo 7 de la Ley de defensa de la competencia*, Madrid, La Ley, 2001.
- RODRÍGUEZ MATEOS, P.: *Sistema de mercado y tráfico internacional de mercancías*, Madrid, La ley, 1992.
- RUGMAN, A./COLLINSON, S.: *International Business*, 5ªed. Edinburgh, Prentice Hall (*Financial Times*), 2008.
- RUTTLEY, P. I., MACVAY/GEORGE, C.: *The WTO and International Trade Regulation*, London, T.J. International Ltd. (WTO Association), 1998.
- RUIZ PERIS, J.I. (dir.): *La Reforma de la Ley de Competencia Desleal (Estudios sobre la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para mejora de la protección de los consumidores y usuarios)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

- SAARI, D.J.: *Global Corporations and Sovereign Nations: Collision or cooperation?*, Westport/Connecticut, Quorum Books, 1999.
- SAINT-GAL, Y.: *Protection et défense des Marques de Fabrique et concurrence déloyale (Droit Français et Droit Etrangers)*, 5ª ed., Paris, J. Delmas et Cie, 1982.
- SÁNCHEZ CALERO, F.: *Instituciones de Derecho mercantil*, vol. I, Madrid, McGraw-Hill, 2001-2002
- SÁNCHEZ LORENZO, S.:
Derecho patrimonial europeo, Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2002.
Derecho privado europeo, Granada, Comares, 2002
El Derecho inglés y los contratos internacionales, Valencia, Tirant lo Blanch-Monografias, nº 873, 2013.
- SANTOS VIJANDE, J.M.: *Declinatoria y “Declinatoria internacional”. Tratamiento procesal de la Competencia judicial internacional*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 1991.
- SAMPEDRO, J. L.: *El mercado y la globalización*, Madrid, Destino, 2005.
- SAYDÉ, A.: *Abuse of EU Law and Regulation of the Internal Market*, Oxford/Portland, Hart Publishing, 2014.
- SEIDL-HOHEUELDERN, I. : « International economic law », *R. des C.*, t. 187, vol. 3, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 1987, pp. 9-264.
- SCHULZE, R./HOEREN, T.: *Dokument zum Europäischen Recht: Kartellrecht(bis 1957)*, vol.3, Münster, Springer, 2013.
- SIROTTI GAUDENZI, A.: *Proprietà Intellettuale e Diritto della Concorrenza*, Torino, Wolters Kluwer Italia S.r. l., 2008.
- SMITH, A. : *Investigación de la causa y la naturaleza de la riqueza de las naciones*, traducción de Ortiz, J. A., t.I, Valladolid, Oficina de la Viuda e Hijos de Santander, 1794.
- STIGLITZ, J. E.: *La economía del sector público*, 3ª ed., Barcelona, Novoprint, 2000.
- STOFFEL VALLOTTON, N.: *La prohibición de restricciones a la libre circulación de mercancías en la Comunidad Europea (Evolución del principio en la práctica de los Estados miembros y en la jurisprudencia comunitaria)*, Madrid, Dyckinson, 2000.
- STOLL, P.T./SCHONKOPF, F. (eds.): *WTO: World Economic Order, World Trade Law*. Leiden, Martinus Nijhoff Publishers (*Max Planck Institute*), 2003.
- STOLL, P.T./BUSCHE, J./AREND, K. (eds.): *WTO: Trade-related Aspects of Intellectual Property Rights*, Brill, 2009.
- SPERO, J.E./HART, J. A.: *The Politics of International Economic Relations*, 7ªed., Canadá, Cengage Learning, 2010.
- SUÑOL LUCEA, A.: *El secreto empresarial. Un estudio del artículo 13 de la Ley de Competencia desleal*, Madrid, Civitas, 2009.
- TATO PLAZA, A.: *Publicidad, defensa de la competencia y protección de datos*, Madrid, 2010.

- TATO PLAZA, A./FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P./Y HERRERA PETRUS, C.: *La reforma de la ley de competencia desleal*, Madrid, La Ley, 2010.
- TERRYN, E./VOINOT, D. (ed.): *Droit européen des pratiques commerciales déloyales: Evolution et perspectives*, Paris, Larcier, 2012.
- TREBILCOCK, M./HOWSE R./ELIASON, A.: *The regulation of International Trade*, 4^aed., Nueva York, Routledge, 2013.
- TROLLER, K.: *Das Internationale Privatrecht des Unlauteren Wettbewerbs*, Friburgo, Universtätsverlag Freiburg Schweiz, 1962.
- ULLRICH, H./RAINELLI, M./ BOY, L. (eds.): *L'ordre concurrentiel. Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, Paris, Frison-Roche, 2003.
- ULLRICH, H./LAMPING, M./ HILTY, R./ DREXL, J. (eds.): *TRIPS 20 plus : From Trade Rules to Market Principles*, MPI Studies on Intellectual Property and Competition Law, vol. 25, Munich, Springer, 2016
- ULMER, E./ BEIER, K.: *La répression de la concurrence déloyale dans les Etats membres de la CEE*, t.I, Paris, Dalloz, 1997.
- VVAA.: *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques. Mélanges en honneur de Hélène Gaudemet-Tallon*, Paris, Dalloz, 2008.
- VAN BOOM, W./GARDE, A./AKSELI, O., (eds.), *The European Unfair Commercial Practices Directive: Impact, Enforcement, Strategies and National Legal Systems*, New York, Routledge, 2014.
- VARELA, A./WITCKER, J., (ed.): *El derecho de la competencia económica en México*, 1^a ed., México, Instituto de Investigaciones jurídica de la UNAM, 2003.
- VIERA GONZÁLEZ, J./AITOR ECHEVARRÍA SÁENZ, J. (dirs.), *Distribución comercial y defensa de la competencia*, Madrid, La Ley, 2011.
- VILLAR FUENTES, I. M.: *Las diligencias preliminares de los procesos de propiedad industrial y competencia desleal*, monografías 919, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2014.
- VIRGÓS SORIANO, M.: *El comercio internacional en el nuevo Derecho español de la competencia desleal*, Madrid, Civitas, 1992.
- VIRGÓS SORIANO, M./GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J.: *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2^aed., Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2007.
- VOGEL, L.: *Droit français de la Concurrence*, Paris, Lawlex, 2006.
- VON BAR, C. (ed.): *Non-Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another (PEL Liab. Dam.)*, Principles of European Law (Study Group on a European Civil Code), Munich, Sellier, 2009.
- VON HEIN, J.: *Das Günstigkeitsprinzip in internationalen Deliktsrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1999.
- VON HEIN, J/ RÜHL, G. (eds.): *Kohärenz im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht der Europäischen Union*, vol. 53, Tübingen, Mohr Siebeck, 2016.
- WADLOW, C.: *The Law of Passing-off main work: Unfair competition by misrepresentation*, London, Sweet & Maxwell, 2011.

- WEATHERILL, S./BERNITZ, U., (eds.): *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29*, Oxford/Portland, Hart Publishing, 2007.
- WEIR, T.: *An Introduction to Tort Law*, 2ªed., Oxford, Oxford University Press, 2006.
- WOLF, M.: *Why Globalization Works*, Yale University, Yale University Press, 2004.
- WOUTERS, J./ DE MEESTER, B. (eds.): *The World Trade Organization: A legal and Institutional Analysis*, Antwerpen/Oxford, Intersentia, 2007.
- ZAMORA CABOT, F. J.: *Las vías de solución de los conflictos de extraterritorialidad. Un estudio a partir del Derecho Antitrust de los Estados Unidos*, Madrid, Eurolex (Colección de estudios internacionales), 2001.

II. ARTÍCULOS, CAPÍTULOS DE LIBRO Y APORTACIONES EN OBRAS COLECTIVAS:

- ABBOTT, K. W./GREEN J. F./KEOHANE, R. O.: “Organizational Ecology and Institutional Change in Global Governance”, *International Organization*, vol. 70, nº2, 2016, pp-247-277.
- ABDEGAWAD, W. : “Jalons de l’internationalisation du droit de la concurrence: vers l’éclosion d’un ordre juridique mondial de la *lex economica*”, *RIDE*, vol. 2, t. XV, 2001/2, pp. 161-196.
- AGUDELO RAMÍREZ, M.: “El derecho desde una actitud humanista”, *Opinión Jurídica*, vol. 1, nº2, pp. 9-28
- AKMAN, P.:
 “Searching for the Long Soul of Article 82 EC”, *OJLS*, nº 29, 2009, pp. 267-303.
 “Consumer Welfare” and Article 82 EC: Practice and Rhetoric”, *World Competition Law Review*, vol. 32, nº1, 2009, pp. 71-90.
- AHMED, M.: “Recovering Damages for the Tort/Delict of Inducing Breach of a Choice of Court Agreement against a Claimant’s Legal Advisers: The English Court of Appeal Adjudicates on Whether England is the Place Where the Economic Loss Occurred under Article 5 (3) of the Brussels I Regulation?”, *Working paper 2015/4*, University of Aberdeen.
- ALBIEZ DOHRMANN, K. J.: “Mercado interior, contrato y Derecho de la competencia”, *ReDCE*, enero-junio 2006, nº 5, pp. 101-120.
- ALESSANDRINI, D.: “Multilateralism Trade in a Time of Crisis”, *The International Law Annual*, 2013, pp. 38-42.
- ALONSO SOTO, R.: “El falseamiento de la competencia por actos desleales”, *Notas de Competencia, Boletín Gómez Acebo & Pombo*, 2013, pp. 2-7.
- ALCAIDE GUINDO, C.: “La evolución de la política de Defensa de la competencia”, *ICE*, nº826, noviembre 2005, pp. 245-258.
- ALESSANDRINI, D.: “Multilateralism Trade in a Time of Crisis”, *The International Law Annual*, 2013, pp. 38-42.
- ALEXANDER, C.: “Wege und Irrwege-Europäisierung im Kartell- und Lauterketisrecht”, *GRUR Int.*, 2013, pp. 636-641.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, J.:
 “Competencia desleal por infracción de normas”, *RDM*, nº 202, 1991, pp. 667-730.
 “Cláusulas de no competencia post-contractual, cláusulas penales, inducción a la infracción contractual y Derecho de la Competencia (I-IV)”, 2011, disponible en: <http://derechomercantilesana.blogspot.com.es/2011/11/clausulas-de-no-competencia.html>

- ALKIN, T.: “Should there be a tort of “unfair competition” in English Law?”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, vol. 3, nº1, 2008, pp. 48-54.
- ALONSO J. A./ GARCIMARTÍN, C.: *Comercio y desigualdad internacional*, Madrid, Catarata UCM, 2005.
- ALONSO, R.: “Derecho de la competencia (II). La competencia desleal”, MENÉNDEZ MENÉNDEZ A./ ROJO, Á., (dir.): *Lecciones de Derecho mercantil (Volumen I)*, 10ª ed., Cizur Menor, Thomson Reuters-Civitas, 2012, pp. 305-336.
- ÁLVAREZ ARMAS, E./FALLON, M.: “La responsabilité civile du gestionnaire de portail internet: compétence Internationale, loi applicable”, *Journal de droit européen*, 2012, pp. 8-11.
- ÁLVAREZ VEGA, M.I.: “A vueltas con la complementariedad relativa o la coexistencia de la Ley de marcas y la Ley de competencia desleal”, en MIRANDA SERRANO, L. /COSTAS COMESAÑA, J. (dirs.): *Derecho de la competencia. Desafíos y cuestiones de actualidad*, Madrid, Marcial Pons, 2018, pp. 215-232
- AMIN, S.: “El nuevo orden económico internacional”, *Monthly Review*, nº2, 1980, pp. 22-48.
- AMANN, D.M.: “Jurisdictional, Preliminary, and Procedural Concerns”, *Am. Soc’y Int’l L., Benchbook on International Law*, disponible en <http://www.asil.org/sites/default/files/benchbook/jurisdiction.pdf>
- AMORES CONRADI, M.A.: “La nueva estructura del sistema español de competencia judicial internacional en el orden civil: art. 22 LOPJ”, *REDI*, vol. XLI, 1989, pp. 113-156.
- AMORES CONRADI M.A./TORRALBA MENDIOLA, E.: “XI Tesis del Estatuto Delictual”, *REEL*, nº8, 2004, pp. 1-34.
- ANCEL, E. :
 « Le contentieux international de la concurrence déloyale dans le jurisprudence récente », *Communication Commerce électronique*, nº10, 2006, pp. 1-11.
 “Contrefaçon de marque sur un site web: quelle compétence intracommunautaire pour les tribunaux français ?, en *Droit et technique. Etudes à la mémoire du professeur Xavier Linant de Bellefonds*, Paris, Litec, 2007, pp.1 y ss.
- ANTÓN JUAREZ, I.:
 “The ten commandments of parallel trade. Los diez mandamientos del comercio paralelo”, *CDT*, vol. 8, nº2, oct. 2016, pp.55-76
 “Los retos de la litigación transnacional en la Unión Europea: ¿se ha extendido demasiado la “noción de materia contractual en el Reglamento Bruselas I?”, *CDT*, mar. 2018, vol. 10, nº1, pp. 525-553
- ANDRIYCHUK, O.: “Can We Protect Competition Without Protect Protecting Consumers?, *The Competition Law Review*, vol. 6, nº1, pp.77-87.
- ARAGÓN REYES, M. /LOSADA GONZÁLEZ, H.: “La libertad de empresa”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº108, 2014, pp. 17-40
- ARENAS GARCÍA, R.:
 “Competencia territorial y Competencia judicial internacional en el marco de la competencia desleal”, *Derecho de los Negocios (La Ley)*, nº104, 1999, pp. 16-23.
 “Falta e impugnación de la competencia judicial internacional en la LEC (2000)”, *AEDIPr*, t.I, pp. 155-199.
 “La distinción entre obligaciones contractuales y extracontractuales en los instrumentos comunitarios de Derecho internacional privado”, t. IV, *AEDIPr*, 2006, pp. 393-415.
 “Competencia judicial internacional y acuerdos de sumisión en la contratación electrónica internacional”, *Estudios de Consumo (EC)*, nº 85, 2008, pp. 45-60.
 “Las medidas provisionales y cautelares en el Reglamento Bruselas I: de la regulación actual a la regulación proyectada”, *Diario La Ley*, nº 7601, 2011, pp. 1-13.

- “La regulación de la responsabilidad pre-contractual en el Reglamento Roma II”, *InDret*, nº4, 2008, pp.1-27, disponible en: http://www.indret.com/pdf/590_es.pdf
- “Competencia judicial internacional y demandas por competencia desleal. El retorno del imperialismo jurisdiccional”, *AEDIPr*, t. XIII, 2013, pp. 1001-1009.
- “La aprobación de la UE del Convenio de la Haya sobre acuerdos de elección de foro: un cruce de caminos”, *La Ley Unión Europea*, nº 22, Año III, Enero 2015.
- ARENAS GARCÍA, R./ORÓ MARTÍNEZ, C.: “La propuesta de revisión del Reglamento 44/2001: algunos pasos en la dirección correcta”, Blog del *Área de Dret Internacional Privat*, 2010, disponible en: <http://blogs.uab.cat/adipr/2010/12/28/la-propuesta-de-revision-del-reglamento-442001-algunos-pasos-en-la-direccion-correcta>.
- ARNOLD, A.: “English Unfair Competition Law”, *IIC*, nº 44, 2013, pp. 63-78.
- ARTEAGA BRACHO, M.: “Derechos intelectuales y competencia desleal”, *RPI*, año IV, nº 6-7, pp. 7-52.
- AUDIT, M.: “L’interpretation autonome du droit international privé communautaire”, *JDIClunet*, 2004, pp. 789-816.
- AYALA MUÑOZ, J. M.: “Aspectos jurídico procesales del nuevo Derecho contra la competencia desleal”, *RDyC (La Ley)*, nº 7, 2010, pp. 119-138.
- AZZI, T.: “Connexité entre contrefaçon et concurrence déloyale. Com., 26 févr.2013, nº11-27.139, *D. 2013*”, *Rev. cr.dr.int.priv.*, nº4, 2013, pp. 922-933.
- BACHARACH DE VALERA, S.: “Acciones derivadas de la competencia desleal” (En torno al artículo 18 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia desleal), *RGD*, nº 562-563, 1991, pp. 6127-6215.
- BAHAMONTE DELGADO, R.: “El poder de mercado y su relevancia en el Derecho de la Competencia europeo”, *AFDUC*, vol. 17, 2013, pp. 487-499
- BAHN PRICE, D.: “Symposium: Selected Business Torts in Civil and Common law Systems. Unfair Competition: A Comparative Study of its Role in Common and Civil Law Systems”, *Tul. L. Review*, vol. 53, 1978/1979, pp. 164-253.
- BALATE, E.: “Les marches du droit: pourquoi en parler et pourquoi en débattre”, *RIDE*, vol. XXXI, nº4, 2017, pp. 5-7
- BALLARINO, T.: “El Derecho *antitrust* comunitario y el artículo 6 del Reglamento “Roma II”. Régimen conflictual y territorial, efecto directo”, *AEDIPr*, t. VII, 2007, pp. 407-420.
- BALLOT-LÉNA, A.: “Les pratiques des affaires saisies par le droit commun de la responsabilité civile français”, *Revue Générale du Droit*, 2016, pp.1-12.
- BAÑOS, P.: “La realidad del espionaje económico”, *Seguridad Global*, 2011, pp. 10-25.
- BARIGOZZI, F./PEITZ,M.: “Comparative Advertising and Competition Policy”, disponible en: <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.488.5462&rep=rep1&type=pdf>
- BARNES, J.: “Un falso dilema: Taxis vs. Uber”, *Diario La Ley*, nº8942, 2017, pp.1-14.
- BARONA VILAR, S.: “Reflexiones en torno a las normas procesales de la nueva Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia desleal”, *RGD*, nº 562-563, 1991, pp. 6217-6267.
- BARZEY, N.: “Goodwill protection against counterfeiting in *Business to Business*”, Estocolmo, Publicaciones de la Universidad de Estocolmo, 2010, disponible en: http://www.juridicum.su.se/juruppsatser/2010/ht_2010_nina_barzey.pdf
- BASEDOW, J.:
- “The effects of globalization on Private International Law”, en, BASEDOW, J. (ed.): *Legal aspects of Globalization: Conflict of Laws, Internet, Capital Markets and Insolvency in a global economy*, The Hague/London, Kluwer Law International, 2000

- “Wirtschaftskollisionsrechth. Teorischer Versuch über die ordnungspolitischen Normen des Forumstaates”, *RaBelsZ*, vol. 52, 1988, pp. 8-40
- BAQUERO CRUZ, J.: “Free movement and private autonomy”, *European Law Review*, nº 24, 1999, pp. 603-618.
- BAUXBUM, H.L.: “Territory, Territoriality, and the Resolution of Jurisdictional Conflict”, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 57, 2009, pp. 631-675.
- BÉHAR-TOUCHAIS, M.: “Abus de puissance économique et droit international privé”, *RIDE*, t.XXXIV, nº1, 2010, pp. 37-59.
- BELLIS, J.F.: “The treatment of Dumping, Subsidies and Anticompetitive Practices in Regional Trade Agreements”, en BELLIS, J.F./DEMARET, P./GARCÍA JIMÉNEZ, G., (eds.): *Regionalism and Multilateralism after the Uruguay Round: convergence, divergence, interaction*, vol. 12, Bruselas, Institut d'Études Juridiques Européennes (Université de Liège), 1997, pp. 363-396.
- BECERRA ACEVEDO, H. E.: “Supuestos de competencia desleal y propiedad industrial”, pp. 195-223, disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2634/12.pdf>.
- BEIER, K.:
 “The Developments and Present Status of Unfair Competition Law in Germany: An Outline”, *IIC*, vol. 4, nº1, 1973, pp. 77-89.
 “Propiedad industrial y libre circulación de mercancías en el mercado interior y en el comercio con terceros Estados”, *RGD*, nº 549, 1990, pp. 4507-4535.
- BÉHAR-TOUCHAIS, M.: “Abus de puissance économique et droit international privé”, *RIDE*, t.XXXIV, nº1, 2010, pp. 37-59.
- BEHRENS, P.: “The ordoliberal concept of “abuse” of a dominant position and its impact on Article 102 TFEU”, 2015, disponible sólo en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2658045&rec=1&srcabs=2654679&alg=1&pos=2,
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.: “La propiedad industrial e intelectual en el Derecho comunitario”, en GARCÍA DE ENTERRÍA, E., GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., Y MUÑOZ MACHADO, S. (eds.): *Tratado de Derecho comunitario europeo (Estudio sistemático desde el Derecho español)*, Madrid, Civitas, 1996
- BERENGUER FUSTER, L.: “Análisis crítico de la Directiva 2004/28 relativa al respecto de los Derechos de Propiedad Intelectual”, *GJUEyC*, nº2 31, 2004, pp. 12-28.
- BERNARDO SAN JOSÉ, A/ SÁNCHEZ LÓPEZ, B. : « Fuero General de competencia internacional : el domicilio del demandado (artículos 2, 3 y 4 RB), en DE LA OLIVA SANTOS, A. *et al.*, *Derecho Procesal Civil Europeo*, vol. I: Competencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en la Unión Europea, Cizur Menor, Aranzadi, 2011, pp. 77-98.
- BISCHOFF, J.M. : “La concurrence déloyale en droit international privé”, *Trav.com.fr.dr.int.pr.*, París, 1972, pp.53-79.
- BHAGWATI, J.:
 “Threats to the world trading regime; protectionism, unfair trade, *et al*”, en KOEKKOEK, A.(ed.): *International trade and global development: Essays in honour of Jaddish Bhagwati*, London, Ad. Koekkoek & L B M Mennes, 1991.
 “The Demands to Reduce Domestic Diversity among Trading Nations”, en BHADWATI, J./HUDEC, R. E. (eds): *Fair Trade and Harmonization Prerequisites for Free Trade?*, vol. 1, Economic Analysis, Massachusetts, The MIT Press, 1996, pp. 9-40.
- BHAGWATI, J./ CHARNOVITZ S./ ÁLVAREZ, J.E./JACKSON, J.H./HOWSE, R./ STEGER, D.P.(eds): “Symposium: The Boundaries of the WTO”, *AJIL*, 96, 2002.

- BLANCO-MORALES LIMONES, P.: “Acciones declarativas negativas y el *forum delicti commissi*. ¿Galgos o podencos?: La litispendencia. Comentario a la Sentencia del Tribunal (Sala primera) de 25 de octubre de 2012. Folien Fischer AG y Fofitec AG c. *Ritrama Spa*, CDT, vol. 5, nº1, 2013, pp. 240-253.
- BREIT, W./ ELZINGA, K. G. “Antitrust Enforcement and Economy Efficiency: The Uneasy case for Treble Damages”, *J. L. & Econ.*, vol. 17, 1974, pp. 329-356.
- BREITSCHAFT, A.: “The future of the Passing-off Action in the Law Against Unfair competition-An Evaluation From a German Perspective”, *EIPR*, vol. 32, nº 9, 2010, pp. 427-436
- BREUSS, F.: “European Union in the Globalised World”, en DEMETRIOU, K. N. (ed.): *The European Union in crisis: Explorations in representation and Democratic Legitimacy*, Heidelberg, Springer Verlag, 2014.
- BROZOLO, R. DI.: “Antitrust Claims: Why Exclude Them from The Hague Jurisdiction and Jugdement Convention?”, *Global Jurist Advances*, vol. 4, nº 2, 2004, pp.1-18
- BU, Q.: “Coca-cola v. Huiyuan-Market Economy Driven or Protectionism?”, *IIC*, vol. 41, nº2, 2010, pp. 202-210.
- BUCHNNER, B.: “Rom II und das Internationale Immaterialgüter-und Wettbewerbs”, *GRUR Int*, 2005, pp. 1104-1012.
- BULMER, S.: “El papel de la Unión Europea como un sistema de gobernación”, *Revista de Estudios políticos (Nueva Época)*, nº 90, Octubre-Diciembre 1995, pp. 85-112.
- BUNN, C.: “The National Law of Unfair Competition”, *Harv. L. Rev.*, vol. 62, 1948/1949, pp. 987-1001.
- BURNSTEIN, M.; “A Global Network in a Compartmentalized Legal Environment”, pp. 23-34.
- BUXBAUM, H.: “Choice of Economic Laws: From Sovereignty to Substance”, *V. J. Int’L.*, vol. 42, 2002, pp. 931-977.
- CAFAGGI, F.:
- “Chapter 13. Does Private Regulation Foster European Legal Integration?”, en PURNHAGEN, K./ROTT, P. (eds.), *Varieties of European Economic Law and Regulation*, Studies in European Economic Law and Regulation, vol. 3, Munich, Springer International Switzerland, 2014, pp. 259-283
- “Chapter 5. Private regulation in European Private Law”, en AA.VV., *Towards an European Civil Code*, The Netherlands, Wolters Kluwer (Ars Aequi Libri), 2011, pp. 91-116.
- CALLEROS, C.: “Punitive damages, liquidated damages, and clauses pénales in contract actions: a comparative analysis of the American common law and the French Civil Law”, *Brook. J. Int’L L.*, vol. 32, nº 1, 2006, pp. 69-119.
- CALLMANN, R.:
- “‘What is unfair competition?’”, *Geo. L. J.*, vol. 28, nº 5, 1940, pp. 585-607.
- “‘He Who Reaps Where He has no Sown: Unjust Enrichment in the Law of Unfair Competition’”, *Harv. L. Rev.*, vol. 55, 1941-1942, pp. 595-614.
- “‘Cosmetics in the Law of Unfair Competition’”, *Food Drug Cosmectics Law Quarterly*, vol. 1, 1946, pp. 253-265.
- “‘Unfair Competition Without Competition? The importance of the Property in the Law of Trade-Marks’”, *U. Pa. L. Rev.*, vol.95, nº 4, 1947, pp. 443-467.
- “‘False advertigins as a competitive tort’”, *Colum., L., Rev.*, vol. 48, 1948, pp. 876-888.
- “‘Fair trade’ and Antitrust Law”, *Pitt. L., Rev.*, vol. X., nº4, 1949, pp. 443-467.
- “‘The essence of Antitrust’”, *Co., L., Re.*, vol. 49, 1949, pp. 1100-1116.
- “‘Boycott and Price war: Violation of the Antitrust laws or Unfair competition?’”, *Ohio State Law Journal*, vol. 23, 1962, pp. 128-142.
- “‘Industrial Property and Trade Regulation in the European Common Market’”, *Va. L. Review*, vol., 49, 1968, pp. 462-477.

