
EL MARKETING AGRESIVO COMO ACTO DE COMPETENCIA DESLEAL

Trabajo Fin de Grado

Elaborado por: M^a del PILAR CALVO ALONSO

Tutora: AMALIA RODRÍGUEZ GONZÁLEZ

JULIO 2012



Universidad de Valladolid

Facultad de Ciencias del Trabajo

Campus de Palencia

FACULTAD
CIENCIAS DEL TRABAJO



3.2.2.4. Marketing político.	38
3.2.3. MARKETING ECOLÓGICO.	39
3.3. CONDUCTAS NO ÉTICAS EN EL MARKETING	39
3.3.1. EN EL MERCADO.	39
3.3.2. EN LA PRÁCTICA DE LA INVESTIGACIÓN DE MERCADOS	40
3.3.3. EN EL DISEÑO Y COMERCIALIZACIÓN DEL PRODUCTO.....	40
3.3.4. EN LA FIJACIÓN DEL PRECIO	41
3.3.5. EN LAS RELACIONES EN EL CANAL DE DISTRIBUCIÓN.	42
3.3.6. EN LA VENTA PERSONAL	42
3.3.7. EN LA PUBLICIDAD	43
3.3.8. EN LA PROMOCIÓN DE VENTAS Y MARKETING DIRECTO.....	43
3.3.9. EN LA ACTUACIÓN FRENTE A LA COMPETENCIA	44
4. EL MARKETING AGRESIVO COMO PRÁCTICA DESLEAL.....	44
4.1. RELACIÓN DE PRÁCTICAS DE MARKETING QUE SE CONSIDERAN AGRESIVAS SEGÚN LA LCD.	46
5. CONCLUSIONES	49
BIBLIOGRAFIA	51
LEGISLACIÓN UTILIZADA	52
REVISTAS ESPECIALIZADAS	53
ENLACES Y PÁGINAS WEB DE INTERÉS.....	53

EL MARKETING AGRESIVO COMO ACTO DE COMPETENCIA DESLEAL.

1. INTRODUCCIÓN Y OBJETO DEL TRABAJO

Tal y como establece la normativa que regula los Trabajos Fin de Grado (art. 8), deben establecerse tanto la relevancia de la temática elegida como la fundamentación teórica y los antecedentes, así como su vinculación de la propuesta con las competencias propias del Título.

En este sentido debe señalarse que el profesional que se trata de formar (Graduado en Relaciones Laborales y Recursos Humanos) debe tener unos conocimientos mínimos de la empresa, el estatuto jurídico del empresario, los mecanismos jurídicos para relacionarse en el tráfico mercantil con otras empresas, Administraciones públicas, trabajadores y proveedores, tanto en situaciones normales como en aquellas otras de crisis económica (concurso de acreedores).

En este sentido se justifica el trabajo realizado en el ámbito del Derecho de la Competencia Desleal y tendría relación entre otras y sin un ánimo exhaustivo con las competencias generales profesionales (saber hacer) CE 22 (asesoramiento a organizaciones sindicales y empresariales y a sus afiliados), CE 23 (capacidad para asesorar y o gestionar en materia de empleo, de contratación, y de protección social complementaria). También están implicadas otras como el razonamiento crítico y el compromiso ético, muy patente en el tema que va a ser objeto de estudio con este Trabajo Fin de Grado, donde en ocasiones los límites entre lo ético y lo ilícito no son muy claros.

El objeto del presente trabajo es el estudio del marketing agresivo como acto de competencia desleal. El marketing, como técnica para influenciar en las decisiones de los consumidores, en su variante más directa, conocido como marketing agresivo, tiene como característica negativa la posibilidad de ser considerado un acto de competencia desleal.

Debe de realizarse un análisis específico del marco normativo en que nos vamos a mover, a los efectos de poder valorar de una manera certera los límites hasta los que es permisible el ejercicio de esa política de marketing; siempre y cuando no se vean afectados los derechos de los consumidores y no solo de ellos sino del resto de las empresas competidoras en el mismo sector.

En este sentido, es de resaltar la influencia que tiene la incorporación de España a la UE, de manera que recientemente se ha producido una reforma legislativa destinada a acomodar la doctrina comunitaria respecto a estas materias. Así la Ley 3/91, de 10 de enero, de Competencia Desleal (en adelante LCD) ha sido objeto de una importante reforma con la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la

protección de los consumidores y usuarios por la que se incorpora la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el Mercado Interior.

Esta modificación va a introducir nuevos conceptos y nuevos medios de protección, tanto de los derechos de los consumidores como de las empresas en general. Va a darnos también una serie de conceptos que han de servirnos de orientación y de base a los efectos de ir diseñando cuáles son los límites de esa competencia desleal y cuáles los del marketing agresivo.