- “Unfair competition, Trademarks, and Monopolies”, *The Antitrust Bulletin*, vol. 15, nº 4, 1970
- “Unfair competition and antitrust: coexistence within complementary goals”, *The Antitrust Bulletin*, vol. 13, 1968, pp. 1335-1345.

-CALVO CARAVACA, A.L.:

“La doctrina del interés nacional y su ámbito nacional de aplicación”, *Revistas UMU*, 1976, pp. 210-233.

“El Derecho internacional privado de la Unión Europea”, *Anales de Derecho. Universidad de Murcia*, nº21, 2003, pp. 49-69.

-CALVO CARAVACA, A.L./ CARRASCOSA GONZÁLEZ J.:

“Contratos de importación y exportación de bienes culturales”, en RODRIGUEZ CARRIÓN, A.J. /PÉREZ VERA, E. (coords.), *Soberanía del Estado y Derecho internacional. Homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, t. I, Universidad de Córdoba/Sevilla/Málaga, 2005 pp. 259-293

“Section 7. Prorogatio of Jurisdiction. Article 24”, en MAGNUS, U. / MANKOWSKY, P.: *Brussels I Regulation. (European Commentaries on Private International Law)*, Munich, Sellier, 2007, 437-448.

“Competencia judicial internacional y competencia desleal a la luz del caso *Repsol v. YPF*”, *Revue internationale de droit processuel*, vol. 4, nº1, 2014, pp. 4-30.

“Un Convenio internacional perdido y hallado en las Islas Baleares: Reflexiones sobre el control de oficio de la competencia judicial internacional y las fuentes del Derecho internacional privado español”, *CDT*, vol. 9, nº 1, marzo 2017, pp. 366-382

-CAMPUZANO DÍAZ, B.: “El TJUE de nuevo con el foro de la pluralidad de demandados. Nota a la sentencia de 1 de diciembre de 2011 en el asunto *Painer*”, *CDT*, vol. 4, nº1, 2012, pp. 245-255.

-CANEDO ARRILLAGA, P.: “An attempt to increasing Competition in public procurement: One example in the Basque Country”, en BENEYTO PÉREZ, J.M. (dir.)/ MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, J. (coord.): *Fostering Growth in Europe: Reinforcing the internal market*, Madrid, CEU Ediciones, 2014, pp. 365-392.

-CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “Daños punitivos. Aspectos de Derecho internacional privado europeo y español”, en HERRADOR GUARDIA, M. J. (dir.), *Derecho de daños*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2013, pp. 383-464.

-CARRILLO DONAIRE, J. A./ MARTÍNEZ RIVERO, A.: “La autorregulación en el mercado audiovisual”, *Rev. Der. Adm.*, nº30, 2012, pp. 1-12.

-CARRILLO SALCEDO, J.A.: “Aspectos doctrinales del problema de la universalidad del Derecho de gentes”, *REDI*, vol. 17, 1964, pp. 3-15.

-CASABURI, G.: “La concorrenza sleale: le nuove tendenzia della giurisprudenza e i problemi del look-alike”, *Il Diritto Industriale*, nº2, 2011, pp. 178-200.

-CASADO NAVARRO, A.:

“Mecanismos de protección del cliente de servicios en la fase precontractual”, *Diario La Ley*, nº 8531, 2015, pp. 1-21.

“El Derecho de la competencia desleal como instrumento de protección del nombre comercial unionista: experiencias de Derecho comparado”, en MIRANDA SERRANO, L.M./COSTAS COMESAÑA, J. (dirs.): *Derecho de la competencia. Desafíos y cuestiones de actualidad*, Madrid, Marcial Pons, 2018, pp. 295-316

-CAUGHEY, R. E.: “The Use of Public Polls, Surveys and Sampling as Evidence in Litigation, and Particularly Trademark and Unfair Competition Cases”, *California Law Review*, vol. 44, 1956, pp. 539-546.

- CEBRIÁN SALVAT, M.A.: “Estrategia procesal y litigación internacional en la Unión Europea: Distinción entre materia contractual y extracontractual”, *CDT*, vol. 6, nº 2, 2014, pp. 315-329
- CHEN, X.Y.: “The Status of International Protection against Unfair Competition”, *EIPL*, vol. 19, nº8, 1997, pp. 421-424.
- CHIRITA, A. D.:
 “Undistorted, (Un)fair Competition, Consumer Welfare and the Interpretation of the Article 102 TFEU”, *World Competition Law and Economics Review*, vol. 33, 2010, pp. 417-436.
 “A legal-historical review of the EU Competition rules”, *ICLQ*, vol. 63, 2014, pp. 281-316.
- CHO, S.: “Anticompetitive trade remedies: how antidumping measures obstruct market competition”, *North Carolina Law Review*, vol. 87, nº2, 2009, pp. 357-424.
- CLARK, S.D.: “Statement of Enforcement Principles Regarding “Unfair Methods of Competition” Under Section 5 of the FTC Act”, *FTC*, Washington D.C. 20580, 13/08/2015, disponible en: https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/735201/150813section5enforcement.pdf
- CLERMONT, K. M.: “Governing Law on Forum Selection Agreements”, *Hastings Law Journal*, vol. 66, abril 2015 (versión on line en *Cornell Law Faculty Publications*, disponible en: <http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2544&context=facpub>), pp. 644-677.
- CRAIG, P.: “The evolution of the Single Market”, en Barnard, C., (ed.), *The law of the European Single Market: Unpacking the premises*, Oregon, Hart Publishing, 2002, pp. 1-41.
- CRAWFORD, E./ CARRUTHERS, J. M.: “Connection and Coherence between and among European Instruments in the Private International Law of Obligations”, *ICLQ*, 2014, pp. 1-29.
- CRESPO HERNÁNDEZ, A.: “Delimitación entre materia contractual y extracontractual en el Convenio de Bruselas: Implicaciones en orden a la determinación de la Competencia judicial internacional. Comentario a la sentencia del TJCE de 17 de octubre de 1998”, *Revista La Ley (Diario 4681)*, pp. 2178-2181.
- CREUS, A.: “La privatización del Derecho de la competencia”, *GJ*, nº 200, 1999, pp. 55-66.
- CSERES, K. J.: “The Controversies of the Consumer Welfare Standard”, *The Competition Law Review*, vol. 3, nº2, 2007, pp. 121-173.
- COLLINS, H.:
 “Harmonization by example: European Laws against unfair commercial practices”, *Modern Law Review*, vol. 73, nº1, 2004, pp. 89-118.
 “The Unfair Commercial Practices Directive”, *ERCL*, vol. 4, 2005, pp. 417-441.
- COLLINS, L.: “Interaction between Contract and Tort in the Conflict of Laws”, *Int. l & Comp. L. Q.*, vol. 16, 1967, pp. 103-144 .
- CORREA, C.M.: “Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights: a commentary on the TRIPs Agreement”, en *Oxford Commentaries on the GATT/ WTO Agreements*, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- COSTA FERNÁNDEZ, O.: “Introducción: El multilateralismo en crisis. *Introduction: multilateralism in crisis*”, *Revista CIDOB d’Afers Internationals*, nº101, 2013, pp. 7-25.
- COSTAS COMESAÑA, J.: “El concepto de acto de competencia desleal”, *ADI*, t., XIX, 1998, pp. 349-366.
- CORDERO ALVÁREZ, C.I.:
 “Algunos problemas de aplicación del art. 5.3º del Reglamento 44/2001”, *AEDIPr*, 2011, t. IX, 2009, pp. 411-428.

- “Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 15 de marzo de 2012 C-292/12, *G c. Cornelius de Visser*”, *REDI*, vol. LXIV, nº2, 2012, pp. 221-224.
- “Eficacia de las decisiones judiciales extranjeras y daños punitivos”, *AIHLADI*, nº21, 2013, pp. 241-278.
- “Competencia judicial internacional: Acciones de competencia desleal: delimitación de la materia contractual y la materia extracontractual”, *REDI*, vol. LXVI, nº2, 2014, pp. 250-253.
- CUADRA, H.: “El Derecho internacional y el nuevo orden económico internacional”, disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/634/3.pdf>
- CUARTERO RUBIO, M.V.: “Libre circulación de mercancías”, en ORTEGA ÁLVAREZ, L. I/ DE LA SIERRA MORÓN, S., (coords.): *Estudios de la Unión Europea*, Centro de Estudios Europeos D.L., Universidad de Castilla La Mancha, 2011, pp.121-136.
- CUSTER, P.: “Disciplining Private Food Standards Through WTO Law? An attempt to go Beyond the SPS and TBT Agreement Debate”, *NCCR Working Paper* n1 2013/45, 2013.
- DANOV, M.: “EU Competition Law Enforcement: Is Brussels I suited to dealing with all the challenges?”, *ICLQ*, vol. 61, 2012, pp. 27-54.
- DAVIS, J.: “Locating the Average Consumer: his judicial origins, Intellectual Influences and Current Role in European Trade Mark Law”, *IPQ*, vol. 1, nº183, 2005, pp. 183-203.
- DEAN, M.: “Unfair Contract Terms: The European Approach”, *The Modern Law Review*, vol, 54, 1993, pp. 581-590.
- DENEGRE, G. JR./HOLTZMAN S. S./LOVET, J.A. (eds.): “Tortious Interference and Unfair Trade Claims: Louisiana’s Elusive Remedies for Business Interference”, *Lo. L. Rev.*, vol. 45, 1999, pp. 395-409..
- DE BAERE, G.: “Is this a Conflict Rule which I see Before Me? Looking for a Hidden Conflict Rule in the Principle of Country of Origin as Implemented in Primary European Community Law and in the Directive on Electronic Commerce”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 11, nº3, 2004, pp. 287-319.
- DE LA CUESTA RUTE, J.M/NÚÑEZ RODRÍGUEZ, E.:
 “La acertada noción de competencia desleal en la sentencia 13 de marzo de 2009 del Juzgado de lo Mercantil de Burgos”, 2009, disponible en http://eprints.ucm.es/8722/1/Cuesta_Rute.pdf
 “Sobre la autorregulación de la publicidad y la competencia mercantil”, *Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia*, Madrid, IDEI,2007, pp. 95 – 128.
- DE LEÓN, I.: “El rol de las ideas en el diseño de políticas de competencia de promoción a la competencia internacional”, *Contexto (artículos de economía)* 1999, pp. 40-57.
- DE MIGUEL ASENSIO, P.A.:
 “Integración europea y Derecho internacional privado”, *Revista de Derecho comunitario europeo*, 1997, nº2, pp. 413-445.
 Directiva sobre comercio electrónico: Determinación de la normativa aplicable a las actividades transfronterizas”, *Revista de la contratación electrónica*, nº20, octubre 2001, pp. 3-40, disponible en: <http://eprints.ucm.es/6881/1/DIRCOMELECPdmiguel2001.pdf>
 “Algunas tendencias jurídicas de la globalización”, en *Los nuevos escenarios internacionales y europeos del Derecho y la Seguridad*, Colección Escuela Diplomática, BOE-AEPDIRI, 2003, pp. 47-84, disponible en: <http://eprints.ucm.es/6866/1/AEPDIRI2003global.pdf>.
 “La *lex loci protectionis* tras el Reglamento Roma II”, *AEDIPr*, t. VII, 2007, pp. 375-406.
 “La protección transfronteriza de los bienes inmateriales en el comercio internacional”, *Curso de Derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2008, pp. 365-446.

- “The private international law of Intellectual Property and of Unfair Commercial practices: convergence or divergence?”, LEIBLÉ S./OHLÝ, A., (eds.), *Intellectual Property and Private International Law*, Tübingen, 2009, pp. 137-190.
- “El régimen comunitario relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales”, *Revista española de seguros*, nº140, 2009, pp. 695-726.
- “Competencia judicial en material de indicaciones geográficas y denominaciones de origen”, UBERTAZZI, B./MUÑIN ESPADA, E. (coords.), *Le indicazioni di qualità degli alimenti (Diritto internazionale ed europeo)*, Milán, Giuffrè Editore, 2009, pp. 80-89.
- “Acciones de competencia desleal: delimitación entre materia contractual y extracontractual en el Reglamento Bruselas I”, disponible en: <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es/2014/03/acciones-de-competencia-desleal.html>
- “Internet Intermediaries and the Law Applicable to Intellectual Property Infringements”, *JIPITEC*, nº3, 2012, pp. 350-360.
- “Competencia judicial internacional en materia delictual e infracción de marcas en internet. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 19 de abril de 2012, C-523/10, *WINTERSTEIGER AG c. Products 4U Sondermaschinenbau GmbH*”, *REDI*, vol. LXIV, nº1, 2012, pp. 227-231.
- “Lugar de origen del daño y acciones declarativa negativas”, 2/11/2012, disponible en: <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.de/2012/11/lugar-de-origen-del-dano-y-acciones.html#more>
- “El nuevo Reglamento sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones”, *Diario La Ley*, nº8013, enero 2013.
- “Responsabilidad de administradores sociales: cuestiones de competencia judicial”, 15/09/2015, disponible en: <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es/>
- “Sumisión tácita y eficacia de cláusulas atributivas de competencia”, 1/04/2016, sólo disponible en: <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es>
- “Daños patrimoniales y determinación de la competencia en el Reglamento Bruselas I bis”, 17/06/2016, disponible en: <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.de/2016/06/danos-patrimoniales-y-determinacion-de.html>
- “La accesibilidad de los sitios de Internet como fundamento de la competencia internacional: una oportunidad perdida”, 23/12/2016, disponible en: <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es/2016/12/la-accesibilidad-de-los-sitios-de.html>
- “Acciones de cesación, condiciones generales y protección de datos: avances en la interpretación de los Reglamentos Roma I y II”, 29/07/2016, disponible en: <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.de/2016/07/acciones-de-cesacion-condiciones.html#more>
- “Indemnizaciones “punitivas” por infracciones de propiedad intelectual en la UE, 27/01/2017, disponible en: <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es/2017/01/indemnizaciones-punitivas-por.html>
- DE LA VEGA GARCÍA, F.: *Protección del diseño en el Derecho industrial y la Competencia*, Edersa, 2006
- DE ELZABURU, A.: “Unfair Competition as Regards the Commercialization of Goods and Services with particular Reference to Spain”, *Asian Regional Symposium on Protection Against Unfair Competition*, WIPO / UNDP nº 679 (EC), Beijing/Genova, 1990, pp. 29-39.
- DEN HERTOOG, V. J.: “Non Competition Clauses: Unreasonable or Efficient?”, *European Journal of Law and Economics*, nº 15, 2003, pp. 111-127.
- DE JONG, P.: “The Belgian Torpedo: From Self-propelled Armament to Jaded Sandwich”, *EIPR*, 2005, pp. 75-81.
- DEPAYRE, G.: “The Impact of the WTO on Domestic Law and Policy: EC Trade Law and Policy: Trade Barriers Regulation”, en RUTTLY, P./MACVAY, I./GEORGE, C., *The WTO and International Trade Regulation*, London, T.J. International Ltd., 1998, pp. 116-122.

- DESANTES REAL, M.: “Cooperación judicial internacional.- Reglamentos (CE) números 40/94 y 44/2001.- Marca Comunitaria.- art. 93.5 del Reglamento (CE) núm. 40/94.- Competencia internacional en materia de violación de marca.- Determinación del lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso.-Participación transfronteriza de varias personas en el mismo acto ilícito”, *REDI*, vol. LXVI, nº2, 2014, pp. 258-262.
- DESSEMONTET, F.:
 “Los principios del *American Law Institute*: propiedad intelectual y litigios transfronterizos”, *InDret*, nº2, 2009, pp. 1-24.
 “Arbitrage, propriété intellectuelle et droit de la concurrence. Perspective suisse”, *ASA Special Series*, pp.55-99, disponible en: <http://www.unil.ch/files/live/sites/cedidac/files/Articles/ASA%20Special%20Series.pdf>
- DIAGO DIAGO, P.: “La residencia digital como nuevo factor de vinculación en el Derecho Internacional Privado del Ciberespacio ¿posible conexión de futuro?”, *Diario La Ley*, nº 8308, 2014.
- DÍAZ MÉNDEZ, N.: “La competencia territorial en los juicios en materia de competencia desleal”, *La Ley*, nº2, 1993, pp. 980-982.
- DICKINSON, A.:
 “Provisional Measures in the Brussels I Review: Disturbing the status quo?”, *JPIL*, vol. 6, nº3, 2010, pp. 519-564.
 “By Royal Appointment: No Closer to an EU Private International Law Settlement?”, 2012, disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2167092
 “Towards an agreement on the concept of “contract” in EU private international law”, *Lloyd’s Maritime and Commercial Law Quarterly*, 2014, pp. 466-474.
- DÍEZ ESTELLA, F.:
 “La teoría del abuso de mercados “vecinos” o “conexos” y el *monopoly leveraging*”, *Revista mensual de Competencia*, Albiñana & Suárez de Lezo, nº10, 2002.
 “Las complicadas relaciones entre la ley de defensa de la competencia y la ley de competencia desleal”, *GJC*, nº 219, 2002, pp. 11-28.
 “Los objetivos del Derecho *antitrust*”, *GJUEyC*, nº 224, Marzo- Abril 2003, pp. 32-52.
 “¿Réquiem por el artículo 7 de la Ley de Defensa de la Competencia?”, *Diario La Ley*, año XXVI, nº 6373, 2005, pp.1-26.
 “Los nuevos actos de competencia desleal contra consumidores en la Ley 29/2009, de 30 de diciembre; especial referencia a las prácticas agresivas”, *Distribución comercial y defensa de la competencia*, Madrid, 2011, pp. 539-560.
 “La teoría del abuso de mercados “vecinos” o “conexos” y el *monopoly leveraging*”, *Revista mensual de Competencia*, Albiñana & Suárez de Lezo, nº10, 2002.
- DÍAZ MIER, M.A.: “Ética empresarial e internacional”, *ICE*, nº 823, 2005, pp. 69-86.
- DÍEZ VELASCO, M.: “Notas para el estudio de la competencia ilícita”, *RDM*, 1946, pp. 453-480.
- DRAHOS, M.: “The Universality of Intellectual Property Rights: Origins and Development”, *Intellectual Property and Human Rights*, OMPI, Génova, 1998, pp.349-371.
- DYER, A. :“Exploratory Study on the law applicable to Unfair competition/Étude exploratoire sur la loi applicable en matière de concurrence déloyale”, The Hague/La Haye, *Permanent Bureau of the Conference of the Hague/Bureau permanent de la Conférence de La Haye*, 1987.
- DYSON, K.: “Culturas Issues and the European Single Market: Barriers to Trade and Shifting Attitudes”, *Political Quarterly*, vol. 64, 1993, pp. 84-98.

- DOGAUCHI, M., Y HARTLEY, T.C.: “Rapport explicatif annexé à la Convention du 30 juin 2005 sur les accords d’élection de for”, *Conférence de La Haya de droit international privé*, 2013, pp. 1-104
- DOMENECH, G.: “La regulación de la economía colaborativa (el caso “Uber contra el taxi””, *Revista CEFLEGAL*, nº175-176, 2015, pp. 61-114.
- DOMÍNGUEZ PÉREZ, E.: “Capítulo VII.-Competencia desleal”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (ed.): *Derecho de la Competencia y Propiedad industrial en la Unión Europea*, Cizur-Menor, Thomson-Aranzadi, 2008, pp. 177-202.
- DORNIS, W. T.:
- “When in Rome, do as the Romans do? A Defense of the *Lex Domicilii Communis* in the Rome II Regulation”, *The European Legal Forum*, nº4, 2007, pp. 152-159
- “Von Kafelis zu Brogsitter- Künftig enge Grenzen der Annexkompetenz im europäischen Vertrags- und Deliktsgerichtsstand”, *GPR*, nº 6, 2014, pp. 352-354.
- DUTOIT, B. : “Une convention multilatérale de droit international privé en matière de concurrence déloyale: Mythe ou nécessité?”, en BORRÁS RODRÍGUEZ, A., (ed.): *E. Pluribus Unum. Liber amicorum Georges A. L. Droz*, The Hague/Boston/London, Kluwer Law International, 1996, pp. 53-66.
- EBERS, M.: “De la armonización mínima a la armonización plena”, *InDret*, nº2, 2010, pp. 1-47.
- EDWARD, D.: “Economic Law as an Economic Good: Reflections of a European Judge”, en MEESEN, K. M./BUNGENBERG, M./ PUTTLER, A. (eds.): *Economic Law as an Economic Good: Its Rule Function and its Tool Function in the Competition of Systems*, Múnich, Sellier (European Law Publishers), 2009.
- EHRHARDT MARCOS DE, A.: “A responsabilidade civil por acto ilícito no direito internacional privado contemporâneo: desafios do Direito de Dano num mundo globalizado”, pp.1-10.
- ELVIRA BENAYAS, M.J.: “¿La infracción de la responsabilidad social corporativa puede generar responsabilidad extracontractual”, *AEDIPr*, t. XI, 2011, pp. 717- 725.
- EMPARANZA SOBEJANO, A.: “Competencia desleal y protección de los consumidores”, en MIRANDA SERRANO, L.A./COSTAS COMESAÑA, J.(dirs.): *Derecho de la competencia. Desafíos y cuestiones de actualidad*, Madrid, Marcial Pons, 2018, pp. 95-106
- ENCHELMAIER, S.:
- “Article 36 TFEU: General”, en OLIVER, P. (ed.): *Free movement of Goods in the European Union*, 5ª ed., Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2010.
- “The ECJ’s Recent Case Law on the Free Movement of Goods: Movement in All Sorts of Directions”, *YEL*, vol. 26, nº 1, 2007, pp. 115-156.
- EPSTEIN, J.: “The Other Side of the Harmonization: Can Trade and Competition Laws Work Together in the International Marketplace?”, *Am.U. Int. 'l. L. Rev.* nº17, 2002, pp. 343-368.
- ESTEVE GONZÁLEZ, L.: “La protección internacional de la propiedad intelectual (derechos de autor y conexos) en el contexto digital: *quo vadis*”, UAIPIT, 2012, disponible en: [http://www.uaipit.com/files/publicaciones/1279710169_LYDIA_ESTEVE - PI - QUO VADIS-01.07.2010.pdf](http://www.uaipit.com/files/publicaciones/1279710169_LYDIA_ESTEVE_-_PI_-_QUO_VADIS-01.07.2010.pdf)
- ERHART, L.: “Hacia una economía política humanista”, *Cuadernos de empresa y humanismo*, nº 38, 1993, pp. 3-38.
- ESPLUGUES MOTA, C.:
- “Aspectos de Derecho internacional privado de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, de 7 de enero de 2000”, *Revista de Derecho*, nº1, 2002, pp. 1-43.

“Normas de competencia judicial internacional en materia de propiedad intelectual” en, FERNÁNDEZ MASÍA, E., *et al.*: *Los derechos de propiedad intelectual en la nueva sociedad de información: perspectivas de derecho civil, procesal, penal e internacional privado*, Granada, Comares, 1998, pp. 191-246.

-FACH GÓMEZ, K.:

“Obligaciones extracontractuales en DIPr; tendencias actuales y perspectivas de futuro en el ámbito europeo”, en *XXX Curso de Derecho internacional*, Comité Jurídico Interamericano, Washington D.C., 2004, pp. 317-335.