Así, veremos conceptos como “comportamiento económico, conducta del consumidor medio, grupos especialmente vulnerables, etc.”, deberemos realizar un análisis interpretativo de qué valor pueden tener esos conceptos y, de otro lado, la trascendencia que pueden llegar a tener los mismos respecto del marketing agresivo. Por que como estamos hablando, ciertamente el marketing agresivo puede influir directamente sobre ese consumidor medio, sobre las prácticas económicas de éste y fundamentalmente por ir dirigido a esos grupos que se llaman vulnerables.

Desde el punto de vista sistemático el trabajo se divide en tres partes claramente diferenciadas; por un lado se analizará el marco normativo de la competencia desleal, en concreto de los actos de competencia desleal; en segundo lugar se analizarán algunos aspectos del marketing con especial referencia al marketing agresivo; en tercer lugar analizaremos el marketing agresivo como acto de competencia desleal. El trabajo finaliza con algunas reflexiones finales y una relación de la bibliografía utilizada para la elaboración del mismo.

2. LA COMPETENCIA DESLEAL

2.1. MARCO NORMATIVO

La tutela de la lealtad en la actividad competidora de los empresarios se ha caracterizado por su notable imperfección y excesivo casuismo. En los últimos años se ha producido un cambio radical, y cabe afirmar que en materia de defensa de la competencia leal el ordenamiento jurídico ha sido objeto de una amplia reconstrucción¹.

La situación es fruto de la Ley 3/1991, de 10 de enero de 1991, de Competencia Desleal (LCD), que recientemente se ha sometido a una amplia reforma y ampliación en virtud de lo dispuesto por la Ley 29/2009 de 30 de diciembre de 2009 de modificación de la de 1991 “para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios”, que supone la adaptación a la normativa interna en esta materia a la

¹ Vid. JIMENEZ SANCHEZ, G.J., *Lecciones de Derecho Mercantil*, 2010, Tecnos. pág. 144.

Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a las prácticas desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior de cada uno de los países miembros de la UE.

Con la Ley 29/2009 el derecho de la competencia leal deja de ser un derecho exclusivo de relaciones entre los empresarios para separarse en dos ramas distintas: la que regula las relaciones estrictamente empresariales y la que regula las relaciones entre los empresarios y consumidores y usuarios.

Con este nuevo marco normativo, la disciplina de la competencia desleal puede primordialmente seguir conceptuándose como aquella parte del derecho de la competencia que regula las acciones de los empresarios encaminadas a captar clientela en un mercado en el que hay otros empresarios operando. Estas acciones no persiguen directamente la alteración de la estructura plural del mercado. Por lo tanto se parte de la base de un mercado plural y competitivo, y se pretende que así permanezca.

Las conductas empresariales competitivas y no dirigidas a la creación de monopolios deben atenerse al principio de buena fe que regula las relaciones contractuales. Así como la competencia debe ser leal entre empresas, desde 2009 se contempla que las relaciones entre la empresa y los clientes - consumidores y usuarios - también lo sea, siendo además punibles conforme a la LCD y no por vías administrativas como propugnaba la Ley General de Consumidores y Usuarios, para la sanción de sus infracciones.

2.1.1. LA DIRECTIVA

2.1.1.1 Introducción. Objeto y fines de la Directiva

La Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, indica en su preámbulo que el art. 153, ap. 1 y 3 letra a) del Tratado establece que la Comunidad contribuirá a alcanzar un alto nivel de los consumidores a través de las medidas que adopte en virtud del art. 95 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. Asimismo, establece que el mercado interior es un espacio sin fronteras interiores en el que está garantizada la libre circulación de mercancías, servicios y libertad de establecimiento.

Existen marcadas diferencias entre las leyes de los Estados Miembros que pueden generar distorsiones en la competencia y obstaculizar el buen funcionamiento del mercado interior. Así, las disposiciones de los diferentes Estados sobre publicidad engañosa diferían mucho uno de otros. La Directiva 84/450/CEE del Consejo, de 10 de septiembre, sobre publicidad engañosa y comparativa, armoniza la legislación sobre la publicidad engañosa en base a unos criterios mínimos, pero no impide que los Estados Miembros adopten medidas de mayor protección a los consumidores.

Como característica general en todos los estados miembros, las actividades económicas y las prácticas comerciales están regulados conforme a un sistema de normas diferente que generalmente tiende a recoger otros aspectos como la protección de los consumidores a través de un nivel relativamente alto de protección.

Esto es característica común de casi todos los sistemas legislativos nacionales, en los cuales las normas y los instrumentos legales que regulan el comportamiento de mercado tienen también como objetivo la protección de los consumidores. En la mayor parte de los estas normas se pueden encontrar en ámbitos de la ley que también persiguen otros objetivos protectores, particularmente en las leyes que protegen a los competidores contra la competencia desleal y en general, en las leyes que regulan el funcionamiento de la competencia en conjunto.