“De nuevo sobre la materia delictual y cuasi-delictual en el Convenio de Bruselas de 1968”, *AEDIPr*, t. IV, 2004, pp. 897-900.

-FERNÁNDEZ BAÑOS, J.:

“Los caracteres generales de los Códigos de conducta como exponente de la autorregulación en el sector de la distribución comercial”, *DJV Abogados*, julio/2012, pp. 1-2.

“Autorregulación y competencia desleal en el sector alimentario español”, *Diario La Ley*, nº 8899, enero 2017.

-FERNÁNDEZ LALANNE, P. E.: “Prácticas restrictivas de comercio, competencia desleal y “dumping” en la integración económica centroamericana”, *INTAL, Derecho de la integración*, nº20, 197, pp. 47-77.

-FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.J.: “Competencia desleal: el cambio normativo y la posición de la jurisprudencia”, *Revista de Política Social*, nº 142, 1984, pp. 243-255.

-FERNÁNDEZ MASÍA, E.: “Protección de los intereses colectivos de los consumidores y actividades ilícitas transfronterizas en la Unión Europea”, *Estudios sobre Consumo (EC)*, nº 56, pp. 5-29.

-FERNÁNDEZ-NÓVOA, C.:

“Reflexiones preliminares sobre la Ley de Competencia Desleal”, *Diario La Ley*, nº 2761, 1991, pp. 1179-1184.

“La Directiva comunitaria sobre prácticas comerciales desleales”, *Diario La Ley*, nº 6408, 2006, pp. 1-12.

-FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.:

“Derecho internacional privado y Derecho comunitario”, *Revista de Instituciones Europeas*, vol.17, 1990, pp. 754-824.

“Autorregulación y unificación del Derecho de los negocios internacionales”, en GONZÁLEZ GARCÍA, J.V.,(dir.): *Derecho de la regulación económica*, vol. VIII (Comercio exterior), Madrid, Iustel, 2009, pp.83-137.

“El derecho económico internacional de la globalización”, *Guerra y paz (1945-2009). Obra homenaje al Dr. Torres Bernárdez*, Bilbao, Serv. Edit. Univ. País Vasco, 2010, pp. 197-236.

-FERNÁNDEZ TORNÉS, A.: “Los Códigos de conducta internacionales: nuevos instrumentos de regulación para un nuevo orden internacional”, *ADI*, nº 4, 1977, pp. 199-238.

-FERNÁNDEZ PÉREZ, A.: “La cooperación de la Unión Europea con terceros países en materia de defensa de prácticas anticompetitivas: hacia un modelo de “nueva generación”, *La Ley Unión Europea*, nº21, 2013, pp. 1-20.

-FINGER, J.M.: “The Meaning of “Unfair” in US Import Policy”, *Working Paper WPS 74*, Economics Department, *World Bank*, 1991, pp. 3-27.

-FIKENSTCHER, W.: “The Draft International Antitrust Code (DIAC): in the context of International technological integration”, *Chicago-Kentucky Law Review*, vol. 72, nº 533, 1996-1997, pp. 533-545.

-FITZGERALD, D.: “Comparative Advertising in the United Kingdom”, *EIPR*, vol. 19, nº12, 1997, pp. 709-714.

- FONT SEGURA, A.: “Infructuoso intento de justificar la competencia de la jurisdicción española con base en el art. 4 de la Ley de competencia desleal”, *AEDIPr*, t. V, 2005, pp. 676-680.
- FONT GALÁN, I./MIRANDA SERRANO, L.: “Defensa de la competencia y competencia desleal: conexiones funcionales y disfuncionales”, en FONT GALÁN, J.I./ PINO ABAD, M. (coords.: *Estudios de Derecho de la competencia*, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 2005, pp. 11-48.
- FORRESTER, I. S./NORALL, C.: “Recent Developments in EEC Trade Law”, en CAMBEWLL, D./ ROHWER, C., (ed.): *Legal Aspects of International Business Transactions*, Vol. II, North-Holland, Elsevier Science Publishers B.V., 1995, pp. 11-38.
- FOX, E.M.:
 “Competition law and the agenda for the WTO: Forging the links of Competition and Trade”, *Pac. Rim L. & Pol. y J.*, vol. 4, nº1, 1995, pp. 3-47.
 “Trade, Competition, and Intellectual Property-TRIPS and Antitrust Counterparts”, *Vand. J. Transnat'l L.*, vol. 28, 1996, pp. 481-505.
 “Toward World Antitrust and Market Access”, *The American Journal of Int. Law*, vol. 91, nº1, enero 1997, pp. 1-25.
 “National Law, Global Markets, and Hartford: Eyes Wide Shut”, *Antitrust Law Journal*, vol. 68, 2000, pp.73-86
 “Antitrust and Regulatory Federalism:Raced up, down and sideways”, *N.Y.U.L. Review*, vol. 75, 2000, pp. 1781-1807.
 “We Protect Competition, You Protect Competitors”, *World Competition Review*, vol. 26, nº2,2003, pp. 149-156.
 “The WTO’s First Antitrust Case- *MEXICAN TELECOM*- A Sleeping Victory for Trade and Competition”, *Journal of International Economic Law*, vol. 9, nº2, 2006, pp. 271-292.
 “Competition law”, en Lowenfeld, A. F. (ed.): *International Economic Law*, 2ªed., Oxford, Oxford University Press, 2008, pp. 417-464.
 “Competition law”, en LOWENFELD, A. F. (ed.): *International Economic Law*, New York, 2002, pp. 341- 371.
- FRANCESCHELLI, R.: “Studi sulla concorrenza sleale”, *Riv. Dir. Ind.*, vol. 1, 1962, pp. 11-32.
- FRANKEL, S.: “Legitimidad y finalidad de los capítulos de propiedad intelectual en los Tratados de Libre Comercio (TLC)”, *Rev. Prop. Inmaterial*, nº15, 2011, pp. 169-187.
- FRANZOSI, M./JANDOLI, V.: “A Preliminary Injunction Concerning Unfair Competition in the Alcoholic Beverages Sector in Italy”, *EIPR*, vol. 10, 1996, pp. 567-571.
- FRANZOSI, M.: “
 Worldwide Patent Litigation and the Italian Torpedo”, *EIPR*, vol. 7, 1997, p. 382.
 “Torpedoes are here to stay”, *IIC*, 2002, pp. 154-163.
- FROMONT, A./VERDURE, G.: “La consécration du critère de « accès au marché » au sein de la libre circulation des marchandises : mythe ou réalité ? », *Research Paper of Law-Departament of European Legal Studies*, nº4, 2011, disponible en : http://aei.pitt.edu/44324/1/researchpaper_4_2011_fromont_verdure.pdf
- FUENTES CAMACHO, V.: “Competencia judicial internacional.-Responsabilidad extracontractual. Artículo 5.3 del Convenio de Bruselas. Lugar dónde se hubiere producido el hecho dañoso. Perjuicio patrimonial sufrido como consecuencia de inversiones de capital realizadas en otro Estado contratante”, *REDI*, vol. 56, nº2, 2004, pp. 860-866.
- FURTAK, O.: “Application of Foreign Law to Determine Punitive Damages”, en GOTTSCHALK, E./ MICHAELS, R./RÜHL, G./Y VON HEIN, J. (eds.): *Conflict of Laws in a Globalised World*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, pp. 267-290.
- GALLAFENT, R. “Fair Play for SMEs in the Marketplace: Using Laws against Unfair Competition and the Protection of Trade Secrets”, *WIPO*, IP/MOW/02/11Moscú, mayo 2002, pp. 1-6, disponible en: http://www.wipo.int/edocs/mdocs/sme/en/wipo_ip_mow_02/wipo_ip_mow_02_11.pdf

- GANGJEE, D.: “Quibbling Siblings: Conflicts between Trademarks and Geographical Indications”, *Chicago Kent-L-’R., (Symposium: Intellectual Property, Trade and Development; Accomodating and Reconciling Different National Levels of Protection)*, vol. 82, nº3 artículo 6, enero 2007, pp. 1253-1291
- GASTIABURU, K.: “Indicaciones geográficas y denominaciones de origen: Modos de protección internacional de los productos de calidad agroalimentarios, vinícolas, artesanales y otros”, *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*, nº 7, 2008, pp. 238-287.
- GARCÍA CANO, S.: “La cooperación internacional en el ámbito del Derecho de la competencia: especial referencia a las relaciones euroamericanas”, 1998, disponible en: <http://helvia.uco.es/xmlui/bitstream/handle/10396/2878/14.pdf?sequence=1>
- GARCÍA-DENCHE NAVARRO, J.A.: “Reconocimiento mutuo en el mercado interior europeo. Nueva reglamentación comunitaria de aplicación”, *Boletín Económico del ICE*, nº2975, Oct. 2009, pp. 48-59. Disponible en: <http://www.soivre.org/Aniversario75/BICE/05.%20RECONOCIMIENTO%20MER%20INT%20EURO%20SEGUNDA.pdf>
- GARCÍA LÓPEZ, J.A.:
 “Los efectos del Derecho privado de las normas de intervención en el comercio internacional: una aproximación”, *Revista de Derecho de la Universidad Complutense*, 1991-1992, pp. 69-86.
 “La Organización Mundial del Comercio y la protección convencional de los derechos de propiedad industrial”, *AEDIPr*, t. 0, 2000, pp., 1009-1014.
 “El acuerdo de asociación transatlántico sobre comercio e inversiones: aproximación desde el Derecho del comercio internacional”, *La Ley Unión Europea*, nº17, julio 2014, año II, pp. 1-11.
 “La nueva política antidumping de la Unión Europea sobre reconsideración de derechos”, *La Ley Unión Europea*, nº29, 2015, pp. 1-12.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J.:
 “La racionalidad económica del Derecho internacional privado”, *Cursos de Derecho internacional privado Vitoria Gasteiz*, 2001, disponible en: http://www.ehu.es/cursosderechointernacionalvitoria/ponencias/pdf/2001/2001_2.pdf
- “La unificación del derecho conflictual en Europea: el reglamento sobre obligaciones no contractuales: Roma II”, *Diario La Ley*, nº6811, 2007
- “Un apunte sobre la llamada “regla general” en el Reglamento Roma II”, *AEDIPr*, t. VII, 2007, pp. 241-250.
- “The Rome II Regulation: On the way towards a European Private International Law Code”, *The European Legal Forum (E)*, Doc. 688, nº. 3, 2007, pp. 77-91, disponible en: <http://www.simons-law.com/library/pdf/e/688.pdf>
- “La competencia judicial para adoptar medidas cautelares: el caso IBERDROLA vs. EDF”, *RCyD*, nº3, sección práctica, julio-diciembre 2008, pp. 147-156.
- “Consumer Protection from a Conflict-of-Laws perspective: The Rome I Regulation Approach”, en FORNER DELAYGUA, J./GONZÁLEZ BEILFUSS, C./VIÑAS FARRÉ R. (coords.): *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 445-463.
- “¿Qué tribunales nacionales son competentes para conocer de las demandas por responsabilidad del folleto? A propósito de la STJUE de 28 de enero de 2015”, 3/02/2015, disponible en: <http://derechomercantilesana.blogspot.com.es/2015/02/que-tribunales-nacionales-son.html>
- “La competencia judicial en la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial”, *Diario La Ley*, Sección Documento on-line, 28/09/2015, pp. 1-11,
- “Provisional and Protective measures in the Brussels I Regulation Recast”, *YPIL*, vol. 16, 2014/2015, pp. 57-83

- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., HEREDIA CERVANTES, I.: “Lo que depara el año 2015 para el Derecho del comercio internacional: realidades y deseos”, *La ley mercantil*, nº9, diciembre 2014, pp. 4-6.
- GARCÍA MOLYNEUX, C.T.G.: “The Trade Barriers Regulation: The European Union as a Player in the Globalization Game”, *European Law Journal*, vol. 5, nº4,1999, pp. 375-418.
- GARCÍA PÉREZ, R.:
- “Obstáculos a la libre circulación de mercancías generados por las normas sobre competencia desleal de los Estados Miembros. (Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 13 de enero de 2000, “*Estée Lauder/Lancaster*”)”, *ADI*, t. XXI, 2000, pp. 451-468.
- “Consideraciones preliminares sobre la incidencia en la Ley de Competencia Desleal del Anteproyecto (1) de Ley que incorpora la Directiva sobre las prácticas comerciales desleales (2)”, *Diario La Ley*, nº7051, Sección Doctrina, 2008, pp. 1-15.
- “La diligencia profesional: un concepto clave del nuevo Derecho contra la competencia desleal”, *AFDUDC*, nº14, 2010, pp. 23-37.
- “Nuevas relaciones entre la ley de marcas y la ley de competencia desleal”, *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, vol. 2, nº1, 2012, pp. 25-40.
- GARCÍA VIDAL, A.: “La Directiva sobre prácticas comerciales desleales no permite una normativa nacional que prohíba la venta a pérdida nacional”, *Noticias breves Gómez Acebo & Pombo*, Mayo 2013, disponible en: <http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/la-directiva-sobre-practicas-comerciales-desleales-no-permite-una-normativa-nacional-que-prohiba-la-venta-a-perdida-con-caracter-general.pdf>.
- GARDEÑES SANTIAGO, M.:
- “Ley aplicable a la responsabilidad civil derivada del delito en el Derecho internacional privado español”, *AEDIPr*, t. 0, 2000, pp. 159-183.
- “Les exigences du marché intérieur dans la construction d’un code européen de droit international privé, en particulier la place de la confiance et de la reconnaissance mutuelle”, en FALLON, M./LAGARDE, P./POILLOT PERUZETTO, S.: *Quelle architecture pour un Code Européenne de Droit Interantional Privé?*, Bruselas, P.I.E. Peter Land, 2011, pp. 89-107.
- GARRETT, G.: “International Cooperation and institutional choice: European Community’s internal market”, *International Organization*, vol. 46, nº 2, 1992, pp. 533-560.
- GARAU SOBRINO, F.F.: “Los acuerdos atributivos de jurisdicción en el Derecho procesal civil internacional español”, *CDT*, vol. 2, nº2, 2010, pp. 52-91.
- GASCÓN INCHAUSTI, F.: “Algunas cuestiones en torno a la aplicación judicial de las normas de competencia judicial”, *Tribunales de Justicia*, nº12, 2001, pp. 81-95.
- GAUDEMMENT-TALLON, H.: “Note sur l’arret Kalfelis vs. Schröder”, *Rev.crit.dr.int. priv.*, 1989, pp. 117-123.
- GERBER, D. J.:
- “Anthropology, History and the “More Economic Approach” in European Competition Law- A Review Essay”, *IIC*, vol.41, nº5, 2010, pp. 441-449.
- “Fairness in Competition Law: European and U.S. Experience”, 2004, disponible en: http://archive.kyotogakuen.ac.jp/o_ied/information/fairness_in_competition_law.pdf
- GIFFORD, D. J.: “The draft International Antitrust Code Proposed at Munich: Good intentions Gone Awry”, *Minnesota Journal of Global Trade*, vol. 6, nº2, 1997, pp. 1-66.
- GIL NIEVAS R.: “Litigación civil internacional por daños derivados de infracciones al derecho de la competencia”, *Revista del Derecho de la Competencia y la Distribución (La Ley)*, nº4, Secc. Estudios, Enero-Junio 2009.

- GILLIES, L.: "Creation of Subsidiary Jurisdiction Rules in the Recast of Brussels I: Back to the Drawing Board", *J. Priv. Int. L.*, vol. 8, nº3, diciembre 2012, pp. 489-511.
- GHIDINI, G.: "On the impact of the TRIPS on "least developed countries": a tale of double Standards", *Queen Mary Journal of Intellectual Property*, vol. 1, nº1, 2011, pp. 73-79.
- GLÖCKNER, J.:
 "Ist die Union reif für die Kontrolle an die Quelle?", *WRP*, 2005, pp. 795-808.
- "The Scope of Application of the UCP Directive. I know you did last summer", *IIC*, vol.41, nº5, 2010, pp.570-592.
- "Unfair Trading Practices in the Supply Chain, Disparities in Bargaining Power and the Co-ordination of European Contract, Competition and Unfair Competition Law", *GRUR Int*, nº12, 2016, pp.1106-1120.
- GLÖCKNER, J./KUR, A.: "Geschäftliche Handlungen im Internet Herausforderungen für das Marken- und Lauterkeitsrecht", *GRUR*, 2014, pp. 29-51.
- GOFFAUX CALLEBAUT, G.: "Le préjudice en droit de la concurrence", *Hokkaido Journal of New Global and Policy*, vol. 5, 2010, pp. 37-65, disponible en: http://lex.juris.hokudai.ac.jp/gcoe/journal/LPG_vol5/5_3.pdf
- GOLDMAN, B.: "Multinational Enterprises", *IDI*, Session of Oslo, 1977, pp. 1-3
- GOLSMITH J.L./SYKES A.O.: "Lex loci delictus and global economic welfare: Spinozzi v. ITT Sheraton Corp.", *Harv. L. Rev.*, vol.120, 2007, pp. 1137-1146.
- GONZÁLEZ CASTILLA, F./RUIZ PERIS, J.I. (dirs.): *Estudios sobre el regimen jurídico de la cadena de distribución agroalimentaria*, Madrid, Marcial Pons, 2016.
- GONZÁLEZ CAMPOS, J.D.: "Las relaciones entre *forum* y *ius* en el Derecho internacional privado. Caracterización y dimensiones del problema", *ADI*, vol. IV, 1977-78, pp. 89-95.
- GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, R.: "Responsabilidad extracontractual y contractual: barrera entre ambas. *Extracontractual and contractual liability: borderline between them*", *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, t. XXVI, 2013, pp. 203-214.
- GÓMEZ POMAR, F.:
 "La Salud del Derecho de daños en España", *InDret*, Working paper nº136, Barcelona, mayo-2003, disponible en: http://www.indret.com/pdf/136_es.pdf
- "EC Consumer Protection Law and EC Competition Law: How related are they? A Law and Economic Perspective?", *InDret*, 2003, pp. 1-19, disponible en: http://www.indret.com/pdf/113_en.pdf.
- GÓMEZ SEGADE, J.A.: "El Acuerdo ADPIC como nuevo marco para la protección de la propiedad industrial e intelectual", *ADI*, t. XVI, 1994-1995.
- GONZÁLEZ VAQUÉ, L.:
 "La noción de consumidor medio según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", *GJUE*, nº 17, 2004, pp. 47-82.
- "La noción de consumidor en el Derecho Comunitario", *Estudios sobre consumo*, nº75, 2005, pp. 25-42.
- "La Directiva 2005/29 relativa a las prácticas comerciales desleales: entre el objetivo de la armonización total y el *enfoque de la plena armonización* en materia de protección de consumidores", disponible en: <http://www.diritto.it/archivio/1/20883.pdf>, pp. 1-22.
- "El Derecho de Consumo en la Unión Europea: la problemática planteada por la *armonización mínima* en las normativas comunitarias relativas a la protección de los consumidores", *Diritti & Diritti*, disponible en: http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/armonmin.pdf.
- UE: La sentencia ANETT del TJUE sobre monopolios naturales del tabaco", disponible en: <http://www.monografias.com/trabajos93/ue-sentencia-a-anetta-del-tj-monopolios-tabaco/ue-sentencia-a-anetta-del-tj-monopolios-tabaco.shtml>

- “La jurisprudencia del TJUE referente a la interpretación de la Directiva sobre prácticas comerciales desleales”, *Diario La ley*, nº 7934, Sección Doctrina, 2012, pp 1-31.
- “La Directiva sobre las prácticas comerciales desleal: una cosa es predicar y otra dar trigo”, *GJUEyC*, nº36, noviembre-diciembre 2013, pp. 51-60.
- GORDILLO PÉREZ, J.I/ RAMÓN CANEDO ARRILLAGA, J.: “La Constitución económica de la Unión Europea. Bases de un modelo en constante evolución”, *CDT*, Marzo 2013, vol. 5, nº1, pp. 163-183
- GORMLEY, L.W.:
- “Competition and Free Movement: is the Internal Market the Same as a Common Market?”, *EBLR*, 2002, pp. 517-522.
- “Silver Threads Among the Gold...50 years of the Free Movement of Goods”, *Fordham Int. 'L. R.*, vol. 31, nº6, artículo 4, 2007, pp. 1637-1691.
- GRIFFIN, M. G.: “Caught Between a Mark and a Hard Place: Resolving U.S.-Cuban Trademark Disputes in a Post-Embargo World”, *Journal of Intellectual Property Law*, vol. 23, nº2, 2016, pp. 295-318.
- GRISMORE, G.C.: “Are Unfair Methods of Competition Actionable at the Suit of a Competitor?”, *Mich. L. Review*, vol. 33, nº3, 1934-1935, pp. 321-337.
- GROOVE HAINES, C.: “Efforts to define Unfair competition”, *T. ' Y. ' L. ' Journal*, vol. 29, nº1, 1919, pp. 1-28.
- GUILLÉN CARAMÉS, J.: “El marco jurídico de la política comunitaria de la protección de los consumidores”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº5, 2003, pp. 233-270.
- GUIMARAES, H./EGAN, M.: “Barriers to Business in the Single Market”, 2014 disponible en: <http://www3.eeg.uminho.pt/economia/nipe/iibc2013/6.5.pdf>
- GUINARTE CABADA, D.: “Consideraciones político-criminales en torno a la competencia desleal”, disponible en: https://dspace.usc.es/bitstream/10347/4195/1/pg_127-182_penales15.pdf
- GUTIÉRREZ FONS, J.A.: “Las cláusulas de reconocimiento mutuo: La perspectiva comunitaria del Derecho nacional”, *REEL*, nº10, 2005, pp. 1-43.
- GUZMÁN ZAPATER, M.: “El principio del reconocimiento mutuo, ¿un nuevo modelo para el Derecho internacional privado comunitario? (A propósito de la Comunicación de la Comisión: Libre prestación de servicios e interés general en el segunda Directiva bancaria)”, *Revista de Derecho Comunitario*, nº3, 1998, pp. 137-170.
- GUTIÉRREZ GILSANZ, J.: “Aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno, a propósito de la SJMER de Barcelona (nº2) de 25 de abril de 2008”, *RDyC*, nº4, Sección Comentarios de jurisprudencia, Enero-Junio 2009.
- HAGE-CHAHINE, N.: “*Culpa in contrahendo* in European Private International Law: Another Look at Article 12 of the Rome II Regulation”, *Nw. J. Int. 'l L.*, vol. 32, nº3, 2012, pp. 451-540.
- HANDIG, C.: “Neues im Internationalen Wettbewerbsrecht-Auswirkungen der Rom II-Verordnung”, *GRUR Int*, vol. 24, 2008, pp. 1-16.
- HANDLER, M.:
- “Unfair competition”, *Iowa L. Review*, vol. XXI, vol. 2, 1936, pp.175-262.
- “Sharing in Product Goodwill: A Tort or a Constitutional Privilege?”, *Colum., L., Review*, vol. 64, 1964, pp. 1183-1186.
- HARLOW, C.: “Public and Private Law: Definition without distinction”, *Modern L., Rev.*, vol. 43, nº3, mayo 1980, pp. 241-265.
- HELLNER, M.:

- “Unfair Competition and Acts Restricting the Free Competition: A Commentary on Article 6 of the Rome II Regulation”, *YPIL*, vol 9, 2007, pp. 49-69.
- “The Country of Origin principle in the E-Commerce Directive: A conflict with conflict of laws”, *RGS Working Papers*, n°6, Riga, 2003, pp. 3-27.
- HEROLD, A.: “Country of Origin Principle in the EU Market for Audiovisual Media Services: Consumer’s Friend or Foe?”, *J. Consum Policy*, vol. 31, 2008, pp. 5-24.
- HENNING-BODEWIG, F.:
- “International Protection against Unfair Competition- Art. 10bis Paris Convention, TRIPS and WIPO Model Provisions”, *IIC*, vol. 166, 1999, pp. 233-241.
- “Herkunftslandprinzip im Wettbewerbsrecht: Erste Erfahrung-Ammerkung zu OLG Hamburg “Active Two””, *GRUR*, vol. 106, n°10, 2004, pp. 822-824.
- “Nationale Eigentändigkeit und europäische Vorgaben im Lauterkeitsrecht”, *GRUR Int.*, vol. 549, n°7, 2010, pp. 549-563.
- “Der Schutzzweck des UWG und die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken”, *GRUR*, vol. 115, n°3, 2013, pp. 238-244.
- „Internationale Standards gegen unlauteren Wettbewerb“, *GRUR Int.*, vol. 62, n°1, 2013, pp. 1-21.
- „Unlautere“ Geschäftspraktiken und der Bezug zu Art. 10bis PVÜ- Warum „unseriöse“ Geschäftspraktiken keinen Sinn ergibt“, *GRUR Int.*, vol. 63, n°11, 2014, pp. 997-1006.
- „Lauterkeit im B2B-Verhältnis-„anständige Marktgepflogenheiten“, nicht „fachliche Sorgfalt“, *GRUR Int.*, vol. 64, n°6, 2015, pp. 529-534.
- „Enforcement in deutschen und europäischen Lauterkeitsrecht“, *WRP*, vol. 61, n°6, 2015, pp. 667-674.
- „A common European Law of Unfair Competition-Europeanization and Integration. From harmonizing Misleading Advertising to Unfair Commercial Practices“, *GRUR Int.*, vol. 64, n°4, 2015, pp. 334-336.
- “TRIPS and Corporate Social Responsibility: Unethical Equals Unfair Business Practices?”, en ULLRICH, H./HILTY, R./LAMPING, M./DREXL, J.(eds.): *TRIPS plus 20: from Trade Rules to Market Principles*, vol. 25, MPI Studies on Intellectual Property and Competition Law, Munich, Springer, 2016, pp. 701-724.
- HENNING BODEWIG, F./SPENGLER, A.: “Conference Report: “Framing- The “Hard Core” of Unfair Competition Law”. Workshop of the Max Planck Institute for Innovation and Competition (Munich), 9-11 2016, *GRUR Int.*, 2016, pp. 911-914.
- HENNING-BODEWIG, F./SCHRICKER, G.: “New Initiatives for the Harmonization of Unfair Competition Law in Europe”, *EIPR*, vol. 24, n°5, 2002, pp. 271-276.
- HESS, B./PFEIFFER, T./SCHLOSSER, P.: “Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States”, *Institut für Ausländisches und Internationales Privat- und Wirtschaftsrecht*, Study JLS/C4/2005/03, 2007, pp. 174-216.
- HESSELINK, M.: “SMEs in European Contract Law” en BOELE-WOELKIE, K./ GROSHEIDE, W. (eds.): *The Future of European Contract Law. Essays in honour of Ewoud Hondius*, Alphen, Kluwer, 2007.
- HESTERMEYER, H.P.: “The Notion of “Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights: From World Trade to EU Law and Back Again”, *IIC*, vol. 44, 2013, pp. 925-931.
- HEREDIA CERVANTES, I.: “Infracción de patentes y pluralidad de demandados en el ámbito comunitario”, *La Ley Unión Europea*, XXVIII, n° 6703, 20 de abril 2007, pp. 1-7.
- HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, J.: “La crisis de regulación en la Unión Europea”, *Lan Harreman AK*, n°26, 2012, pp. 12-34.
- HILTY, R./POZDSNUN, R./HENNING-BODEWIG, F.: “Comments of the Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law, Munich of 29 April on the Green Paper of the European Commission on Unfair Trading Practices in the Business-to-Business Food and Non-Food Supply Chain in Europe Dated 31 de January 2013, Com (2013) 37 final”, *IIC*, n°44, 2013, pp. 701-709.