Esta situación legal tiene que converger en una amplia gama de diversos sistemas reguladores: sistemas con una ley que cubre todos los intereses a proteger e incluye una cláusula general, otros con leyes separadas de protección al consumidor y ley de competencia o los sistemas que aplican las disposiciones generales de derecho civil a través de la responsabilidad civil o la ley de daños a las prácticas comerciales desleales. Estos diversos tipos de regulación son complementados, en algunos sistemas, sobre todo por la jurisprudencia y en otros sistemas por disposiciones de autorregulación y Códigos de Conducta².

En relación con el sistema de aplicación y control de la normativa, una amplia diversidad de propuestas reguladoras se puede encontrar en los distintos Estados Miembros de la Comunidad Europea.

Asimismo, los derechos de los competidores y de sus asociaciones y los de algunos otros participantes del mercado (consumidores, asociaciones de consumidores) se forman de una manera muy diversa. Por lo demás, casi todos los Estados Miembros aplican un sistema similar de sanciones contra las prácticas comerciales desleales.

A la vista de las consideraciones apuntadas, la Directiva 2005/29/CE se presentó como un instrumento de armonización cuyo objetivo era establecer reglas comunes en materia de prácticas comerciales a fin de asegurar a los consumidores un elevado nivel de protección y mejorar el funcionamiento del mercado interior³.

Esta Directiva comunitaria constituye el resultado de una larga serie de consultas y negociaciones que tuvieron su origen en el Libro Verde “sobre la protección de los

²RODRIGUEZ GONZALEZ, A., "Incumplimiento de códigos de conducta como práctica de competencia desleal." *Distribución comercial y Derecho de la Competencia*, (dir. VIERA/ECHEBARRÍA), Madrid, 2011. Pág. 572.

³El artículo 1 de la Directiva 2005/29/CE señala: “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 Estados Miembros sobre las prácticas comerciales desleales que perjudican a los intereses económicos de los consumidores”.

consumidores en la Unión Europea”⁴, cuya finalidad fue efectuar un amplio sondeo público sobre la futura orientación de la protección de los consumidores en la Unión Europea, con el fin de dar un nuevo enfoque al Derecho del Consumo europeo, el cual se encontraba estructurado de una manera excesivamente sectorial, lo que constituía un obstáculo para el comercio intracomunitario⁵.

Ante esto, la Comisión propuso un proyecto de Directiva relativa a las prácticas comerciales desleales, era indispensable lograr esta armonización puesto que las divergencias entre las normativas comunitarias en ese ámbito no sólo daban como resultado cierta inseguridad jurídica para los consumidores sino también para las empresas, que preferían concentrarse en su mercado nacional, en detrimento de la realización del mercado interior.

Las normativas nacionales relativas a las prácticas comerciales eran diferentes en cada uno de los estados miembros, así, una práctica que en un país se consideraba desleal, podía no serlo en otro y provocaba confusión en las empresas, que no sabían qué legislación debían cumplir, razón por la cual se hacía necesario disponer de reglas comunes en la materia.

Siguiendo estos planteamientos, el 11 de junio del 2005, el Parlamento Europeo y el Consejo adoptaron una Directiva relativa a las prácticas comerciales desleales.

Como ya se ha dicho, la Directiva 2005/29/CE se adoptó con miras a superar las diferencias existentes entre las legislaciones nacionales e impedir que las mismas resultara un obstáculo al funcionamiento del mercado interior, motivo por el cual su fundamento jurídico lo constituye el artículo 95 del Tratado Constitutivo de la CE que se refiere al Mercado interior⁶. De ahí que, uno de los objetivos de la Directiva 2005/29/CE sea consolidar el desarrollo y la eficacia del mercado interior⁷, y para reforzarlo el legislador comunitario estableció en el artículo 4 de la Directiva una cláusula de libre circulación y prestación de los servicios.

⁴ MAMBRILLA RIVERA, V., “Prácticas y competencia desleal: estudio del derecho comunitario europeo y español. La incorporación de la Directiva 2005/29/CE a nuestro derecho interno (incidencia en los presupuestos generales y en la cláusula general prohibitiva del ilícito desleal) (Segunda parte)”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, nº 5, 2009, pág. 113.

⁵ Considerando (3) de la Directiva 2005/29/CE que señala: “Las leyes de los Estados Miembros relativas a las prácticas comerciales desleales muestran marcadas diferencias que pueden generar distorsiones apreciables de la competencia y obstaculizar el buen funcionamiento del mercado interior”.