- HORN, N.: "International rules for Multinational enterprises: The ICC, OCDE and ILO initiatives", *T'Amer.Univ.L'R.*, vol. 30, 1980, pp. 923- 940.
- HUNTLEY, J.A.K./STEPHEN, F. H.: "Unfair competition, Consumer Deception, and Brand Copying: An Economic Perspective", *Int. Rev. Law & Economics*, vol. 15, nº 4, 1995.
- HUSOVEC, M.: "Comment on "Pinckney", Council Regulation (EC) No. 44/2001 of 22 December 2000 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters, Art. 5(3)- Peter Pinckney v. KDG Mediatech AG", *IIC*, vol. 45, 2014, pp. 370-374.
- INCARDONA, R./PONCIBÓ, C.: "The average consumer, the unfair commercial practices directive and the cognitive revolution", *J.Consum. Policy*, 2007, pp. 21-37.
- IRÁKULIS ARREGUI, N./ LEIÑENA MENDIZÁBAL, E.: "Publicidad lícita y ética", *Cuadernos de Derecho y Comercio*, nº50, 2009, pp. 71-127.
- JACQUEMIN, A.:
 "Capitalism, Competition, Cooperation", *De Economist 143*, vol.1, febrero-1995, pp. 1-14
 "Objetivos e instrumentos de la política europea de la competencia después de 1992", en MARTÍN, C. (coord.), *Política industrial, teoría y práctica*: Madrid, Economistas libros, 1992 (versión traducida por HUERGO OREJAS, E.), pp. 109-137.
- JAFFERALI, R.: "Rome II ou la loi applicable aux Obligations non contractuelles. Ire partie", *Revue Générale des Assurances et des Responsabilités*, nº268, 2008, pp. 14386-14400.
- JAKOULOFF, K.: "Les organismes sociaux peuvent se rendre coupables de pratiques commerciales déloyales", *RUE*, nº 580, Julio-Agosto 2014, pp. 436-440.
- JARNE MUÑOZ, P.: "Uber ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: la incidencia del recurso a las plataformas en línea de la calificación jurídica de los servicios prestados", *Democracia Digital e Governo Electrónico*, nº12, 2015, pp.111-122.
- JENKINS, R.: "Corporate Codes of Conduct. Self-regulation in a Global Economy", *Technology, Business and Society Programme Paper Number 2*, UNRISD, 2001, pp. 1-47.
- JIMÉNEZ BENITEZ, W.G. "Rules for offline and online in determining internet jurisdiction. Global overview and Colombian cases", *Revista Colombiana de Derecho internacional de Bogotá*, nº26, 2015, pp. 13-62
- JIMÉNEZ BLANCO, P.:
 "Acciones de cesación de actividades ilícitas transfronterizas", *AEDIPr*, 2011, pp. 119-146.
 "Acciones de resarcimiento por incumplimiento de los acuerdos de elección de foro", *AEDIPr*, 2009, pp. 225-248.
- JIMÉNEZ LATORRE, F./CAÑIZARES PACHECO, E.: "Dificultades para la definición de mercado relevante", *NERA*, 2005, disponible en: <https://www.uv.es/~frequentia/estructura/NERA.pdf>
- JOERGES, C.: "Die klassische Konzeption des internationalen Privatrechts und das Recht des unlauteren Wettberwerbs", *RabelsZ*, nº 421, 1972 pp. 421- 491
- JUENGER, F.K.: "Forum Shopping, Domestic and International", *Tulane Law Review*, vol. 63, 1988-1989, pp. 553-574, p. 555.
- KABEL, J.J.C.: "Transborder Advertising and Unfair Competition: Country of Origin vs. Country of Destination. Clarification of the International League of Competition Law", *IVR*, 1994, pp. 285-301.
- KADNER GRAZIANO, T.: "Special Jurisdiction under the Brussels I bis Regulation: Jurisdiction under Article 7.1 of the Recast Brussels I Regulation: Disconnecting the procedural place of performance from its counterpart in Substantive Law. An analysis of the Case Law of the ECJ and proposals *de lege lata* and *de lege ferenda*", *YPIL*, vol. XVI, 2014/2015, pp. 167-217.

- KEIRSBILCK, B.: "The Interaction between Consumer Protection Rules on Unfair Contract Terms and Unfair Commercial Practices: Perenicova and Perenic", *CMLR*, 2013, pp. 247-264.
- KERAMEUS, K.: "La compétence Internationale en matière délictuelle dans la Convention de Bruxelles", *CEDIP*, Paris, Dalloz, 1992-1993.
- KESSEDJIAN, C.: "Note sur le mesures provisoires et conservatoires en droit international privé et droit comparé", Doc. Prél. No. 10, *Conférence de la Haya de Droit international privé*, 1998.
- KESSLER, F./ FINE, E.: "*Culpa in Contrahendo* Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract: A Comparative Study", *Harv. L. R.*, vol. 77, n° 1, enero 1964, pp. 401-449.
- KIRAT, T.: "L'ordre concurrentiel au sein de la sciencia juridique: L'analyse economique de droit", en *L'ordre Concurrentiel. Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, Frison-Roche, 2003, pp. 339-349.
- KOHLE, T.C.: "Comparative law in a Time of Globalization: Some reflections", *Boston College Law School Papers, Duquesne Law Journal*, vol.52, n°1, 2014, pp. 101-114.
- KOTLER, P.: "What consumerism means for marketers", *Harvard Business Review*, 1972, pp. 48-57.
- KOUCHNIR, N./ CAMILLÉRI, E.: "Cómpetence jurisdictionelle en matière de rupture brutelle de relations commerciales établies: détermination de la responsabilité engagée par l'auteur de la rupture en droit international privé", *Revue Lamy de la concurrence*, n°53, sep. 2016, pp. 44-48.
- KROES, N.:
 "Key developments in European Competition Policy over the past two years", *European American Press Club*, Paris, 2007
 "Preliminary Thoughts on Policy Review of Article 82", *Fordham Corporate Law Institute*, 2005, disponible en: http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-05-537_en.htm?locale=en
- KRONKE, H.: "Most Significant Relationship, Governmental Interests, Cultural Identity, Integration: "Rules" at Will and the Case for Principles of Conflict of Laws", *Rev.dr.unif.*, n°3, 2004, pp. 467-477
- KUNZ-HALLSTEIN, H.P.: "The United States Proposal for a GATT Agreement on Intellectual Property and the Paris Convention for the Protection of Intellectual Property", *Van.J.Transnat'l L.*, vol. 22, 1989, pp. 265-284.
- KUR, A.:
 "What to protect, and how? Unfair competition, intellectual property, or protection sui generis?", WESTKAMP, G./KUR, A., et. al, (ed.), *Intellectual Property, Unfair competition, and Publicity: convergences and development*, Cheltenham/Northampton, *EIPIN*, 2014, pp.11-33.
 "Trade Mark Function, Don't They? CJEU Jurisprudence and Unfair Competition Principles", *IIC*, vol. 45, 2014, pp. 434-455.
 "Durchsetzung gemeinschaftsweiter Schutzrechte: Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht. Zugleich Anmerkung zu den Entscheidungen EuGH, Rs. C-360/12- Coty und EuGH, Rs. C-479/12-Gautzsch", *GRUR Int.*, vol. 63, n°8/9, 2014, pp. 749-760.
- LAFRANCE, M.: "*Passing off* and Unfair Competition: Conflict and Convergence in Competition Law", *Mich. St. L. Rev.*, 2011, pp. 1412-1442
- LAFUENTE SÁNCHEZ, R.: "El criterio del International *Stream-of-Commerce* y los foros de competencia en materia de contratos electrónicos con consumidores", *CDT*, vol. 4, n°2, 2012, pp. 177-201.
- LAGARDE, P.:
 "Développments futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification: quelques conjectures", *RebelsZ*, n°68, 2004, pp. 225-243.

- “Le droit des affaires, droit sentimental” en *Mélanges offerts à René Savatier*, Paris, Dalloz, 1965, PP. 491-510.
- LASHERAS SAN MARTÍN, J.: “El marco jurídico español de la publicidad” en CATALÁ, M./DÍAS, O. (coord.): *Publicidad 360º*, Zaragoza, Ediciones Universidad San Jorge, 2014
- LAWLESS COOPER, B.: “Civil Conspiracy and Interference with Contractual Relations”, *S. Loy. L.A.L.Review*, vol.8, nº2, 1975, pp.302-338.
- LÁZARO LÓPEZ, G.: “En torno al régimen jurídico del mercado: reflexiones a la competencia desleal”, *Cuadernos de Estudios Empresariales*, nº2, 1992, pp. 253-256.
- LEE, P./KENNEDY, B.: “The Potential Direct Effect of GATT 1994 in European Community Law”, *J. Trade Law*, vol. 30, nº1, 1996, pp. 67-89.
- LEHMANN, M.: “Los Tratados de libre comercio e inversiones transfronterizas y el conflicto de leyes”, *AEDIPr*, t. XIII, 2013, pp. 127-145.
- LEIBLE, S./LEHMANN, M.: “Die neue EG-Verordnung über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (“Rom II”)”, *Recht der Internationalen Wirtschaft*, vol. 53, 2007, pp. 721-735.
- LEIBLE, S.: “Competencia desleal y Derecho de la Unión Europea, ¿hacia dónde nos dirigimos?”, *ADI*, t. XVI, 1994-1995, pp. 34 5-372.
- LEIN, E.: “Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 15 de octubre de 2011, asuntos acumulados C-509/09 y C-161/10, *eDate Advertising GmbH y Olivier Martinez y Robert Marinez c. MGN Limited*”, *REDI*, vol. LXIV, nº1, 2012, pp. 194-198.
- LEISTNER, M.: “Unfair Competition or Consumer Protection? The Commission’s Unfair Commercial Practices Proposal 2003”, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 6, enero 2004, pp. 141-176.
- LEMA DEVESA, C.:
 “Posibilidades y Remedios para reprimir la Competencia Desleal”, *Derecho de los negocios*, nº 6, 1991, pp. 1-8.
 “La publicidad desleal: modalidades y problemas”, *RGD*, nº 562-563, 1991, pp. 6135-6149.
 “El engaño publicitario al consumidor”, en *Las prácticas comerciales desleales*, Madrid, CEACU, 2010, pp. 13-25.
- LENAERTS, K.: “Le devoir de loyauté communautaire”, en Verhoeven (coord.), *La loyauté: Mélanges offerts à Etienne Cerexhe*, Bruselas, Larcier, 1997, pp. 229-247.
- LETTL, T.: “Der lauterkeitsrechtliche Schutz vor irreführender Werbung in Europa”, *GRUR Int*, nº85, 2004, pp. 85-97
- LINDACHER, W.F.: “Die internationale Dimension lauterkeitsrechtlicher Unterlassungsansprüche: Marktterritorialität versus Universalität”, *GRUR Int*, 2008, pp. 453-459.
- LIU, L. S.: “In Fairness We Trust? Why Fostering Competition Law and Policy Ain’t Easy in Asia”, 2004, disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=610822
- LOBATO GARCÍA-MIJÁN, M.: “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 competencia desleal”, *RGD*, nº 562-563, 1991, pp. 6151-6175.
- LÓPEZ BARRERO, E.: “La Organización Mundial del Comercio y la política comercial global”, en GONZÁLEZ GARCÍA, J.V/ LÓPEZ BARRERO, E., (dir.): *Derecho de la regulación económica (Comercio exterior)*, vol. VIII, 1ªed., Madrid, Iustel, 2009, pp. 511-567.
- LÓPEZ MARTÍN, A.G.: “El Derecho internacional en el marco de una sociedad globalizada. Tendencias y perspectivas”, *REDI*, disponible en: <http://eprints.ucm.es/9662/1/lopezmartin1.pdf>.
- LÓPEZ SANTOS, O.: “La Directiva sobre las prácticas comerciales desleales: antecedentes, descripción y comentario crítico”, *EC*, nº75, 2005, pp. 9-24

- LÓPEZ TARRUELLA, A.: “Criterio de “focalización” y “*forum delicti commissi*” en las infracciones de propiedad industrial e intelectual en Internet”, *P.e. i. Revista de propiedad intelectual*, nº31, 2009, pp. 13-52.
- LOQUIN, É.: “Règles matérielles du commerce international et droit économique », *RIDE*, vol.1, 2010, pp. 81-101.
- LORENTE MARTÍNEZ, I.: “Daños causados por los productos y competencia judicial internacional en la Unión Europea”, *Cuadernos de Derecho transnacional*, vol. 6, nº2, 2014, pp. 351-361
- LOVETT, W. A.: “Private Actions for Deceptive Trade Practices”, *Admin. L. Rev.*, nº23, 1970-1971, pp. 271-290
- LYTLEY, D.B./ PURDUE, B.: “Antitrust Target Area under Section 4 of the Clayton Act: Determination of Standing in Light of the Alleged Antitrust Violation”, *The American University Law Review*, vol. 25, nº 4, 1976, pp. 795-820.
- MAICAN, O. H.: “Evolutions on the fields of Unfair Competition”, *Law Review*, vol. IV, nº2, julio-diciembre 2014, pp. 24-35.
- MANKOWSKI, P.:
 “Particular Kinds of Unfair Competition on the Internet and Conflict of Laws”, *IIC*, vol. 32, nº4, 2001, pp. 390-412.
 “Der europäische Gerichtsstand des Tatortes aus Art. 5 Nr. 3 EuGGVVO bei Schadensersatzklagen bei Kartelldelikten”, *WuW*, vol. 9, 2012, pp. 797-807.
- MARKOVITS, R.D.: “Chapter 11.- Predatory Conduct” en, *Economics and the Interpretation and Application of US and EU Antitrust Law*, Berlin, Springer, 2014, pp. 501-702.
- MASEDA RODRÍGUEZ, J.: “El juego de las normas imperativas en el Reglamento Roma II sobre la ley aplicable a las obligaciones no contractuales: límites a la aplicación de la *lex causae*”, *REEL*, nº25, 2013, pp. 1-45.
- MASSAGUER FUENTES, J.:
 “Las prácticas agresivas como acto de competencia desleal”, *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, nº 27/2010, disponible en:
<http://www.uria.com/documentos/publicaciones/2755/documento/art01.pdf?id=2542>:
 “Códigos de conducta y competencia desleal: aspectos sustantivos y procesales”, *InDRET*, vol. 2/2011, pp. 1-39.
 “La protección de los signos distintivos y prestaciones objeto de propiedad intelectual por medio de la ley de competencia desleal”, en MORRAL/SOLDEVILLA, R., (dir.) *et al.: Problemas actuales de Derecho de Propiedad intelectual*, t. I, Madrid, Civitas, pp. 157-197.
 “La acción por competencia desleal en el Derecho español”, *Themis*, vol. 36, 1997, pp.103-118.
 “Las medidas cautelares en la ley de competencia desleal”, *RDM*, nº206, 1992, pp. 731-766.
- MASSAGUER FUENTES, J./ MARCOS, F./SUÑOL, A.: “La transposición al derecho español de la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales”, *Boletín nº 2013*, pp. 1925-1963.
- MASSAGUER FUENTES J./PALAU, F.: “Informe sobre el régimen jurídico de las prácticas comerciales en España, con especial atención a los aspectos considerados en la Comunicación de la Comisión de seguimiento del Libro Verde sobre la protección de los consumidores en la Unión Europea”, *Instituto Nacional de Consumo*, Barcelona, agosto de 2002, pp.1-65.
- MATTERA, A.: “L’arrêt Foie Gras du 22 octobre 1998: porteur d’une nouvelle impulsion pour le perfectionnement du Marché unique européen”, *RMUE*, vol. 114, 1998, pp.113-124
- McKELVEY, S.M.: “Coca cola vs. PepsiCo- A “Super” Battleground for the Coca Cola Wars”, *Sport Marketing Quarterly*, vol. 15, nº2, 2006, pp. 114-123.
- MARAVAR, A.: “Las tensiones de la teoría en la transición del socialismo inexistente al capitalismo real”, *Revista CIDOB d’afers internacionals*, nº 32, 1996, pp. 7-24.

- MARCOS, F.: “La exigencia de sensibilidad del falseamiento de la competencia en la LDC: notas a propósito de la problemática puesta de manifiesto por la STS de enero de 2008”, *Diario La ley*, nº7328, Sección Doctrina, 26/01/2010, año XXXI.
- MARÍN LÓPEZ, M.J.: “Otras prácticas engañosas. La “lista negra” de las prácticas comerciales engañosas con consumidores”, *EC*, 2010, pp. 63-80, disponible en: <http://www.administracion.usmp.edu.pe/institutoconsumo/wp-content/uploads/2013/08/Practicas-comerciales-engañosas-España-2010.pdf>
- MARINESCU, N.: “Current EU Trade Policy: Features and Perspectives”, en, M. Rçileanu-Sceles, *Re- examining EU Policies from a Global Perspective: Scenarios for future Developments*, New York, The Palgrave MacMillan, 2013, pp. 118-143.
- MARINO, S.: “Foro dell’illecito e azioni de accertamento negativo: la sentenza Folien Fischer della Corte di Giustizia”, disponible en: <https://aldricus.com/2012/11/09/folien/>
- MARTÍ MIRAVALLS, J.: “Las restricciones accesorias, necesarias y proporcionadas en el contrato de Franquicia”, 2009, pp. 1-26
- MARSH, N.S.: “Unfair Competition and English Law: An Introductory Note with Particular Reference to Passing Off”, *ICLQ, Supplementary Publication*, nº 4, 1962, pp. 67-80.
- MATTHEWS, M. H.: “Notes. Negligence and Breach of Statutory Duty”, *Oxford J. Legal Stud.*, vol. 4, nº3, 1884, pp. 429-433.
- MCLACHLAN, D.L./SWAN, D.: “Competition Policy in the Common Market”, *The Economics Journal*, vol. 73, nº 289, marzo 1963, pp. 54-79.
- MEESEN, K. M. (ed.), BUNGENBERG, M./PUTTLER, A. (coord.): *Economic Law as an Economic Good: Its Rule Function and its Tool Function in the Competition of Systems*, Múnich, Sellier (European Law Publishers), 2009.
- MEEUSEN, J./PERTEGÁS, M./STRAETMANS, G.: “Rapport Général” en MEEUSEN, J./PERTEGÁS, M./STRAETMANS, G. (eds.), *Enforcement of International Contracts in the European Union (Convergence and Divergence between Brussels I and Rome I)*, Schoten, Intersentia, 2004, pp. 21-42.
- MERCADO PACHECO, P.: “Libertades económicas y derechos fundamentales. La libertad de empresa en el ordenamiento multinivel europeo”, *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº26, 2012, pp. 341-372.
- MICKLITZ, H.:
 “Das Konzept der Lauterkeit in der Richtlinie 2005/29/EG”, Shuibhne, N. N./ GORMLEY, L. W. (eds.) *From Single Market to Economic Union. Essays in Memory of John A. Usher*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 297-312.
- “The Transformation of Enforcement in European Private Law: Preliminary Considerations”, *ERPL*, vol. 4, 2015, pp. 491-524.
- MIQUEL RODRÍGUEZ, J.: “Cláusulas generales, desarrollo judicial del Derecho y legislación mercantil”, *Rev.Gen.Der.Rom.* nº 16, 2011, pp.1-11.
- MIRANDA SERRANO, L.M.:
 “Restricciones accesorias y prácticas colusorias”, *DN*, vol. 11, nº 122, 2000, pp. 1-50
 “La protección del consumidor en la etapa anterior a la celebración del contrato: aspectos concurrenciales y negociables”, *EC*, nº 77, 2006, pp. 61-76.
 “El régimen especial de la contratación electrónica mediante condiciones generales: un magnífico ejemplo de cómo no se debe legislar”, en AAVV: *Derecho patrimonial y tecnología (Revisión de los principios de la contratación electrónica con motivo del Convenio de Naciones Unidas sobre*

- Contratación electrónica de 23 de noviembre de 2005 y de las últimas novedades legislativas*, Madrid, Marcial Pons, 2007, pp. 233-250.
- “Economía colaborativa y competencia desleal. ¿Deslealtad por violación de normas a través de la prestación de servicios facilitados por plataformas digitales”, *Revista de Estudios Europeos*, nº70, julio-diciembre 2017, pp. 197-250
- MIRANDA SERRANO, L.M./ COSTAS COMESAÑA, J. (dirs): *Derecho de la competencia. Desafíos y cuestiones de actualidad*, Marcial Pons, Madrid, 2018.
- MIRANDA SERRANO, L. M./PAGADOR LÓPEZ, J.:
- “Misleading and Agressive Commercial Practices and the Defects of Transnational Content”, en SCHULZE, R./PERALES VISCASILLAS, P. (eds.): *The formation of Contract: New Features and Develepmnts in Contracting*, Nomos, vol. 46 2016, pp. 89-96.
- “La necesidad de establecer conexiones entre el Derecho de la competencia desleal y el Derecho de los contratos”, *Diario La Ley*, nº 8464, Sección Tribuna, enero 2015, pp. 1-9.
- “El Tribunal Supremo afina en materia *antitrust* y acoge con rigor la doctrina de las restricciones accesorias”, *Ccopyme (Consejo consultivo para la Pequeña y Mediana Empresa)*, disponible en: <http://www.ccopyme.org/articulos.php?a=69>
- “Recientes pronunciamientos judiciales sobre las relaciones entre la Ley de Competencia Desleal y la Ley de Marcas: ¿es necesario un cambio de criterio?”, *Ccopyme*, 2013, disponible en: <http://www.ccopyme.org/articulo.php?a=78>
- MONTAÑA I MORA, M.: “La OMC y el Derecho de la competencia; hacia un Derecho de la competencia mundial?”, *GJUE*, nº 200, 1999, pp. 67-80.
- MONTEAGUDO, M.: “El riesgo de confusión en el derecho de marcas y en el derecho contra la competencia desleal”, *ADI*, t. XV, 1993.
- MORTELMANS, K.J.M.: “The functioning of the Internal Market: The Freedoms”, en P.J.G. KAPTEYN (ed.), *The law of the European Union and the European Communities*, The Netherlands, Kluwer law international, 2008, pp. 575-785.
- MOURA VICENTE, D.:
- “Precontractual liability in Private International Law: A Portuguese Perspective”, *RabelZs Bd.*, nº 67, 2003, pp. 700-723
- “La *culpa in contrahendo* en el derecho internacional privado europeo”, *AEDIPr*, t. XIII, 2013, pp. 53-72.
- “El enriquecimiento sin causa en el Reglamento Roma II-*Unjust enrichment in the Rome II*”, *CDT*, vol.8, nº2, oct. 2016, pp. 292-305.
- MOYER, M. A.: “Section 301 of the Omnibus Trade and Competiveness Act of 1988: A Formidable Weapon in the War against Economic Espionage”, *Northwestern J.Int'l L. & B.*, vol. 15, nº1, 1994, pp.178-205
- MUIR WATT, H. :
- « La fonction économique du droit international privé », *RIDE*, vol. 1, 2010, pp.103-121.
- “Choice of law in Integrated and Interconnected Markets: a Matter of Political Economy”, *CJEL*, nº 3, vol. 9, 2002/2003, pp. 383-409.
- “Note sur le jugdement Folien Fischer AG, Fofitec AG c. Ritrama SpA”, *Rev. crit. d.int.pr.*, vol. 102, nº2, abril-junio 2013, pp. 501-511.
- MÜLLER-HOFF, C./SAAGE MAASS, M.: “Fair Competition; Complaint Filed by Consumers in Germany in Defense of Workers’ Rigts in Sout East Asia”, *ECCHR*, 2010.
- MUSSARD, R.: “The Regulation of the Restrictive Business under the Common Market Teatry”, *ICLQ, Supplementary Publication*, nº4, 1962, pp. 16-25.

- MUSUNGU, S.F./DUTFIELD, G.: “Acuerdos multilaterales y un mundo ADPIC plus: Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), Documentos temáticos sobre los ADPIC, n°3, ONU, 1999-2003.
- MURRIS, T. J.: “The Interface of Competition and Consumer Protection. Preparing Remarks”, en *Annual Proceedings – Fordham Corporate Law Institute*, Nueva York, Kluwer Law Publishers, 2003, pp. 7-36.
- NAMYSŁOWSKA, M.:
 “Trifft die Schwarze der unlauteren Geschäftspraktiken ins Schwarze? Bewertung im Lichte der EuGH-Rechtsprechung”, *GRUR Int.*, 2010, pp. 1033-1039.
 “To B2C or Not to B2C. Some Reflections on the Regulation of Unfair Commercial Practices from a Polish Perspective”, *J. Consumer Policy*, n° 32, 2013, pp. 329-342.
- NEWMAN RODRÍGUEZ, S.: “La protección de los competidores en Europa: Comentario a la Directiva 2006/114/CE sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa”, *Revista General de Derecho Europeo*, n° 22, 2010, pp.1-38.
- NEWPORT, T.: “Tortious Interference and International Contracts”, *Currents Int’l Trade L.J.*, n°9, 2000, pp. 80-88.
- NICOLAIDES, P.:
 “How Fair is Fair Trade?”, *JWT*, vol. 21, 1987, pp. 147-162.
 “Trade Warfare: The Quest for Fair Trade”, *The World Today*, vol. 44, n° 7, 1988, pp. 119-122.
- NIELSEN, P. A.: “The New Brussels I Regulation”, *CMLR*, n° 50, pp. 503-528, 2013.
- NORTON, P. V.: “The effect of Article 10bis of the Paris Convention on American Unfair competition”, *Fordham L. R.*, vol. 68, 1999/2000, pp. 225-255.
- NOURISSAT, C./TREPPOZ, E.: “Quelques observations sur l’avant-projet de proposition de règlement du Conseil sur la loi applicable aux Obligations non contractuelles “Rome II”, *Clunet JDI*, vol. 1, 2003, pp. 7-32.
- NOVO FERNÁNDEZ, S.: “La inducción a la infracción contractual como acto de competencia desleal”, *ADI*, vol. 33, 2012-2013, pp.553-556.
- NÚÑEZ SEOANE, J.: “Publicidad en buscadores mediante marcas notorias como palabras-clave”, *Diario La Ley*, n°8952, 2017, pp. 1-5.
- OHLHAUSEN M.K.: (Commissioner FTC), “A SMARTER Section 5”, *US Chamber of Commerce*, Washington, 25/09/2015, disponible en: https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/804511/150925smartersection5.pdf
- OHLY, A.:
 “Das Herkunftslandsprinzip im Bereich vollständig angeglichene Lauterkeitsrechts”, *WRP*, 2006, pp. 1401-14012.
 “The freedom of imitation and its limits. A European Perspective”, *ADI*, vol. 29, 2008-2009, pp. 353-372.
 “Reverse engineering: Unfair Competition or Catalyst for Innovation”, en PRINZ, W./ADELMAN, M.J. BRAUNEIS R./ DREXL, J./NACK, R. (eds.): *Patents and Technological Progress in a globalized World: Liber Amicorum Joseph Strauss*, Berlin, Springer, 2009, pp. 535-552
- OSTI, C.: “Interpreting convergence: where antitrust meets consumer law”, *ECJ*, vol. 5, n° 2, 2009, pp. 377-408.
- OTAMENDI, J.: “La competencia desleal”, *RJUP*, vol. 2, 1998, pp. 1-44, disponible en: http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n3N2-Octubre1998/032Juridica01.pdf.
- OTERO GARCÍA CASTRILLÓN, C.:

- “El instrumento de Defensa Comercial comunitario tras la conclusión de los Acuerdos de la Ronda Uruguay. (La posición de los sujetos de derecho privado ante la regulación del comercio internacional)”, *RIE*, vol. 23, nº2, mayo-agosto 1996, pp.455-483.
- “Problemas de aplicación de las normas de competencia judicial internacional en el derecho español y el derecho comunitario: reflexiones en torno al *forum non conveniens*”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, nº 94, 2000, pp. 99-128, disponible también en: <http://eprints.ucm.es/7013/1/FNC.pdf>
- “El alcance extraterritorial del Derecho de la competencia y su utilización como medida comercial. La perspectiva estadounidense, comunitaria y española”, *GJUEyC*, nº 212, 2001, pp. 34-56.
- “Perspectivas para el desarrollo normativo de las indicaciones geográficas en la OMC”, *DeCITA (Derecho del comercio internacional. Temas y actualidades)*, nº 10, abril 2009, pp. 189-206.
- “Cuestiones actuales sobre la protección internacional de los derechos de propiedad intelectual: Medidas en frontera e infracciones en la red”, *In Propiedade intelectual. Inovação e Conhecimento*, Juruá, 2010, pp. 261-280.
- “El DIPr de la UE en la determinación de la responsabilidad civil por daños al medio ambiente”, *IHLADI*, 2013, pp. 367-400.
- OTERO LASTRES, J. M.:
- “La protección de los consumidores contra la publicidad ilícita”, *ADI*, t. IV, 1977, pp. 113-128.
- “La nueva ley sobre competencia desleal”, *ADI*, t. XIV, 1991-1992, pp. 25-48
- “Libre competencia y la propiedad industrial”, *RJPI*, t.2, nov. 2012.
- OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P.:
- “Jurisprudencia española y comunitaria de Derecho internacional privado. Derecho del comercio internacional. Competencia desleal. Propiedades inmateriales. Delimitación competencia desleal/propiedades inmateriales. Protección del Derecho unionista. Aplicación de la ley de competencia desleal: Mercado español afectado. Legitimación activa: Sentencia de la Audiencia provincial de Madrid (sección 14ª) de 3 de septiembre de 2003”, *REDI*, vol. 56, nº1, 2004, pp. 408-417.
- “La vulneración de los derechos de la personalidad en el Derecho procesal civil europeo: repercusiones de la sentencia *e-Date Advertising*”, *La Ley-Unión Europea*, núm. 4, (2013), pp. 18-25.
- ORÓ MARTÍNEZ, C.:
- “Las acciones declarativas negativas y el artículo 5.3 del Reglamento Bruselas I”, *AEDIPr*, 2011, pp. 185-206.
- “Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 3ª) de 1 de diciembre de 2011, asunto C-145/10, *Eva-Maria Painer c. Standard VerlagsGmbH y otros*”, *REDI*, vol. LXIV, nº2, 2012, pp. 218-220.
- “Capítulo IV.-Litigación internacional y Acciones de indemnización por infracción del Derecho de la competencia de la UE: Aspectos de competencia judicial”, en VILÀ COSTA, B./ FONT I RIBAS, A., (dirs.): *La indemnización por infracción de normas comunitarias de la competencia*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 97-132.
- PAAS-MOHANDO, K.: “Fairness principle in the competition laws of some Asian Countries”, *ECLR*, nº11, 2010, pp. 456-469.
- PALAU RAMÍREZ F./TATO PLAZA, A.: “Competencia desleal y libre circulación de mercancías en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea”, *ADI*, t. XV, 1993, pp. 245-270.
- PAREDES PÉREZ, J. I.:
- “Sobre la conveniencia de una norma de conflicto bilateral sobre competencia desleal” *AEDIPr*, t. IV, 2006, pp. 427-440.
- “La responsabilidad civil del prestador y la obligación general de no discriminación del art. 20.2ª de la Directiva 2006/123/CE relativa a los servicios en el mercado interior”, *AEDIPr*, t. XIII, 2013, pp. 341-379.

- PARISI, A.M.: “Tutela della concorrenza e del mercato: Profili Comunitari e Civilistici ed aspetti anche penal dell'impresa. Principale esperienze stanieri e nazionale”, disponible en: <http://www.diritto.it/articoli/europa/parisi.html>
- PARRA SATIZÁBAL, C.A.: “Relación entre propiedad intelectual y Derecho de la competencia: mucho más que asuntos de competencia desleal”, *Rev. Prop. Inmaterial*, nº 5, 2002.
- PARAPATITS, F.: “The influence of the (post) *Keck* Case Law on the freedom to Provide Services”, *LIEI*, vol. 33, nº3, 2006.
- PATTERSON, G.: “The European Community as a Threat to the System”, en CLINE, W. R.: *Trade Policy in the 1980s*, Cambridge/London, Institute for International Economics, 1983, pp. 223-242.
- PATAUT, E.: “Qu'est-ce qu'un litige intracommunautaire? Réflexions autor de l'article 4 du Règlement Bruxelles I”, en VVAA, *Justice et droits fondamentaux. Études offertes à Jacques Normand*, Litec, 2003, pp. 365-385.
- PAUL, J.R.: “Free Trade, Regulatory Competition and the Autonomous Market Fallacy”, *Co. J. L. R.*, vol.1, 1994-1995, pp.29-62
- PAZ-ARES, C.: “El ilícito concurrencial: de la Dogmática monopolista a la política *antitrust*” (Un ensayo sobre el Derecho alemán de la competencia desleal), *RDM*, nº159 (enero/marzo), 1982, pp. 7-147.
- PEEPROKORN, L./VIERTIÖ, K.: “Implementing an effects-based approach to Article 82”, *Competition Policy Newsletter*, nº1, 2009, pp. 17-20.
- PEIRCE, F./ SAIJA, A.: “L'Italia nel Mercato interno: applicare le regole”, *Centro Studi Confindustria (progetto Concorrenza di Confindustria)*, disponible en: [http://ixi.confindustria.it/AreeAtt/DocUfPub.nsf/60d3fbc7e8b24801c12565fd004e8fc9/5bf88442620420eac1257132005edcc1/\\$FILE/Paper_5.pdf](http://ixi.confindustria.it/AreeAtt/DocUfPub.nsf/60d3fbc7e8b24801c12565fd004e8fc9/5bf88442620420eac1257132005edcc1/$FILE/Paper_5.pdf)
- PÉREZ FERNÁNDEZ, P.: ¿Aplicación pública o aplicación privada del Derecho de la Competencia?, SPCS Documento de trabajo 2011/11, 2011, disponible en: <http://www.uclm.es/CU/csociales/pdf/documentosTrabajo/2011/11-2011.pdf>
- PETER HAUBOLD, P.: “The judicial influence of the principle of mutual recognition and the free movement of goods in European Union Law and its workability”, *Revista Tribuna International*, vol. 4, nº8, 2015, pp. 143-163.
- PETITBÓ JUAN, A.:
 “La regulación de la Competencia en la UE: ¿lecciones para la OMC?”, *REDI*, 2001, pp. 1-25.
 “Desregular para competir y ganar eficiencia”, *GJ*, nº200, 1999, pp. 31-41.
- PÉREZ CARRILLO, E. F.: “Resolución alternativa de litigios en materia de consumo en Europea: visión general y algunas novedades”, disponible en: http://www.consumo-inc.gob.es/publicac/EC/2001/EC59/Ec59_13.pdf.
- PETERSMANN, E.U.:
 “Time for integrating Human Rights into the Law of Worldwide Organizations: Lessons from European Integration Law for Global Integration Law”, *Jean Monnet Working Paper*, nº7/01, 2002.
 “Human Rights and the Law of the World Trade Organization”, *JWT*, vol. 37, 2003, pp. 241-281.
- PICKETT, E./ LUX, M.: “The Status and Effect of WTO Law Before EU Courts”, *Global Trade and Customs Law*, vol. 11, nº 10, 2016, pp. 408-429.
- PIRONON, V.: “IV. Conflict de Jurisdictions. Note sur l'arrêt Fédération Internationale de Football Association c. M. Laurent Plau”, *Rev. crit. dr. int.pr.*, vol. 102, nº2, 2013, pp. 464-471.
- PIROVANO, A. : “La concurrence déloyale en droit français”, *RIDC*, vol. 26, nº3, 1974, pp. 467-504.
- POIARES MADURO, M.: “Interpreting European Union Law: Judicial Adjudication in a Context of Constitutional Pluralism”, *EJLS*, vol. 1, nº2, 2007, pp. 1-20.

- PODSZUN, R.:
 “The Arbitrariness of Market Definition and an Evolutionary Concept of Markets”, *The Antitrust Bulletin*, vol. 61, n°1, 2016, pp. 121-132.
- “The More Technological Approach: Competition Law in the Digital Economy”, en SURBLYTÉ, G. (ed.), *Competition on the Internet*, MPI Studies on Intellectual Property and Competition Law, vol. 23, Munich, Springer, 2015, pp. 101-108.
- POHLMAN, P.: « Zum Unternehmensbegriff im Verbraucherschutzrecht, Wettbewerb und Versicherungsaufsicht der Europäischen Union », en WANDT M./REIFF, P./ LOOSCHERDLERS, D./BAYER, W. (eds.): *Festschrift für Egon Lorenz zum 80. Geburtstag*, Karlsruhe, 2014, pp. 327-345.
- PUTTEMANS, A. :
 « Les droits intellectuels et la concurrence déloyale dans le Code de droit international privé », *RDC*, n°6, 2005, pp. 615-627.
- “Droits intellectuelles et concurrence déloyale-Copie de roascas ou de kayaks: Halte à la dérive”, *Annuaire des Pratiques du commerce & Concurrence*, 2008, pp. 489-501.
- QUINN, M.C.: “Predatory Pricing Strategies: The Relevance of Intent under Antitrust, Unfair Competition and Tort Law”, *St. John’s L. Rev.*, vol. 64, 1989/1990, pp. 607-628.
- RAINELLI, M.: « Réflexions sur la loyauté dans le commerce international », en LAROCHE, J., (ed.): *La loyauté dans les relations internationales (nouvelle édition)*, Paris, Laroche, 2011, pp. 177-197.
- RAPPEPORT, J.J.: “Trade-mark and Unfair Competition in International Conflict of Laws: An Analysis of the Choice of Law Problem”, *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 20, n°1, 1958, pp. 1-32.
- REED, M.: “A comparative Approach to Economic Espionage: Is Any Nation Effectively Dealing With this Global Threat?”, *University of Miami Law Review*, vol. 70, pp. 757-829, 2016.
- REEF.: “Water from Kerry Spring and Honest Practices”, *EIPR*, vol. 26, n° 430, 2004, pp. 429-431.
- REGER, R.: *Der Internationale Schutz gegen den unlauteren Wettbewerb und das TRIPs Übereinkommen*, Colonia, Heymann, 1999
- REISS, S.M.: “Commentary on the Paris Convention for the Protection of Industrial Property”, disponible en: <http://www.lex-ip.com/Paris.pdf>.
- REQUEJO ISIDRO, M.:
 “Competencia judicial internacional.-Responsabilidad precontractual. Calificación: delimitación de la materia delictual o cuasidelictual. Comentario a la STJCE de 17 de septiembre de 2002, as. C-334/00, *Tacconi*”, *REDI*, vol. LIV, 2002, pp. 877-881.
- “Violación de acuerdos de elección de foro y Derecho a indemnización: Estado de la cuestión”, *REEL*, n° 17, 2009, pp. 1-13.
- REYMOND, M.: “Jurisdiction under Article No.7, of the Recast Brussels I Regulation: The Case of Contracts for the supply of software”, *Yearbook of Private International Law*, vol. XVI, 2014/2015, pp. 219-239.
- RESICÓ, F.: “La Economía Social de Mercado”, artículo disponible en: http://www.uca.edu.ar/uca/common/grupo12/files/Resico_La_Econom-a_Social_de_Mercado.pdf
- RIGAL, M.: “La protection du consommateur par le droit de la concurrence”, Montpellier, *Centre de Droit de la Consommation et du Marche*, 2010-2011, pp. 1-183
- RODRÍGUEZ IGLESIAS, G.C.: “Consideraciones sobre la formación de un Derecho Europeo”, *GJ*, n° 200, abril-mayo 1999, pp. 11-25.
- RODRÍGUEZ MATEOS, P.: “La defensa de la libre competencia en Europea”, *La OMC y los procesos regionales de integración económica: aspectos del Derecho de comercio internacional y del Derecho internacional privado*, pp. 339-360.

-ROBLES MARTÍN- LABORDA, A.:

“La distorsión de las condiciones de competencia en el mercado por actos desleales”, *ADI*, 2003, pp. 435-449

“El modelo de conducta en la nueva cláusula general de la Ley de Competencia Desleal. Una crítica breve”, *Derecho de los negocios*, nº240, 2010, pp. 5-18

“El falseamiento de la libre competencia por actos desleales: GAS NATURAL”, disponible en: <http://derechocompetencia.blogspot.com.es/2016/04/el-falseamiento-de-la-libre-competencia.html>

-RODRÍGUEZ PINEAU, E.:

“Ley aplicable a la responsabilidad derivada de actos contrarios a la libre competencia”, *AEDIPr*, vol. VII, 2007, pp. 447-463.

“Conflict of Laws comes to the Rescue of Competition Law: The New Rome II Regulation”, *JPIL*, vol. 5, nº2, 2009, pp. 311-336.

“Acciones negativas, Derecho de la competencia y abuso del Derecho procesal en la Unión Europea. Consideraciones sobre el asunto C-133/11, *Folien Fischer AG Fofitec c. Ritrama S.P.A*”, *REDE*, nº 47, julio/septiembre 2013, pp. 120-141.

“Agentes “comunitarios” y autonomía de la voluntad: ¿es posible derogar la CJI de los tribunales de los Estados miembros?”, *REEI*, nº 15, 2008, pp.1-22.

-ROELLER, L.-H/ STEHMANN, O.: “The Year 2005 at DG Competition: The Trend Towards a More Effects-Based Approach”, *Review of Industrial Organization*, nº29, 2006, pp. 281-304.

-ROFFE, P.: “Transfer of Technology: UNCTAD’s Draft International Code of Conduct”, *Int’l L*, vol., 19, nº689, 1985, pp. 689-707.

-ROJO FERNÁNDEZ RÍO, J. A. : “Actividad económica pública y actividad económica privada en la Constitución”, *RDM*, nº169, 1983, pp. 309-344

-ROLLAND, S.E.: “Are Consumer-Oriented Rules the New Frontier of Trade Liberalization?”, *School of Law Faculty Publications (Northeastern University)*, paper 262, 2013, pp. 1-92.

-ROTONDI, M.: “Cómo clasificar los actos de competencia desleal” (traducción por M. Olivencia Ruiz), *RDM*, nº 60, vol. XXI, 1956.

-RÖSSLER, H.: “Verbraucherbelange Während 50 Jahre EG-Vertrag”, *Iustum Aequum Salutare*, vol. III, nº4, 2007, pp. 137-144.

-RUIZ PERIS, J.I.:

“El laberinto de la cláusula general de la Ley de competencia desleal”, *ADI*, t. 30, 2009-2010, pp. 435-454.

“La reforma institucional del Derecho de competencia español”, *Diario La Ley*, nº 8015, Sección Doctrina, 2013, pp. 1-17.

-RUIZ GONZALO, D.: “Definición de mercado relevante y políticas de competencia”, *Thémis*, nº41, 2000, pp. 297-310

-SAAVEDRA VELASCO, R.E.: “Inducción al incumplimiento contractual, represión de la competencia desleal e incumplimiento ineficiente”, *Ius et Veritas*, vol. 44, 2015, pp. 42-56, disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/viewFile/12020/12588>

-SABOGAL BERNAL, L. F.: “Nociones generales de la libertad de empresa en Colombia”, *e-Mercatoria*, vol. 4, nº 1, 2005, pp. 1-18

-SALVADOR CODERCH, P.: “Punitive Damages”, *InDret*, 01/2000, nº13, pp. 1-17.

-SACK, R.: “Art. 6 Abs. 2 Rom II-VO und “bilaterales” unlauteres Wettbewerbsverhalten”, *GRUR Int.*, 2012, pp. 601-610.

-SÄCKER, F.J.: « Gespaltener Unternehmensbegriff im Wettbewerbs- und Lauterkeitsrecht », *WuW*, nº 1, 2013.

- SÁINZ MORENO, F.: “Orden público económico y restricciones a la competencia”, *Rev. Adm. PÚB.*, N° 84, 1977, pp. 597-643.
- SALAH, M. M. : “Droit économique et droit international privé”, *RIDE*, t. 1, 2010, pp. 9-36.
- SÁNCHEZ ANDRÉS, A.: “Prácticas restrictivas de la competencia y competencia ilícita”, *CIDIS*, 1965, pp. 667-674.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: “La apreciación del riesgo de asociación en relación con actos de imitación (Comentario a la SAP Zaragoza (Sección 4ª) de 7 de octubre de 1996)”, *RGD*, n° 639, 1997, pp. 965-985, consultada versión on line disponible en: http://eprints.sim.ucm.es/6420/1/1.Apreciaci%C3%B3n_riesgo.pdf
- SÁNCHEZ GRAELLS, A.: “Competencia desleal y mercado de control societario: riesgo de injerencia judicial (Comentario a los autos del Juzgado de lo Mercantil nº2 de Bilbao de 25 de marzo, 24 de abril y 16 de mayo de 2008 en el asunto Iberdrola contra *Electricité de France*”, *Diario La Ley*, n° 6993, Sección Doctrina, Año XXIX, Ref. D- 228, 2008, pp. 1-28.
- SÁNCHEZ GRAELLS, A./ MARCOS, F.: “Towards an European Tort Law? Damages actions for breach of the EC *antitrust* rules: harmonizing Tort Law through the Back Door”, disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1028963
- SÁNCHEZ LORENZO, S.:
 “La función de las técnicas conflictuales en los procesos de unificación del Derecho privado material”, *Pacis Artes (Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos*, Madrid, Iprolex, 2005, pp. 1765-1786.
 “El nuevo sistema de reconocimiento y ejecución de resoluciones en el Reglamento (UE) 1215/2012 (“Bruselas I bis””, *La Ley Unión Europea*, n°25, abril 2015, pp. 1-16.
 “La delimitation entre matière contractuelle et matière délictuelle dans l’espace judiciaire européen: a propos de l’affaire Brogsitter”, *JDI Clunet*, vol. 4, 2016, pp. 471-478.
- SÁNCHEZ RUIZ, M.:
 “La regulación europea actual sobre emplazamiento del producto y la propuesta de reforma de la Directiva de Servicios de comunicación audiovisual”, *CDT*, vol. 9, n°2, oct. 2017, pp. 509-529, pp. 509-511.
 “Emplazamiento de producto y comunicación comercial audiovisual encubierta. Presente y futuro de la regulación sobre emplazamiento de producto en el Derecho de la Unión Europea”, en MIRANDA SERRANO, L. /COSTAS COMESAÑA, J. (dirs.), *Derecho de la competencia. Desafíos y cuestiones de actualidad*, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 233-244.
- SANDROCK, O.: “Das kollisionsrecht des unlauteren Wettbewerbs zwischen dem internationalen Immaterialgüterrecht und dem internationalen Kartellrecht”, *GRUR Int.*, vol. 8, 1985, pp. 507-522.
- SANGIOVANNI, M.E. :“The Global Crisis of Multilateralism”, 3/12/2016, disponible en: <http://www.e-ir.info/2016/12/03/the-global-crisis-of-multilateralism/>
- SHACK, H.: “The Law Applicable to (Unregistered) IP Rights After Rome II”, en LEIBLE, S./ OHLY, A. (eds.): *Intellectual Property and Private International Law*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009, pp. 79-95
- SHERBY, E.S.: “A Survey of Appellate cases construing forum selection clauses in intellectual property disputes”, *ABA*, 2013, disponible en: http://www.americanbar.org/content/dam/aba/events/international_law/2013/05/law_business_and_society-usisraelglobalrelationships/survey%20of%20appellate%20cases.authcheckdam.pdf
- SCHMIDT-SZALEWSKI, J.: “The International Protection of Trademarks after the TRIPs Agreement”, *Duke J.Comp.& Int’l L*, vol. 9, 1998-1999, pp. 189-212.
- SCHRICKER, G.:
 “Unfair competition and consumer protection in Western Europe”, *IIC*, vol. 1, n°4, 1970, pp. 415-449.

- “International aspects of the Law of Unfair Competition”, en CHEN, C.-J./ LIU, L.S./ WANG, C.-K. (eds.): *International Harmonization of Competition Laws*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, pp. 129-139.
- “Twenty-five years of protection against Unfair Competition”, *ICC*, vol. 6, 1995, pp. 782-801.
- “European Harmonization of Unfair Competition Law: A Futile Venture?”, *IIC*, vol. 22, n°6, 1991, pp. 788-801.
- SCHRICKER, G./ HENNING-BODEWIG, F.: “New Initiatives for the Harmonization of Unfair Competition Law in Europe”, *EIPR*, vol. 41, n°5, 2002, pp. 217-276.
- SEUBA TORREBLANCA, J.C.: “Derecho de daños y Derecho internacional privado: algunas cuestiones sobre la legislación aplicable y la Propuesta del Reglamento Roma II”, *InDret*, 1/2005, febrero, pp. 1-30.
- SHARMA, A.: “Comparative Advertisement and Infringement of Trademarks: A Perspective from Consumers”, 2011, disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1896367&download=yes
- SHELL, R.: “Substitution Ethical Standars for Common Law Rules in Commercial Cases: An Emerging Statutory Trend”, *Nw. ULR*, vol. 82, n°4, 1988, pp. 1198-1254.
- SHIOMI, H.: “Can Non-Copyrightable Works Be Protected Under Unfair Competition Law? The Japanese “North Korea” Case?”, *IIC*, vol. 45, n°6, 2014, pp. 648-657.
- STARK, C. S.: “International Aspects of Antitrust Enforcement: A U.S. Perspective: Outline of Remarks”, *Department of Justice: European & U.S. Competition Law*, London, 13-15 febrero 1995, disponible en: <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/0156.htm>
- STERN, B. : “L’extra-territorialité “revisitée”; où il est question des affaires Alvarez Machain, Pâte de Bois et de quelques autres”, *Annuaire français de droit international*, vol. 38, 1992, pp. 239-313.
- STEENNOT, R.: “Public and Private Enforcement in the Field of Unfair Contract Terms”, *European Review of Private Law*, n°4, 2015, pp. 589-619
- STEFANELLI, J./ MARSDEN, P.: “Fair Relations in the Food Supply Chain. Establishing Effective European Enforcement Structures”, *BIICL*, 2014, disponible en: http://www.biicl.org/documents/188_fair_relations_in_the_food_supply_chain.pdf
- STEFAN GRUNDMANN, V.: “Das Internationale Privatrecht der E-Commerce-Richtlinie-was ist kategorial anders im Kollisionsrechth des Binnesmarkts und warum?”, *RebelsZ*, vol. 67, 2003, pp. 246-297.
- STEINDORFF, E.: “Unfair Competition and Passing off in Germany”, *ICLQ, Supplementary Publication* n°4, 1962, pp. 81-85.
- STELZER, J. / DAS NEVES CONÇALVES, E.: “As transformações do Direito na formação do mercado europeu à luz da transnacionalidade e do principio do reconhecimento mútuo”, disponible en: http://www.conpedi.org.br/anais/36/04_1253.pdf.
- STUCCHI LÓPEZ RAYGADA, P.: “La cláusula general como elemento esencial en la configuración de la competencia desleal en actos enunciados y no enunciados”, *Revista Thémis (Revista de Derecho)*, vol. 54, 2007, pp. 287-308, disponible en: http://works.bepress.com/pierino_stucchi/5/
- STUCKE, M.: “Reconsidering Competition and the Goals of Competition Law”, *Mississippi Law Journal*, vol. 81, n°2, 2011, pp. 108-144
- STUYCK, J.:
- “European consumer law after the Treaty of Amsterdam: Consumer Policy in or beyond the international market”, *CMLR*, 2000, n° 37, pp. 367-400.
- “L’effect réflexe du droit de la concurrence sur les normes de loyauté de la loi sur les pratiques du commerce”, *RCJB*, 2001, pp. 256-269.
- “La proposition de directive pratiques commerciales déloyales: quel marché unique pour le

- consommateur”, *Revue européenne de droit de la consommation*, nº 4, 2003, pp. 248-249
- “Briefing paper on addressing unfair practices in *business-to-business* relations in the internal market”, IP/A/IMCO/NT/2010-18, *European Parliament*, 2011, pp. 1-30.
- “Réflexions sur une meilleure intégration du droit de la concurrence et droit des pratiques commerciales déloyales”, *Revue Internationale de Droit Économique*, nº 4, t. XXV, 2011, pp. 455-479
- STUYCK, J./ TERRY, E. /VAN DYCK, T.: “Confidence though Fairness? The New Directive on Unfair Business-to- Consumer Commercial Practices in the Internal market”, *CMLR*, vol. 43, 2006, pp. 107-152.
- SORO RUSSELL, O.: “Veinte años de resoluciones judiciales civiles y mercantiles españolas en materia de códigos de conducta: una repercusión todavía muy limitada”, disponible en: [http://eprints.ucm.es/10301/1/Veinte a%C3%B1os de jurisprudencia espa%C3%B1ola en materia de c%C3%B3digos de conducta.pdf](http://eprints.ucm.es/10301/1/Veinte_a%C3%B1os_de_jurisprudencia_espa%C3%B1ola_en_materia_de_c%C3%B3digos_de_conducta.pdf)
- SOTILLO MARTÍ, A.: “Consumidores y sistema financiero. Un Balance decepcionante”, *Real Academia Valenciana de Jurisprudencia y legislación*, 2013, pp. 3-57
- SOUSA FERRO, M.: “Judicial Review: Do European Courts Care about Market Definition?”, *European Competition Law & Practice*, vol. 6, nº6, 2015, pp.400-410.
- SINAY-CYTERMANN, A.: “Note sur l’arrêt *Soc. Maquet c. Soc. Becker Holding et autres*”, *Rev. crit. dr. int. pri.*, vol. 89, nº 4, 2000, pp. 792-799.
- SUDEROW, J.:
- “Cuestiones de jurisdicción internacional en torno a la aplicación privada del Derecho *antitrust*: *Forum shopping* y “demandas torpedo””, *CDT*, vol.2, nº2, oct. 2010, pp. 315-331.
- “Las nuevas normas de litispendencia y conexidad para Europa: ¿el ocaso del torpedo italiano? ¿Flexibilidad versus previsibilidad?”, *CDT*, vol. 5, nº1, 2013, pp. 184-198.
- “Acciones derivadas de ilícitos *antitrust*: el foro especial de la obligación extracontractual después de la sentencia CDC Hydrogen Peroxide (*Private antitrust actions: Special tort jurisdiction after the decision CDC Hydrogen Peroxide*)”, *CDT*, vol. 8, nº2, oct. 2016, pp. 306-329.
- SUMMERS, L. H.: “Reflections on Managing Global Integration”, *J. Econ. Persp.*, vol. 13, nº 2, 1999, pp. 3-18.
- SUÑOL LUCEA, A.:
- “Adquisición de empresas en el mercado de valores, obstaculización y competencia desleal (Comentario a los Autos del Juzgado de lo mercantil nº2 de Bilbao de 26 de marzo de 2008 y de 20 de mayo de 2008)”, *RMV*, nº3, 2008, pp. 385-402.
- “Los elementos estructurales que definen la conducta sometida a la Ley de Competencia desleal”, *RDM*, nº 248. Madrid, 2012, pp. 1-33.
- .
- STUCCHI LÓPEZ RAYGADA, P.: “La cláusula general como elemento esencial en la configuración de la competencia desleal en actos enunciados y no enunciados”, *Revista Thémis (Revista de Derecho)*, vol. 54, 2007, pp. 287-308, disponible en: http://works.bepress.com/pierino_stucchi/5/
- SYMEONIDES, S. C.:
- “Tort Conflicts and Rome II: A View from Across”, en MANSEL, H.P., *et.al.*, *Festschrift für Erik Jayme*, Sellier Publishers, 2004, pp. 935-954.
- “Rome II and Tort Conflicts: A Missed Opportunity”, *A. Journal of C.L.*, vol. 56, nº1, 2008, pp. 173-222.

- TANG, S. Z.: “Collective redress in European Private International Law”, *JPIL*, vol. 7, 2011, pp. 101-141
- TATO PLAZA, A.: “La reforma del Derecho español contra la competencia desleal”, *ADI*, t. XXX, 2009-2010, pp. 455-472.
- T.J.B.: “The impact of Babcock v. Jackson on Conflict of Laws”, *Virginia Law Review*, vol. 5, 1966, pp. 302-321
- THRIERR, A.: “Counterfeiting and Piracy of the Presentation and Packaging of Products”, en WIPO / UNDP, *Asian Regional Symposium on Protection against Unfair Competition*, Publicación n° 679 (CE), Geneva, 1990, pp. 73-79.
- THÜNKEN, A.:
 “Die EG-Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr und das Internationale Privatrecht des unlauteren Wettbewerb”, *IPRax*, vol. 21, 2001, pp. 15-22.
 “Multi-State Advertising Over the Internet and the Private International Law of Unfair Competition”, *ICLQ*, vol. 51, n° 4, 2002, pp. 909-942.
- TOBÍO RIBAS, A.M.: “Competencia desleal y publicidad encubierta: Recientes desarrollos en la regulación española y de la Unión Europea”, en MIRANDA SERRANO, L.M/ COSTAS COMESAÑA, J.: *Derecho de la competencia . Desafíos y cuestiones de actualidad*, Madrid, Marcial Pons, 2018, pp. 63-93
- TORRALBA MENDIOLA, E.:
 “El proyecto de Roma II y la ley aplicable a la responsabilidad por productos”, *RJUAM*, n°13, 2005, pp. 254-272.
 “La difamación en la era de las telecomunicaciones: ¿Nuevas? Perspectivas de Derecho internacional privado europeo”, *InDret (Revista para el análisis del Derecho)*, n° 1, (enero-2012), disponible en: http://www.indret.com/pdf/880_es.pdf
 “La competencia judicial internacional en las reclamaciones de responsabilidad extracontractual por daños meramente patrimoniales y la inutilidad de la regla de la ubicuidad”, *Diario La Ley Unión Europea*, n°42, 2016, pp. 1-8.
- TORRUBIA CHALMETA, B.: “La infracción del derecho de marca en internet”, *IDP*, n°9, 2009, pp. 1-19
- TOURIÑO, A.: “La economía colaborativa desde la óptica de la competencia desleal. Análisis de los autos de medidas cautelares dictados en los casos de *Uber*, *Blablacar* y *Cabify*”, *Actualidad Civil La Ley*, n° 4, Abril 2016
- TRACHTMAN, J. P.: “Embedding Mutual Recognition at the WTO”, *Journal of European Public Policy*, n°3, 2007, pp. 331-350.
- TROLLER, A.: “The concept of Competition in European Law”, *TMR*, vol. 52, 1962, pp. 974-991.
- TRONCOSO REIGADA, M.: “El marco normativo de los ilícitos desleales de transcendencia antitrust (Reflexiones en torno al Art. 7 LDC)”, *Estudios Jurídicos Homenaje a Aurelio Menéndez*, t. I, Madrid, Civitas, 1960, pp. 1035-1082
- TUDOR, J.: “Intellectual Property, the Free movement of Goods and Trade Restraint in the European Union”, *The Journal of Business, Entrepreneurship & The Law*, vol. 6, n°1, 2012, pp.46-101.
- TUEBNER, G.: “Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences”, *The Modern Law Review*, vol. 61, 1998, pp. 11-32.

- TUSHNET, R.: “NY statutory law covers B2B false advertising, but common law unfair competition doesn’t”, disponible en: <http://tushnet.blogspot.com.es/2014/07/ny-statutory-law-covers-b2b-false.html>
- TWIGG-FLESNER, C./ PARRY/D., HOWELLS/G., NORDHAUSEN, A. (eds.): *An analysis of the Application and Scope of the Unfair Commercial Practices Directive*, A report for the Department of Trade and Industry, 2005, pp. 1-202.
- ULMER, E.: “Unfair competition and the Common Market”, *The Trademark Reporter*, vol. 53, 1963, pp. 625-650.
- ULLRICH, H.:
 “Anti-unfair Competition Law and Anti-Trust Law: A Continental Conundrum?”, *EUI WP LAW*, 2005/01.
 “TRIPS: Adequate Protection, Inadequate Trade, Adequate Competition Policy”, *Pac. Rim L & Pol’y J.*, vol. 4, nº1, pp. 153-210.
- ULRICH PETERSMANN, E.U.:
 “The need for integrating trade and competition rules in the WTO trade and legal system 7”, *OMC*, Genève, 1993.
 “Legal, Economic and Political Objectives of National and International Competition Policies: Constitutional Functions of WTO “Linking Principles” for Trade and Competition”, *New England Law Review*, vol.41, nº1, 1999, pp. 145-162.
 “International Competition Rules for Governments and for Private Business: A “Trade Law Approach” for Linking Trade and Competition Rules in the WTO”, *Symposium on Global Competition and Public Policy in an Era of Technological Integration*, *Chicago-Kent Law Review*, vol. 72, nº2, article nº 15, 1996, pp. 545-582.
- VALPUESTA GASTAMINZA, E.: “La propuesta de normativa común de compraventa europea (CESL), un paso más hacia la unificación del derecho de contratos en la Unión Europea, lastrado por la protección al consumidor”, *CDT*, vol. 5, nº1, 2013, pp. 199-216.
- VAN C. M. : « Guide de la législation sur les pratiques commerciales restrictives en Europe et en Amérique du Nord », Paris, 4 volumes, 1962; en *Rev.int. dr c.*, vol. 15, nº 3, 1963, pp. 608-609
- VANLEENHOVE, C. : « Punitive Damages and European Law : *quo Vademus ?* », Antwerpen, Intersentia, 2012, pp. 333-349.
- VAQUERO LÓPEZ, M. C.: “Las cláusulas económicas extraterritoriales en el tráfico privado internacional”, *Anales de estudios económico y empresariales*, nº9, 1994, pp. 483-508.
- VÁZQUEZ ALBERT, V.: “Protección de marca notoria y *copycat packaging*. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo núm. 450/2015, de 2 de septiembre (caso *Oreo*)”, *Diario La Ley*, nº 8712, Sección Documento on-line 1 de Marzo 2016
- VÁZQUEZ, C.: “The four doctrines of self-executing Treaties”, *The American Journal of International Law*, vol. 89, nº 4, 1995, pp. 695-723.
- VELASCO SAN PEDRO, L.A.: “Comeptencia desleal y publicidad”, en MIRANDA SERRANO, L.M/COSTAS COMESAÑA, L.: *Derecho de la competencia. Desafíos y cuestiones de actualidad*, Madrid, Marcial Pons, 2018, pp. 39-63
- VENNING, R.S.: “Antitrust and Unfair Competition”, *Litigation*, 1977-1978, pp. 35-56.
- VERBIEST, T./ KEULEERS, E.: “Cross Border Gaming: The European Regulatory Perspective”, *Gambling Law Review*, vol. 7, nº3, 2003, pp. 185-196.
- VERMEER, M.:
 “Unfair Competition Online and the European Electronic Commerce Directive”, *Annual Survey of International and Comparative Law*, vol. 7, nº1, artículo 7, 2001, pp. 87-99.
 “Electronic unfair competition and applicable law: An Open Spot in European Jungle”, *EJCL*, vol. 75, diciembre-2003, disponible en: <http://www.ejcl.org/ejcl/75/art75-9.html>

- VICTOR, P.: "Antidumping and Antitrust: Can the Inconsistencies Be Resolved?", *N.Y.U.J. Int. 'L. & Pol' y.*, vol. 15, 1983, pp. 339-350
- VIERA ÁLVAREZ, C.: "La libertad de empresa y algunos límites desde la perspectiva del Estado social", *RJUAM*, nº21, 2010-I, pp. 197-224
- VILÁ COSTA, B.: "Las reglas generales de competencia en el Tratado Constitutivo de la CEE: su filosofía específica", *RIE*, 1976, pp. 349-376.
- VIRGÓS SORIANO, M.:
- "La eficacia de la protección internacional de las inversiones", *RACI*, vol. VII, nº 3, 2014, pp. 655-677.
- "Obligaciones contractuales", en GONZÁLEZ CAMPOS, J.D. (dir.): *Derecho internacional privado. Parte especial*, Madrid, Centro de Estudios Superiores Sociales y Jurídicos RAMÓN CARANDE. 1991, pp. 196-281.
- VIRGÓS SORIANO, M./GARCIMARTÍN, F. J.: "Estado de origen vs. Estado de destino. Las diferentes lógicas del Derecho internacional privado", *InDret*, nº4, 2004, disponible en: http://www.indret.com/pdf/251_es.pdf.
- VITELLINO, G.: "Chapter Twenty-Two. Consumer protection against unfair practices in cross-border Transactions", en LUPONE, A./ RICCI, C./SANTINI, A. (eds.): *The Right to safe food towards a global governance*, Turin, Giappichelli, 2013, pp. 414-455.
- VON BOOM/W., AKSEDI O./GARDE, A. (eds.): *The European Unfair Commercial Practices Directive: Impact, Enforcement, Strategies and National legal Systems*, Londres/Nueva York, Routledge, 2016
- VON DER GROEBEN, H.: "Aufzeichnung über die Wettbewerbsregeln im Vertrag über den gemeinsamen europäischen", Dokument 60, Bruselas, 20/10/1956 (Regierungskonferenz für den Gemeinsamen Markt und Euratom", disponible en: <http://www.uni-muenster.de/Jura.itm/eudoc/kartell/docs/311060.pdf>
- VON HEIN, J.:
- "Protecting Victims of Cross-Border Torts under Article 7 No. 2 Brussels Ibis Regulation: Towards a more Differentiated and Balanced Approach", *YPIL*, vol. XVI, 2014/2015, pp. 241-275.
- "Something Old and Something Borrowed, but Nothing New? Rome II and the European Choice-of-Law Evolution", *Tulane Law Review*, vol. 82, 2008 pp. 1661-1707.
- VON MEHREN, A. T./TRAUTMAN, D. T.: "Jurisdiction to Adjudicate: A Suggested Analysis", *Harvard L. Review*, vol. 79, nº6, abril 1966, pp. 1121-1179.
- VON MEHREN, A. T.: "Jurisdiction to Adjudicate: Reflections on the Role and Scope of Specific Jurisdiction", en PATRY, D., (ed.) *et al.: Études de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Frankfurt, Helbing & Lichtenhahn, 1993, pp. 557-576.
- VON MÜLEND AHL, A.: « The legal concepts of Protection against Unfair Competition », *Asian Regional Symposium on Protection against Unfair Competition*, WIPO / UNDP (WIPO Publication nº679), Beijing/Genova, 1990, pp. 41-51.
- WADLOW, C.:
- "The international law of Unfair Competition: The British Origins of Article 10 bis of the Paris Convention for the Protection Industrial Property", Oxford Intellectual Property Research Centre Working Paper Series, nº 4, 2003.
- "Unfair Competition in Community Law (part I): The age of the classical model", *EIPR*, nº 28, 2006, pp. 433-441.
- "Unfair Competition in Community Law (part. II): harmonization becomes gridlocked", *EIPR*, vol. 9, nº28, 2006, pp. 469-473.
- "The case for Reclaiming European Unfair Competition Law from Europe's Consumer Lawyers" 2007 http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1003&context=christopher_wadlow

- “The new Private international law of Unfair competition and the Rome II Regulation” (State of the Art), *J.I. Property L. & Prac.*, vol. 11, n° 4, 2009, pp. 789-797
- WATTSON, K./ JAMES, S.: “Protectionism: a Threat to Free Trade”, *Policy Analysis*, n°723, 2013, pp. 1-27.
- WEATHERILL, S.:
 “Recent developments in the law governing free movement of goods in the EC’s internal market”, *ERCL*, vol. 1, 2006, pp. 90-111.
 “Chapter 20. Maximum versus Minimum Harmonisation: Choosing between Unity and Diversity in the Search for the Soul of the Internal Market”, en SHUIBHNE, N.N./GORMLEY, L. W. (eds.): *From Single Market to Economic Union: Essays in Memory of John A. Usher*, Oxford, Oxford University Press, pp. 175-200.
 “Chapter 19.- Why There is No “Principle of Mutual Recognition” in EU Law (and Why that Matters to Consumer Lawyers”, en PURNHAGEN, K./ ROTT P. (eds.), *Varieties of European Economic Law and Regulation, Studies in European Economic Law and Regulation*, n°3, Heildeberg, 2014, pp. 401-418.
 “Chapter 20.-Consumer Protection” en PATTERSON, D./SÖDERSTEN, A. (eds.): *A Companion to European Union and International Law*, Oxford, Wiley Blackwell, 2016, pp. 285-296.
- WEBER WALLER, S.: “Understanding and appreciating EC Competition Law”, *Antitrust L. J.*, n° 61, 1992, pp. 55-77.
- WEISS, F.:
 “From World Trade Law to World Competition Law”, *Fordham Int. L. J.*, vol.23, n°6, 1999, pp. 250-273
 “Competition as a WTO subject”, en MEESEN, K.M. (ed.): *Economic Law as an Economic Good*, Munich, Sellier (European Law Publishers), 2009, pp. 243-269.
- WENGLER, W.: “Laws Concerning Unfair Competition and the Conflicts of Laws”, *AJCL*, t. IV, 1955, pp. 167-188.
- WERDEN, G.J.: “Why (Ever) Define Markets? An Answer to Professor Kaplow”, *Antitrust L. Journal*, vol. 78, n°3, 2013, pp. 729-748.
- WESTFIELD, E.: “Globalization, Governance and Multinational Enterprise Responsibility: Corporate Codes of Conduct in the 21st Century”, *Va. J. Int. L.L.*, vol. 42, pp. 1075-1108.
- WESTKAMP, G.DR.: “Direct Appropriation, Unfair Competition and Quasi-Proprietary Rights: the Decline of Freedom of Speech in Web 2.0”, *EIPR*, n° 2, 2009, pp. 73-80.
- WHINCOP, J. M./KEYES, M.: “The Market Tort in Private International Law”, *Northwestern Journal of International Law and Business*, vol. 19, n°2, 1999, pp. 215-271
- WILHELMSSON, T.: “Harmonizing Unfair Commercial Practices Law: the Cultural and Social Dimensions”, *Osgoode Hall Law Journal*, vol 44, n°3, 2006, pp. 461-500
- WIRTH, A.: “Supuestos procesales de la nueva Ley de Competencia desleal”, *Derecho de los Negocios*, n°24, 1992, pp. 1-9.
- WISE, M. : « Droit et politique de la concurrence dans l’Union Européenne », *Revue de l’OCDE sur le droit et la politique de la concurrence*, vol. 9, n°1, 2007, pp. 7-98.
- WOOD, D.P.:
 “The Impossible Dream: Real International Antitrust”, *U. Chi. Legal F.*, 1992, pp. 277-313.
 “The 1995 Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations: An Introduction”, *Department of Justice- ABA Antitrust Section*, Washington, 1995, disponible en: <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/0166.htm>

- WRIGHT, J.D., WONG-ERVIN, K.W., *et al.*: “Comment of the Global Antitrust Institute, George Mason University School of Law, on the Proposed Revisions to the People’s Republic of China Anti-Unfair Competition Law”, *George Mason University Law and Economics Research Papers Series*, 16-11, 2016, pp. disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2754270
- WRIGHT, J.D.: What’s your Agenda?, *FTC*, Washington DC, 2013, pp. 1-21, p. 8, disponible en: https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/whats-your-agenda/130411abaspringmtg.pdf
- XALABARDER PLANTADA, R.: “Cuestiones de Derecho internacional privado: jurisdicción competente y ley aplicable”, en PEQUERA POCH, M.:(ed.), *Derecho y nuevas tecnologías*, Barcelona, *Universidad Operta de Cataluña*, 2005, pp. 471-526.
- YU, T.: “An Anti-Unfair Competition Law without a Core: An Introductory Comparison between U.S. Antitrust Law and the New Law of People’s Republic of China”, *Ind. Int’l & Comp. L. R.*, nº. 4, 1993-1994, pp. 315-338.
- ZABALETA DÍAZ, M.: “El abuso de una situación de dependencia económica, ¿ilícito *antitrust* o ilícito desleal?”, *ADI*, 2006, pp. 339-377.
- ZIMMER, D.: “The emancipation of Antitrust from Market-Share-Based Approaches”, *The Antitrust Bulletin*, vol. 61, nº1, 2016, pp. 132-154.
- ZURRILLA CARIÑANA, M.A.:
 “Acciones civiles en materia de competencia desleal”, SPCS Documento de trabajo 2009/1, Cuenca, Universidad de Castilla La Mancha, pp. 1- 23, disponible en: <http://www.uclm.es/CU/csociales/pdf/documentosTrabajo/2009/01.pdf>
 “The Defective Transposition of Directive 29/2005/EC On Unfair Trade Practices To Spanish Law”, *Review of Business Information Systems (Special Edition, 2011)*, vol. 15, nº1, pp. 81-86.

III. TESIS DOCTORALES Y OTROS:

1. Tesis doctorales

- ANGELOPOULOS, C.J.: *European Intermediaty Liability in Copyright: A Tort-Based Analysis*, tesis doctoral inédita, Amsterdam, Universidad de Amsterdam, 2016.
- CEBRIAN SALVAT, A.: *Contratos Internacional de Franquicia: Competencia Judicial Internacional y Ley Aplicable en la Unión Europea*, Murcia, Universidad de Murcia, 2017
- CHIARUGI, A. G.: *Illecito concorrenziale: Profile comparatistici tra disciplina italiana e tedesca*, Università di Piza, tesis doctoral, 2012-2013.
- CORDERO ÁLVAREZ, C. I.: *La protección al derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen en el tráfico privado internacional*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2012.
- COUREAULT, E.: *La concurrence déloyale en droit international privé communautaire*, Paris, Publications de la « Université Nancy-2 », 2009.
- GARCÍA MIRETE, C.: *La adaptación de las bases de datos electrónicas internacionales al principio de territorialidad: el mercado afectado*, tesis doctoral Universidad de Alicante, 2012, disponible en: http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/24427/1/Tesis_Garcia%20Mirete.pdf
- FERNÁNDEZ MORUEGO, R.: “El sistema de preferencias arancelarias generalizadas dentro de la política comercial de la Unión Europea. El trato específico de los productos agrarios.”, Valladolid, Universidad de Valladolid, *TFM*, 2013, disponible en: <http://uvadoc.uva.es/bitstream/10324/4276/1/TFM-E-18.pdf>

- HUSOVEC, M.: *Accountable, not Liable: Injunctions against Intermediaries*, MPI Munich für Innovation und Wettbewerb, tesis doctoral, Munich, MPI publicaciones, 2016.
- MIER HERNÁNDEZ, A.: *El control de las prácticas restrictivas de la competencia en el comercio internacional (una perspectiva latinoamericana)*, Madrid, UCM Publicaciones, 2013.
- ORÓ MARTÍNEZ, C.: *La aplicación privada del Derecho de la competencia: Aproximación desde el Derecho internacional privado. Competencia judicial y Ley aplicable*, Barcelona, Universitat Autònoma de Barcelona, 2009.
- SANTANA PÉREZ, A.: *La venta a pérdida como ilícito concurrencial*, Universidad de La Laguna, tesis doctoral, disponible en: <ftp://tesis.btk.ull.es/ccsyhum/cs153.pdf>.
- NUÑEZ OSORIO, M.I.: *El abuso anticompetitivo bajo el artículo 82 del Tratado CE: rebajas y precios predatorios*, tesis doctoral inédita, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, 2009.
- PAREDES PÉREZ, J.I.: *La protección de los consumidores en el sistema español de Derecho internacional privado. Análisis y perspectivas de reforma*, tesis doctoral, Madrid, Universidad de Alcalá, 2005.
- PATIÑO ALVES, B.: *La autorregulación de la publicidad: especial referencia al sistema español*, tesis doctoral, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2005.
- PÉREZ FIGUEROA, M. Y.: *El procedimiento de solución de diferencias de la Organización Mundial del Comercio (OMC) y su incidencia sobre las relaciones privadas internacionales*, tesis doctoral, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2002.
- PORTELLANO DÍAZ, P.: *La imitación en el derecho de la competencia desleal*, Madrid, Civitas, 1993
- SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, S.: *Ley aplicable a la responsabilidad por el folleto*, tesis doctoral, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, 2013.
- YSLENTYEVA, E. : *L'application du droit européen de la Concurrence aux entreprises des Etats Tiers*, Luxemburgo, Faculté de Droit, d'Économie et de Finance de Luxembourg, 2012.
- ZEVOUNOU, L.: *Le concept de concurrence en droit*, Paris, Université Paris Ouest Nanterre La Défense, tesis doctoral, 2011.

2. Otros :

- INFORME CES (Consejo Económico y Social de España), “Los retos del mercado interior”, nº2/2009.
- CNMC, “MET/DP/01/13. Instruction of the director of the competition advocacy department. Methodology for CNMC Market Studies”, 7/10/2013, pp. 4-41.
- Actu nº7, “Rupture brutelle des relations comércieles intra UE”, disponible en: <http://www.1897avocats.fr/actualites-droit-affaires/33-actu-n7-rupture-brutale-des-relations-commerciales-intra-ue.html>
<https://www.legavox.fr/blog/lajurisprudence/action-pour-rupture-relations-commerciales-19041.htm>
- REPSOL: “Apuntes de Repsol tras la expropiación”, agosto 2013, disponible en: http://www.repsol.com/imagenes/es_es/n12_Sumario_tcm7-658430.pdf
- CEACCU, *Las prácticas comerciales desleales. Estudios y documentación*. nº7, 2010.
- “Comentarios de la Asociación española para la Defensa de la competencia sobre el proyecto de comunicación sobre la cuantificación de sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007 de Defensa de la competencia y de los artículos 81 y 82 del Tratado CE”, Madrid, 17/12/2008, pp. 1-11.

- BASU, K.: “El peligroso proteccionismo de los Estados Unidos”, *Project Syndicate*, 13/02/2017, disponible en: <https://www.project-syndicate.org/commentary/trump-protectionism-no-help-for-workers-by-kaushik-basu-2017-02/spanish>
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “Las sociedades abiertas y el Derecho internacional privado: comentario breve al libro de J. BASEDOW (El derecho de sociedades abiertas. Ordenación privada y regulación pública en el conflicto de leyes”, *Legis*, 2017, *ACCURSIO DIP*, enero 2018, disponible en: <http://accursio.com/blog/?p=805>
- CREMADES, J.: “Sea firme, señor Brufau”, 2013, (nota de periódico), disponible en: http://economia.elpais.com/economia/2013/11/08/actualidad/1383916914_085067.html
- DE FRUTOS NOGALES, S.: “La competencia desleal en Internet: Aspectos de derecho internacional privado”, *TFM inédito*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2014.
- GERARD, D.: “The Financial Crisis: three lessons for Antitrust”, disponible en: <http://kluwercompetitionlawblog.com/2010/11/22/the-financial-crisis-%E2%80%93-three-lessons-for-antitrust/>
- MÉNDEZ, M.A.: “El absurdo juicio contra Blablacar, o cómo no (querer) entender internet”, *El Confidencial*, 2/10/2015, disponible en: http://blogs.elconfidencial.com/tecnologia/homepage/2015-10-02/el-absurdo-juicio-contrablacar-o-como-no-entender-de-internet_1044574/
- MIRANDA SERRANO, L./PAGADOR LÓPEZ, J.: “Últimos desarrollos jurisprudenciales del principio de integración publicitaria del contrato: relevancia negocial de la publicidad más allá de las estrictas relaciones de consumo (STS de 23 de julio de 2013), *Ccopyme (Consejo Consultivo para la Pequeña y la Mediana Empresa)*, disponible en: <http://www.ccopyme.org/articulo.php?a=69>
- OTEGUI, J.N.: “The Roche-Novartis case: is Competition law widening its frontiers?”, 29/03/2018, disponible en: <https://embudojuridico.com>
- SÁNCHEZ SASTRE, E.: “El nuevo impulso a la Libre Circulación de Mercancías a partir de las normas de 2008”, *TFM*, Valladolid, Universidad de Valladolid, 2013, pp. 1-101.
- SUÑOL LUCEA, A.: “La futura ley de Secretos Empresariales: aspectos sustantivos”, *Almacén de Derecho*, marzo 2018, disponible en: <http://almacenederecho.org/category/autor/aurea-sunol/>
 “Incumplimiento de la prohibición de competencia y competencia desleal”, disponible en: <http://almacenederecho.org/incumplimiento-de-la-prohibicion-de-no-competencia-y-competencia-desleal>
- URIBIA, K.: “Trademark Law as Protection from Acts of Unfair Competition. Possible Solutions for Georgia”, Budapest, LLM Thesis, *Central European University*, 2014.
- WALLS, S.: “Taking “Coke Wars” into Courts”, 1998, disponible en: https://www.washingtonpost.com/archive/business/1998/05/31/taking-the-cola-wars-into-court/c538dcd1-90ca-4036-83e3-13d1eecfbf0e/?utm_term=.4b669d4b48a0
- ZAFRILLA, V.:
 “Google Adwords y Competencia desleal: A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo nº 620/2016, de 26 de febrero de 2016 en el asunto “Masaltos”, disponible en: <http://www.lvcentinvs.es/2016/03/11/google-adwords-y-competencia-desleal/>
 “Otro ladrillo en la pared de los Adwords: competencia desleal”, de 9 de marzo de 2017, disponible en: <http://www.lvcentinvs.es/2017/03/09/otro-ladrillo-en-la-pared-de-los-adwords-competencia-desleal/>

ANEXO DE JURISPRUDENCIA

I. JURISPRUDENCIA EUROPEA:

Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea y de la Unión Europea

-STJCE, 13 de julio de 1966, Italia c. Comisión y el Consejo (C-32/65), DO C 301, p. 26, ECLI:EU:C:1966:42

-STJCE, 13 de febrero de 1969, *Walt Wilhelm* (C-14/68), RJ 1969, pp. 291-299, ECLI:EU:C:1969:4

-STJCE, 14 de julio de 1972, *Imperial Chemical Industries Ltd* (C-48/69), RJ 1972, pp. 115-138, ECLI:EU:C:1972:70

-STJCE, 18 de abril de 1975, *Continental Can* (C-6/72), RJ 1973, pp. 105-122 ECLI:EU:C:1973:22

-STJCE, 11 de julio de 1974, *Dassonville* (C-8/74), RJ 1974, pp. 385-390, ECLI:EU:C:1974:82

-STJCE, 20 de febrero de 1975, Comisión c. República Federal Alemana (C-12/74), RJ 1975, pp. 87-100, ECLI:EU:C:1975:23

-STJCE, 30 de noviembre de 1976, *Bier* c. Minas de Potasa (C-21/76), RJ 1976, pp. 558-564, ECLI:EU:C:1976:166

STJCE, 14 de julio de 1977, *Eurocontrol* (C-9/77 y C-10/77), RJ 1977, pp. 417-423, ECLI:EU:C:1977:132

-STJCE, 26 de enero de 1978, *Malteries Franco Belges* c. Comisión (C-46/77), RJ 1978, pp. 58-83, ECLI:EU:C:1978:14

-STJCE, 22 de noviembre de 1978, *Somafer SA* (C-33/78), RJ 1978, pp. 639-648, ECLI:EU:C:1978:205

-STJCE, 13 de enero de 1979, *Hoffmann La Roche* (C-85/76), RJ 1979, pp. 229-287, ECLI:EU:C:1979:36

-STJCE, 20 de febrero de 1979, *Cassis de Dijon* (C-120/78), RJ 1979, pp. 353-360, ECLI:EU:C:1979:42

-STJCE, 27 de marzo de 1979, *de Cavel* (C-143/78), RJ 1979, pp. 649-655, ECLI:EU:C:1979:83

-STJCE, 21 de mayo de 1980, *Denilauer* (C-125/79), RJ 1980, pp. 527-536, ECLI:EU:C:1980:130

-STJCE, 16 de diciembre de 1980, *Rüffer* (C-814/79), RJ 1980, pp. 1265-1271, ECLI:EU:C:1980:291

-STJCE, 5 de mayo de 1982, *Gaston Schul* (C-15/81), RJ 1982, pp. 351-367, ECLI:EU:C:1982:135

-STJCE, 15 de diciembre de 1982, *Oosthoek's Uitgeversmaatschappij BV* (C-286/81), RJ 1982, pp. 1285-1292, ECLI:EU:C:1982:438

-STJCE, 2 de marzo de 1982, *BV Industrie Diensten Group c. Beele Handelmaatschappij* (C-6/81), RJ 1982, pp. 122-129, ECLI:EU:C:1982:72

- STJCE, 13 de marzo de 1984, *Prantl* (C-16/83), RJ 1984, pp. 434-446, ECLI:EU:C:1984:101
- STJCE, 7 de febrero de 1985, *ADBHU* (C-240/83), RJ 1985, pp. 538-552 ECLI:EU:C:1985:59
- STJCE, 7 de marzo de 1985, *Van Gend & Loos NV* (C-32/84), RJ 1985, pp. 782-785, ECLI:EU:C:1985:104
- STJCE, 26 de noviembre de 1985, *Miro* (C-182/84), RJ 1985, pp. 3739-3748 ECLI:EU:C:1985:470
- STJCE, 9 de julio de 1985, *Pharmon/Hoechst* (C-19/84), RJ 1985, pp. 809-819, ECLI:EU:C:1985:304
- STJCE, 15 de enero de 1987, *Shenavai* (C-266/85), RJ 1987, pp. 251-257, ECLI:EU:C:1987:11
- STJCE, 9 de diciembre de 1987, *Schotte* (C-218/86), RJ 1987, pp. 4916-4921, ECLI:EU:C:1987:536
- STJCE, 27 de septiembre de 1988, Pasta de Madera (*Wood Pulp/Pâte de Bois*) (asuntos acumulados C-89/85; C-104/85; C-114/85; C-116/85; C-117/85; C-125/85; C-129/85)
- STJCE, 22 de septiembre de 1988, *Deserbais* (C-286/86), RJ 1988, pp. 4921-4927, ECLI:EU:C:1988:434
- STJCE, 28 de septiembre de 1988, *Kalfelis* (C-189/87), RJ 1988, pp. 5579-5587, ECLI:EU:C:1988:459
- STJCE, 18 de mayo de 1993, *Schutzverband gegen Unwesen i.d. Wirtschaft c. Rocher* (C-126/91), RJ 1993, pp. I-2384-2392, ECLI:EU:C:1993:191
- STJCE, 24 de noviembre de 1993, *Keck* (C-267/91), RJ 1993, pp. I-6126-6132, ECLI:EU:C:1993:905
- STJCE, 7 de marzo de 1995, *Shevill* (C-68/93), RJ 1995, pp. I-450-466 ECLI:EU:C:1995:61
- STJCE, 6 de julio de 1995, *Mars* (C-470/93), RJ 1995, pp. I-1936-1945 ECLI:EU:C:1995:224
- STJCE, 30 de abril de 1996, *Securitel* (C-194/94), RJ 1996, pp. I-2230-2251, ECLI:EU:C:1996:172
- STJCE, 16 de julio de 1998, *Gut Springenheide* (C-210/96), RJ 1988, pp. I-4681-4694, ECLI:EU:C:1998:369
- STJCE, 27 de octubre de 1998, *Réunion européenne* (C-51/97), RJ 1998, pp. I-6534-6551, ECLI:EU:C:1998:509
- STJCE, 13 de enero de 2000, *Estée Lauder* (C-220/98), RJ 2000, pp. I-135-150, ECLI:EU:C:2000:8
- STJCE, 14 de diciembre de 2000, *Christian Dior SA* (asuntos acumulados C-300/98 y C-392/98), RJ 2000, pp. I-11344-11367, ECLI:EU:C:2000:688
- STJCE, 20 de septiembre de 2001, *Courage* (C-453/99), RJ 2001, pp. I-6314-6328, ECLI:EU:C:2001:465
- STJCE, 11 de julio de 2002, *Gabriel* (C-96/00), RJ 2002, pp. I-6384-6406. ECLI:EU:C:2002:436

- STJCE, 1 de octubre de 2002, *Henkel* (C-167/00), RJ 2002, pp. I-8126-8145, ECLI:EU:C:2002:555
- STJCE, 17 de septiembre de 2002, *Tacconi* (C-334/00), RJ 2002, pp. I-7383-7396 ECLI:EU:C:2002:499
- STJCE, 12 de junio de 2003, *Schimdberger* (C-112/00), RJ 2003, pp. I-5694-5725, ECLI:EU:C:2003:333
- STJCE, 13 de julio de 2006, *Roche Netherland* (C-539/03), RJ 2006, pp. I-6569-6584, ECLI:EU:C:2006:458
- STJCE, 26 de octubre de 2006, *Mostaza Claro* (C-168/05), RJ 2006, pp. I-10437-10450, ECLI:EU:C:2006:675
- STJCE, 23 de noviembre de 2006, *Asnef-Equifax* (C-238/05), RJ 2006, pp. I-11145-11168, ECLI:EU:C:2006:734
- STJCE, 11 de julio de 2006, *FENIN* (C-205/03-P), RJ 2006, p. I-6295, ECLI:EU:C:2006:45
- STJCE, 20 de enero de 2005, *Petra Engler* (C-27/02), RJ 2005, pp. I-499-522, ECLI:EU:C:2005:33
- STJCE, 1 de marzo de 2005, *Owusu* (C-281/02), RJ 2005, pp. I-1445-1464, ECLI:EU:C:2005:120
- STJCE, 15 de febrero de 2007, *Lechouritou* (C-292/05), RJ 2007, pp. I-1540-1558, ECLI:EU:C:2007:102
- STJCE, 11 de septiembre de 2007, *Céline SARL c. Céline SA* (C-17/06), RJ 2007, pp. I-7060-7074, ECLI:EU:C:2007:497
- STJUE, 25 de octubre de 2007, *Develey Holding. c. OHIM* (C-238/06 P), RJ 2007, p. I-9375, ECLI:EU:C:2007:635
- STJCE, 10 de febrero de 2009, *Comisión c. Italia* (C-110/05), RJ 2009, I-519, ECLI:EU:C:2009:66
- STJUE, 28 de abril de 2009, *Apostolides* (C-420/07), RJ 2009, p. I-3571, 5ECLI:EU:C:2009:271
- STJUE, 6 de octubre de 2009, *Asturcom Telecom* (C-40/08), RJ 2009, p. I-9759, ECLI:EU:C:2009:615
- STJUE, 23 de marzo de 2010, *Google France SARL -Louis Vuitton c. Google France SARL c. Viaticum SA y Google France SARL c. Tiger SARL et al.* (C-236/08 y C-238/08), RJ 2010, p. I-2417, ECLI:EU:C:2010:159
- STJUE, 9 de noviembre de 2010, *Mediaprint Zeitung* (C-540/08), RJ 2010, p. I-10909, ECLI:EU:C:2010:660
- STJUE, 2 de diciembre de 2010, *Ker-Optica* (C-108/09), RJ 2010, p. I-12213, ECLI:EU:C:2010:725
- STJUE, 25 de octubre de 2011, *eDate Advertising c. Martínez y otros* (C-509/09), RJ 2011, p. I-10269, ECLI:EU:C:2011:685
- STJUE, 17 de noviembre de 2011, *Hypoteční banka* (C-327/10), RJ 2011, p. I-11543, ECLI:EU:C:2011:745
- STJUE, 15 de marzo de 2012, *Cornelius de Visser* (C-292/10), RJ *on line*, 2012, ECLI:EU:C:2012:142

- STJUE, 18 de octubre de 2012, *Elenca* (C-385/10), RJ *online* 2012, ECLI:EU:C:2012:634
- STJUE, 15 de marzo de 2012, *Pereničová y Perenič* (C-453/10), RJ *on line*, 2012, ECLI:EU:C:2012:144
- STJUE, 1 de marzo de 2012, *Ascafor y Asidac* (C-484/10), RJ *on line* 2012, ECLI:EU:C:2012:113
- STJUE, 19 de abril de 2012, *Wintersteiger* (C-523/10), RJ *on line* 2012, ECLI:EU:C:2012:220
- STJUE, 26 de abril de 2012, ANETT (C-456/10), RJ *on line* 2012, ECLI:EU:C:2012:241
- STJUE, 21 de junio de 2012, *Donner* (C-5/11), RJ *on line* 2012, ECLI:EU:C:2012:370
- STJUE, 18 de octubre de 2012, *Purely Creative Ltd.*, y otros c. *Office Fair Trading* (C-428/11), RJ *on line* 2012, ECLI:EU:C:2012:651
- STJUE, 25 de octubre de 2012, *Folien Fischer* (C-133/11), RJ *on line* 2012, ECLI:EU:C:2012:664
- STJUE, 17 de enero de 2013, *Köck* (C-206/11), RJ *on line* 2013, ECLI:EU:C:2013:14
- Auto TJUE, 7 de febrero de 2013, *Le Retoucherie* de Manuela, S.L. c. *Le Retoucherie* de Burgos S.C. (C-117/12), RJ *on line* 2013, ECLI:EU:C:2013:72
- STJUE, 11 de abril de 2013, *Land Berlin* (C-645/11), RJ *on line* 2013, ECLI:EU:C:2013:228
- STJUE, 18 de julio de 2013, *Sanofi-Aventis* c. *DEMO* (C-414/11), RJ *on line* 2013, ECLI:EU:C:2013:520
- STJUE, 3 de octubre de 2013, *BBK Movil* c. *Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs* (C-59/12), RJ *on line* 2013, ECLI:EU:C:2013:634
- SJUE, 3 de octubre de 2013, *Pinckney* (C-170/12), RJ *on line* 2013, ECLI:EU:C:2013:635
- STJUE, 3 de octubre de 2013, *Schneider* (C-386/12), RJ *on line* 2013, ECLI:EU:C:2013:633
- STJUE, 16 de enero de 2014, *Juvelta* (C-481/12), RJ *on line* 2014, ECLI:EU:C:2014:11
- STJUE, 16 de enero de 2014, *Kainz* (C-45/13), RJ *on line* 2014, ECLI:EU:C:2014:7
- STJUE, 13 de marzo de 2014, *Brogstetter* (C-548/12), RJ *on line* 2014, ECLI:EU:C:2014:148
- STJUE, 5 de junio de 2014, *Coty Germany* (C-360/12), RJ *on line* 2014, ECLI:EU:C:2014:1318
- STJUE, 8 de julio de 2014, *Fonsship* y *Svenska Transportarbetarförbundet* (C-83/13), RJ *online* 2014, ECLI:EU:C:2014:2053
- STJUE, 23 de octubre de 2014, *flyLAL-Lithuanian Airlines* (C-302/13), RJ *on line* 2014, ECLI:EU:C:2014:2319
- STJUE, 18 de abril de 2015, *UPC* (C-388/13), RJ *on line* 2015, ECLI:EU:C:2015:225
- STJUE, 22 de enero de 2015, *Hejduk* (C-441/13), RJ *on line* 2015, ECLI:EU:C:2015:28
- STJUE, 21 de mayo de 2015, *El Majdoub* (C-322/14), RJ *on line* 2015, ECLI:EU:C:2015:334
- STJUE, 17 de diciembre de 2015, *APEX* c. *Hauptzollamt Hamburg-Stadt* (C- 371/14), RJ *on line* 2015, ECLI:EU:C:2015:828

- STJUE, 21 de mayo de 2015, *CDC Cártel del Peróxido* (C-352/13), RJ *on line* 2015, ECLI:EU:C:2015:335
- STJUE, 3 de septiembre de 2015, *Costea* (C-110/14), RJ *on line* 2015, ECLI:EU:C:2015:538
- STJUE, 10 de septiembre de 2015, *Holterman* (C-47/14), RJ *on line* 2015, ECLI:EU:C:2015:574
- STJUE, 10 de diciembre de 2015, *Lazar* (C-350/14), RJ *on line* 2015, ECLI:EU:C:2015:802
- STJUE, 23 de diciembre de 2015, *Hobohm* (C-297/14), RJ *on line* 2015, ECLI:EU:C:2015:844
- STJUE, 21 de enero de 2016, *ERGO Insurance* (C-359/14), RJ *on line* 2016, ECLI:EU:C:2016:40
- STJUE, 17 de marzo de 2016, *Taser International Inc.* (C-175/15), RJ *on line* 2016, ECLI:EU:C:2016:176
- STJUE, 21 de abril de 2016, *Austro Mechana c. Amazon* (C-572/14), RJ *on line* 2016, ECLI:EU:C:2016:286
- STJUE, 16 de junio de 2016, *Universal Music Internacional*, (C-12/15), RJ *on line* 2016, ECLI:EU:C:2016:449
- STJUE, 7 de julio de 2016, *Höszig c. Thermal Services* (C-222/15), RJ *on line* 2016, ECLI:EU:C:2016:525
- STJUE, 14 de julio de 2016, *Granarolo* (C-196/15), RJ *on line* 2016, ECLI:EU:C:2016:559
- STJUE, 28 de julio de 2016, *Verein für Konsumentinformation c. Amazon EU Sàrl* (C-191/15), RJ *on line* 2016, ECLI:EU:C:2016:612
- STJUE, 28 de julio de 2016, *Gazdasági c. Siemens* (C-102/15), RJ *on line* 2016, ECLI:EU:C:2016:607
- STJUE, 21 de diciembre de 2016, *Concurrence Sàrl v. Samsung Electronics France y Amazon Services* (C-618/15), RJ *on line* 2016, ECLI:EU:C:2016:976
- STJUE, 25 de enero de 2017, *Stowarzyszenie "Olawska Telewizja Kablowa"* (C-367/15), RJ *on line* 2017, ECLI:EU:C:2017:36
- STJUE, 13 de julio de 2017, *Bayerische Motor Werke AG* (C-433/16), RJ *on line* 2017, ECLI:EU:C:2017:550
- STJUE, 20 de diciembre de 2017, *UBER BV* (C-434/15), RJ *on line* 2017, ECLI:EU:C:2017:981
- STJUE, 23 de enero de 2018, *ROCHE-NOVARTIS* (C-179/16), RJ *on line* 2018, ECLI:EU:C:2018:25

Conclusiones de los Abogados Generales del TJUE:

- Conclusiones del AG sr. Michal Bobek, *Bolagsupplysningen OÜ*, de 13 de julio de 2017 (C-194/16), RJ *on line* ECLI:EU:C:2017:55
- Conclusiones del AG, Asunto *Hummel Holding A/S c. Nike Inc., Nike Retail B.V.* (C-617/15), RJ *on line* 2017, ECLI:EU:C:2017:390
- Conclusiones del AG, Asunto *Gjensidige Baltic* (C-475/14 y acumulados C-359/14), RJ *on line* 2016, ECLI:EU:C:2015:630

Tribunal General de la Unión Europea:

-STPI (Sala cuarta), 6 de julio de 2000, *Volkswagen* (T-62/98), RJ 2000, pp. II-2713-2847, ECLI:EU:T:2000:180

-STPI (Sala primera), 18 de abril de 2013, *Systran* (C-103/11 P), RJ *on line* 2013, ECLI:EU:C:2013:245

II. JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA:**Tribunal Constitucional:**

-STC 7 de julio de 1981, ECLI:ES:TC:1981:32

Tribunal Supremo:

-STS Sala de lo civil, de 15 de abril de 1998, RJ\1998\2053;

-STS Sala de lo civil, de 18 de octubre de 2000, RJ\2000\8809

-STS Sala de lo civil, de 28 de octubre de 2003, RJ\2003\1019

-STS Sala de lo civil, de 1 de abril de 2004, as. ORDUYAR c. COMERCIAL FRUCUSOL *et al.*, RJ\2004\283

-STS Sala de lo civil, de 4 de julio de 2005, as. EDICIONES MENSUALES S.A., c. TOWER COMUNICATIONS y DIGITAL DREAMS MULTIMEDIA, S.L., RJ\2005\515

-STS Sala de lo civil, de 11 de julio de 2005, as. FRIGO c. FRIGOTEL, *VLex*- 18040577

-STS Sala de lo civil, de 29 de julio de 2006, as. PROMOIDEA c. PEPSICO SNACKS Argentina, RJ\2006\14999

-STS Sala de lo civil, de 8 de octubre de 2007, RJ\2007\6143

-STS Sala de lo civil, de 19 de junio de 2008, RJ\2008\3652

-STS Sala de lo civil, de 2 de octubre de 2008, as. *Industrial Kern Española S.A. c. Unión Chimique Belge S.A.*, y *Alter Farmacia S.A.*, RJ\2008\870

-STS Sala de lo civil, 20 de enero de 2010, as. *Fransa Clothing Company*, RJ\2010\158

-STS Sala de lo civil, de 4 de marzo de 2010, as. Super Mario c. *Kinder Sorpresa*, RJ\2010\72

-STS Sala de lo civil, de 23 de julio de 2010, as. Liga Fantástica Marca (Sentencias relacionadas; STS 635/2009, 130/2006, 725/2006, 1169/2006, 513/2010, 611/2011, y 75/2012)

-STS Sala de lo civil, de 22 de noviembre de 2010, RJ\2010\5885

-STS Sala de lo contencioso, de 8 de julio de 2011, RJ\2011\6089

-STS Sala de lo civil, de 24 de octubre de 2012, as. *Vileda c. Spontex*, RJ\2012\541

-STS Sala de lo civil, de 14 de noviembre, as. JURADO HERMANOS S.L., c. CAFÉS DAKAR S.L., RJ\2012\668

-STS Sala de lo civil, de 19 de junio de 2013, as. PASCUAL c. DON SIMÓN, RJ\2013\4598

-STS Sala de lo contencioso administrativo, de 6 de noviembre de 2013, RJ\2013\3505

-STS Sala de lo contencioso administrativo, de 4 de marzo de 2014, RJ\2015\2505

- STS Sala de lo civil, de 8 de abril de 2014, as. *Wolters Kluwer* España S.A. c. El Derecho editores S.A., RJ\2014\1762
- STS Sala de lo civil, de 2 de diciembre de 2014, as. *Ryanair Limited*, RJ\2014\5626
- STS Sala de lo civil, de 6 de julio de 2015, as. AUTORAM S.L. c. AUTORAMA S.L., RJ\2015\3197
- STS Sala de lo contencioso administrativo, de 15 de marzo de 2017, as. Gas Natural, RJ\2017\962
- STS Sala de lo civil, nº 24/2017, de 10 de enero de 2017, as. *BMW* c. ACACIA, RJ\2017\24
- STS Sala de lo civil, de 15 de febrero de 2017, as. *ORONA*, RJ\2017\541
- STS Sala de lo civil, nº304/2017, de 17 de mayo de 2017, as. CODERE APUESTAS, RJ\2017\1922.
- STS Sala de lo civil, de 20 de julio de 2017, as. *PEPI RESTORATION TECHNOLOGIES LLC*, RJ\2017\578
- STS Sala de lo civil, de 24 de enero de 2018, as. *UBER BV*, RJ\2018\117

Audiencia Nacional:

- SAN Sección 6ª de lo Contencioso administrativo, de 11 de octubre de 2006, as. “Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de La Coruña c. Administración General del Estado”, RJ\5945\2006
- SAN Sección 6ª de lo Contencioso administrativo, de 29 de abril de 2009, as. GAS NATURAL, JUR\2015\235305
- SAN nº111/2012, as. Cártel del Hormigón, RJ 2014\1504

Tribunales Superiores de Justicia:

- STSJ nº 3064/2010 de Andalucía, sala de lo Social, de 11 de noviembre de 2011, RJ\2011\3064

Audiencias Provinciales:

- SAP de Cantabria, de 9 de noviembre de 1994, AC\1994\1934
- SAP de Barcelona, sección 15ª, de 29 de diciembre de 1995, AC\1995\568
- SAP de Murcia, sección 2ª, de 21 de diciembre de 1998, asunto *CHUPACHUPS*, RJ\1SAP M XZ 998\2848
- SAP de Pontevedra, sección 5ª, de 5 de octubre de 2002, asunto DIFOR ASESORIA EDITORIAL SAL, RJ\SAP P 2001\384
- AAP de Barcelona, de 21 de noviembre de 2001, RJ\AAP B 336\2001
- SAP de Madrid, de 8 de noviembre de 2002, asunto ABRENTE ASESORES DE GESTIÓN S.L.
- SAP de Sevilla, de 14 de noviembre de 2002, JUR\2003\1474198
- SAP de Madrid, sección 14ª, de 3 de septiembre de 2003, asunto *Pret à Manger c. Delinas*, RJ\SAP M 2003\9465
- SAP de Madrid de 16 de marzo de 2005, AC\2005\835
- SAP de Madrid de 16 de marzo de 2005, AC\2005\431
- SAP de Barcelona, sección 15ª, de 19 de octubre de 2005, RJ\SAP B 602\2005
- SAP de Barcelona, sección 15ª, de 20 de julio de 2006, RJ\SAP B 14999\2006
- SAP de Madrid, sección 10ª, de 23 de febrero de 2007, RJ\SAP M 2007\99
- AAP Madrid, sección 28ª, de 21 de julio de 2009, RJ\2AAP M 009\143

- AAP de Madrid, sección 28ª, de 23 de abril de 2010, RJ\AAP M 2010\60
- AAP de Madrid, sección 28, de 23 de noviembre de 2010.
- SAP de Ciudad Real, de 3 de febrero de 2011, RJ\SAP CR 2011\27.
- SAP de Las Palmas de Gran Canaria, sección 4ª, RJ\SAP LP 2011\73
- AAP de Madrid, sección 28, de 12 de septiembre de 2011, asunto *Bonsai Advanced Technologies c. Ibvc Vacuum S. L, Edwards High Vacuum Int. Limited* y Don Severino, RJAAP M 2011\117
- SAP nº 8/2012, de Madrid, 13 de enero de 2012, asunto *RYANAIR C. RUMBO*, RJ\SAP M 2012\2738.
- SAP nº 97/2012, de Madrid, sección 28, de 20 de marzo de 2012, asunto *EL DERECHO EDITORES S.A., c. WOLTERS KLUWER España S.A*, RJ\SAP M 6046\2012\
- SAP nº4877/2012, de Madrid, sección 28, de 30 de marzo de 2012, asunto *Wholesale Brokers c. Iberpandi*, RJ\SAP M 7055\2012
- SAP nº536/2012, de Baleares, sección 5ª, 20 de diciembre 2012, asunto *SIGNO c. Club internacional del libro*, VLEX-421769158
- AAP nº 147/2013, de Madrid, sección 28ª, 18 de octubre de 2013, asunto *CAMINALAGA c. DAF Vehículos*, RJ\1988\2013
- SAP nº 1565/2014, de Sevilla, sección 5ª, 13 de marzo de 2014, asunto *KINGFISHER FRANCE y EURO DEPOT ESPAÑA c. BRICOLAJE BRICOMÁN S.L.*, RJ\SAP S 1565\2014
- SAP nº 286/2014, de Granada, sección 3ª, de 14 de marzo de 2014, asunto *MASALTOS*, AC\2014\646
- SAP nº 64620/2015, de Alicante, sección 8ª, de 29 de enero de 2015, RJ\SAP A 208\2015
- SAP de Madrid, sección 28ª, de 9 de febrero de 2015, RJ\SAP M 13010\2015
- SAP nº 236/2015, de Madrid, sección 28ª, de 18 de septiembre de 2015 (citada por L. MIRANDA SERRANO/J. PAGADOR LÓPEZ, “La necesidad de establecer conexiones entre el Derecho de la competencia desleal y la ley de contratos”, *Diario La Ley*, nº8464, secc. Tribuna, 2015, pp. 19 -ss).
- SAP, de Alicante, Sección 8ª, en relación a una sentencia del Juzgado de Marca de la Unión nº2 de Alicante, de 31 de marzo de 2017, RJ\ SAP A 796\2017

Juzgados de Instancia:

- AJPI del Juzgado de lo Mercantil de Madrid nº5, de 7 de octubre de 2004, RJ\AJM 6\2004
- AJPI Juzgado de lo Mercantil de Madrid, nº2, de 10 de noviembre de 2004, RJ\AJM 8\2004
- SJPI del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona nº2, nº11/2009, asunto *RYANAIR VS. ATRÁPALO* (citada por M. M. GÓMEZ LOZANO, “Vuelos de bajo coste, agencias de viaje virtuales y Derecho de la competencia”, *Revista de Derecho UNED*, nº7, 2010, pp. 599-615).
- SJPI del Juzgado de lo Mercantil de Alicante, nº39/08, asunto *L'OREAL SOCIÉTÉ ANONYME Y OTROS vs. SOCIEDAD UNIEXVA S.L*, RJ\2007\489
- AJPI de lo Mercantil de Barcelona nº7, nº 54/2012 de 21 de febrero, asunto *VIAGRA C. GENÉRICOS*, *Diario La Ley*, nº 7834, Sección La Sentencia del Día, 10 de abril 2013, La Ley nº 9213/2012, Año XXXIII
- AJPI del Juzgado de lo Mercantil nº1 de Madrid, nº395/2012, de 5 de julio de 2013, asunto *REPSOL c. YPF Argentina, CHEVRON y BRIDAS* RJ\AJM M 23\2013
- SJPI del Juzgado de lo Mercantil nº6 de Madrid, nº435/2013, de 4 de septiembre de 2013, asunto *TRAYCCO PUBLICITAT*, RJ\SJM M 435\2013

- SJPI del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid, nº343/2015, de 2 de febrero de 2017, asunto BLABLACAR, (en relación al AJPI del Juzgado de lo Mercantil nº2, nº 26/2016, de 26 de enero de 2016, asunto CONFEBÚS c. COMUTO ESPAÑA (BLABLACAR), RJ\SJM M 6\2017

III. JURISPRUDENCIA EXTRANJERA:

Alemania:

- Sentencia de 4 de junio 1992, BGHZ, *BGH*, 118, citada por C.VANLEENHOVE, “Punitive Damages and European Law: Quo Vademus?”, Antwerpen, Intersentia, 2012, p. 333.
- Sentencia de 11 de Febrero 2010, I ZR 85/08-BGHZ, *BGH*, 185, en *GRUR Int.*, 2012, pp. 66-74
- Auto del *Landgericht Frankfurt am Main*, 3 *Zivilkammer*, 2-03 O 329/14 25 de agosto de 2014, as. *UBER*, citada por P.A.DE MIGUEL ASENSIO, pedroalbertodemiguelblog 2014. Consultada en: <https://openjur.de/u/719901.html>
- Sentencia del Tribunal Federal Supremo alemán (*Bundesgerichtshof*) de 14 de enero de 2014, caso nº I Tribunal ZR 164/12, en *IIC*, vol. 45, 2014 pp. 995-998, as. *Wetteronline.de*

Austria:

- Sentencia del Tribunal Supremo de Austria de 19 de Marzo 2013, ECC 15 (2014), en *CMLR (European Commercial Cases)*, pp. 173-181, t/a T AUKTIONSHAUS.

Estados Unidos:

- As. *Alcoa, United States c. Alumminium Co. of Am.*, 148 F.2d 416, 443, 1945, Tribunal de Apelación de los Estados Unidos (2º circuito). Consultada en: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/148/416/1503668/>
- As. *Dior c. Milton Christian Dior, Societe a Responsabilite Limitee, et al.*, 9 *Misc.2d* 425, 27 de julio de 1956, Tribunal Suprema de Nueva York, citada por T. MCCARTHY, *Trademarks and Unfair competition*, San Francisco, Branconft-Whitney Co, 1984, p. 21.
- Asunto *Backock c. Jackson*, 191 N.E.2d 279, de 9 de mayo de 1963, Tribunal de Apelación de Nueva York, citada por J. VON HEIN, *Tul., L., Rev.*, 2008, p. 1681; T.B.J., *Virginia L. Rev.*, 1966, también consultada en: https://www.nycourts.gov/reporter/archives/babcock_jackson.htm
- As. 9 TO 5 *FASHIONS, Inc. c. Petr L. SPURNEY, et al*, de 30 de enero de 1989, 538 So. 2d 228 (87-CA-343), cit. 520 So. 2d. 1276, Tribunal Supremo de Lousiana, consultada en: <https://www.courtlistener.com/opinion/1770976/9-to-5-fashions-inc-v-spurney/>
- As. *John Boutari & Son, Wines & Spirits, S.A., v. Attiki Imps. & Distribs. Inc.*, 22 F.3d 51, de 15 de abril de 1994, Tribunal de Apelación de los Estados Unidos (2º circuito), citado por D. C.K. CHOW, *International Business Transactions: Problems, Cases and Materials*, 2015, p. 631. Consultada en: https://www.americanbar.org/content/dam/aba/events/international_law/2013/05/law_business_and_society-usisraelglobalrelationships/survey%20of%20appellate%20cases.authcheckdam.pdf
- As. *Kasky vs. Nike*, 27Cal.4th 939, 119 Cal. Rptr. 2d 296, 45 P.3d 243, de 22 de mayo 2002 (con *certiorari granted* en 2003), cit. 45 P.3d 243, 119 Cal. Rptr. 2d 296, 27 Cal. 4th 939 (S087859), Tribunal Supremo de San Francisco, citada por T. COTTIER/WERMELINGER, “Implementing and Enforcing Corporate Social Responsibility” en R. HILTY / F. HEENING BODEWIG, *Corportate Social Responsibility. Verbindliche Standards des Wettbewerbsrechts?*, 2014, p. 87. Consultada en: <https://www.courtlistener.com/opinion/2638712/kasky-v-nike-inc/>

- As. *Philips c. Audio Active Ltd.* (nº05-7017-cv), de 24 de julio de 2007, (05-7017), citada en C. COUREAULT, *La Concurrence déloyale en Droit international privé*, 2012, p. 257. Consultada en: <https://www.courtlistener.com/opinion/2959846/phillips-v-audio-active-ltd/>
- As. *Amaranth LLC y J.P. Morgan Chase & Co.*, 71 AS3d 40, 47, de 5 de noviembre de 2009, Tribunal de Apelación de Illinois (603756/07, 324), citada por G.JR. DENEGRE/S.S. HOLTZAM/J.A.LOVET, *Lo. L. Rev.*, 1999, p. 39. Consultada en: <https://www.leagle.com/decision/innyco20091105388>
- As. *Bridas International S.A. and Bridas Energy Holding LTD.*, c. Repsol S.A., Tribunal Supremo de Nueva York, nº 130/2013. Consultada en: http://www.courts.state.ny.us/REPORTER/3dseries/2013/2013_51346.htm
- As. *Just Fabulous Inc., vs. Fab.Com Inc.*, de 24 de julio de 2013, Tribunal del distrito de California (CV 2, 13-05330). Consultada en: <https://www.law360.com/cases/51f0564abbc94478200970f>
- As. *Leason Ellis LLP c. Patent & Trademark Agency LLC*, de 2 de julio de 2014, No. 13 CV 2880, citada por R. TUSHNET en tushnetblog, 2014, Consultada en: <https://www.courtlistener.com/docket/4352119/leason-ellis-llp-v-patent-trademark-agency-llc/>
- As. *Horsham-based Philadelphia Taxi Association c. UBER* (Case 2:16-cv-01207) de 15 de marzo de 2016, Tribunal del Distrito Este de Pennsylvania. Consultada en: <https://www.pbwt.com/content/uploads/2018/04/2-Phila.-Taxi-Assn-v.-Uber-E.D.-Pa..pdf>
- As. *PEPSICO Inc., c. COCA COLA COMPANY*, de 24 de diciembre de 2002, Tribunal de Apelación de Estados Unidos, 2nd circuit, nº 00-9942. Consultada en: <https://caselaw.findlaw.com/us-2nd-circuit/1463765.html>

Francia:

- As. *Maquet c. Soc. Becker Holding et autres*, de 21 de marzo de 2000, nota RCDIP, 2000, pp. 792-799, nota A.SINAY-CITERMANN.
- As. *Optelec c. Mitronics*, Sent. Tribunal de apelación de Grenoble, de 21 de marzo de 2002, citada por J. FAWCETT/P. TORREMANS, *Intellectual Property and Private International Law*, p.494. Consultada en legifrance: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000006939971>
- As. *AUDIT GESTION REVISION ET EXPERTISE COMPTABLE DE L'OCEAN INDIEN (SOCIETE) c. GESCORE (SOCIETE)*, en CMLR (2014), en ECC, pp. 71-75.
- As. *OASIS SRL c. LFD*, Sent. nº 07/01612, del Tribunal de apelación de Dijon de 9 de septiembre de 2008 / Sent. nº 08/2016, del Tribunal de Casación francés, del 12 de mayo de 2010, citadas por A. LÓPEZ TARRUELLA-MARTÍNEZ, *Litigios transfronterizos sobre derechos de propiedad industrial e intelectual*, Madrid, Dyckinson, 2008, p. 84 y p. 86, Consultadas en legifrance: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000022215373>
- As. *NESTLÉ NESPRESSO y NESPRESSO France*, Sent. nº 11-21266, del Tribunal de Casación francés, Sala de lo mercantil, de 25 de septiembre de 2012. Consultada en legifrance: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000026437804&fastReqId=1452500838&fastPos=1>
- As. *Hodder-Dargaud*, Sent. nº 01-01774, Sent. Tribunal de Casación, Sala de lo civil, de 6 de mayo de 2013, *Communication Commerce Electronique*, 2010, p. 4 nota E. ANCEL.
- As. *Pucci c. H&M*, Sent. nº11-27139 de 26 de febrero de 2013 y Sent. nº 25131-2014 del Tribunal de casación francés, de 20 de septiembre 2016. Consultada en legifrance: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000027127602>

-As. *MARIAGES FRÈRES*, Tribunal de casación francés (Cour de Cassation-Chambre Commerciale) , de 17 de noviembre de 2017, nº16-10850, en *IIC*, nºvol. 49, nº4, pp. 496-499, consultado en:

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEX T000036005141&fastReqId=48779144&fastPos=1>

- Auto nº 14/17985, del Tribunal de apelación de París (*Cour d'appel Paris, Chambre 1*) de 7 de abril del 2015, consultado en: <https://www.legavox.fr/blog/lajurisprudence/action-pour-rupture-relations-commerciales-19041.htm>

India:

-As. *Pepsi Foods Ltd.*, y otros c. *Bharat Coca-Cola Holdings* (1999 VAD Delhi 93, 81, (1999) DLT 122, 1999 (50) DRJ 656, ILR 1999, Dehli 193 (1999) IILLJ 1140 Del), Sent. Tribunal Supremo Dehli (*High Court Dehli*) de 30 de julio de 1999. Consultada en: <https://indiankanoon.org/doc/721210/>

Japón:

-As. *Metallic Machine Tools (Civil Code, Sec. 790)*, Sent. Tribunal Supremo de Japón, de 25 de marzo de 2010, en *IIC*, vol. 45, 2014, pp. 841-843.

Reino Unido:

-As. *Mogul Steamship Co., vs. McGregor Gow & Co.*, LR 23 QBD, 598, 1889, citada por A. KAMPERMAN SANDERS, *Unfair Competition Law: The Protection of Intellectual and Industrial Creativity*, Oxford, Clarendon Press, 1997, p. 99.

-As. *Harman, L.J., John Walker & Sons Ltd., vs. Henry Ost & Co. Ltd* (1970) R.P.C., *EIPR*, 1996, pp. 567-571, nota M. FRANZOSI/V. JANDOLI. Consultada en: <https://watermark.silverchair.com/87-6-151.pdf>.

-As. *Pearce v. Ove Arno Partnership Ltd.*, Sent. de 7 de marzo de 1997, (*High Court of London*), 1999, EWCA Civ 625, [2000] Ch D 402, [1999] 1 All ER 769. Consultada en: <http://swarb.co.uk/gareth-pearce-v-ove-arup-partnership-ltd-and-others-ca-21-jan-1999/>

-As. *Emaco v. Dyson*, Sent. de 26 de enero de 1999 (*High Court of Justice, Chancery Division*), [1999] EWHC Patents 260. Consultada en: <https://www.casemine.com/judgement/uk/5a8ff8d160d03e7f57ecdc40>

-As. *Reed Solutions Ltd., c. Reed Elsevier*, Sent. Real Tribunal de Justicia de Londres, nº A3/2003/0141 (*Royal Court of Justice of London*)

-As. *L'Oréal S.A. v. Bellure N.V. and others*, Sent. Tribunal de apelación nº HC03 C04344 (*Court of Appeal*), EWCA Civ.968, 2007. Consultada en: <http://www.5rb.com/case/loreal-s-a-v-bellure-n-v-and-others/> y, <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2007/968.html>

-As. *L'Oréal v. Bellure: L'Oreal SA & Ors v Bellure NV & Ors* [2010] EWCA Civ 535 (21 May 2010) Case No: A3/2006/2258 [2010], ETMR 47, [2010] RPC 23, [2010] Bus LR 157.

Taiwan:

-As. *HTC vs. Samsung* (caso inédito) consultado en: <https://www.theguardian.com/technology/2013/oct/24/samsung-fined-taiwan-campaign-against-smartphone-htc>