⁶ El preámbulo de la Directiva 2005/29/CE señala expresamente: “Visto el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y, en particular, su artículo 95” y el artículo 95.1 del Tratado, por su parte establece “...(omissis) El Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 251 y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptará las medidas relativas a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior”.

⁷ Considerandos (4), (12) y (13) de la Directiva 2005/29/CE.

2.1.1.2. Estructura de la Directiva

CLÁUSULA GENERAL	
PRÁCTICAS ENGAÑOSAS	PRÁCTICAS AGRESIVAS
<i>ACCIONES</i>	<i>OMISIONES</i>
<u>LISTA NEGRA</u>	

La cláusula general contiene la prohibición general relativa a las prácticas comerciales desleales. Esta disposición vendrá a sustituir las divergentes cláusulas en vigor actualmente en los distintos Estados Miembros y así eliminará las barreras del mercado interno.

Además, en el texto se describen detalladamente dos grandes categorías de prácticas comerciales desleales: “engañosas” y “agresivas”. De hecho, la inmensa mayoría de las prácticas que merecen la calificación de “desleales”, vienen a caer dentro de una de estas disposiciones.

A la hora de aplicar las disposiciones anteriores, las prácticas se evaluarán a la luz de los efectos que tengan, o puedan tener, sobre el consumidor medio.

Por último, la Lista Negra contiene una lista de aquellas prácticas que deberán ser consideradas desleales en cualquier circunstancia, y que, por tanto, quedan prohibidas sin necesidad de examinar su efecto sobre el consumidor medio.

Al establecer el ámbito de armonización de la Directiva 2005/29/CE, el legislador comunitario ha dejado claro que el principal cometido de la misma es alcanzar un elevado nivel de protección sobre las prácticas comerciales que se produzcan en la relación entre empresas y consumidores, que perjudiquen o puedan perjudicar de forma directa los intereses económicos de los consumidores.

Sobre este aspecto, en aras de cumplir con este objetivo, la Directiva 2005/29/CE establece por una parte, una prohibición general de las prácticas comerciales desleales, y por otra, divide las prácticas comerciales en prácticas comerciales engañosas y prácticas comerciales agresivas⁸.

⁸ Vid. sobre este aspecto MASSAGUER, J. *El nuevo derecho contra la competencia desleal: la Directiva 2005/29/CE sobre las Prácticas Comerciales Desleales*. Madrid: Civitas, 2006, pág. 57, para quien: “...(*omissis*) la aplicación de estas normas al caso se deberá hacer con autonomía respecto de la prohibición general en un plano sustantivo, pero en todo caso habrá de ajustarse a las exigencias sistemáticas que emanan de la prohibición general en relación con la caracterización del juicio de deslealtad”.

La importancia de la cláusula general prohibitiva formulada en el artículo 5 de la Directiva 2005/29/CE radica en que la misma pretende alcanzar una armonización plena del Derecho de la Competencia Desleal a nivel europeo, para lo cual es necesario implantar en las leyes de los Estados Miembros de la Unión Europea una “cláusula general prohibitiva exacta y uniforme” que sustituya a las ya existentes, así como instaurarla en las leyes de aquellos Estados Miembros que carecen de la misma.

A este fin, y desde el punto de vista funcional, la cláusula general prohibitiva de la competencia desleal es una especie de “válvula de cierre” que permite a los Tribunales de los Estados Miembros impedir el paso a las nuevas prácticas desleales que reiteradamente surgen en el mercado.

La Directiva señala su ámbito de aplicación en los siguientes términos: “La presente Directiva será aplicable a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores según establece el artículo 5, antes, durante y después de una transacción comercial en relación con un producto”⁹, entendiéndose por práctica comercial “todo acto, omisión, conducta o manifestación, 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”.

De la definición, destaca claramente que tanto la publicidad como las comunicaciones comerciales se consideran una práctica comercial¹⁰, de tal modo que, dentro de las comunicaciones comerciales pueden incluirse el marketing directo, el patrocinio, la promoción de ventas y las relaciones públicas.¹¹

Ámbito objetivo: Según la definición, el aspecto objetivo de las prácticas comerciales se ha delimitado en un amplio catálogo de conductas -“todo acto”-, activas y pasivas, que persigue que no se quede al margen ninguna actuación por razón de su naturaleza, modalidad o clase.

Ámbito subjetivo: De conformidad con la definición de consumidor dada por la Directiva, que señala como tal a “cualquier persona física que, en las prácticas comerciales contempladas por la siguiente Directiva, actúe con un propósito ajeno a

⁹ Vid. artículo 3.1 de la Directiva 2005/29/CE.

¹⁰ De igual forma se destaca en el Cdo. (14) de la Directiva 2005/29/CE al señalar: “Es conveniente que se consideren prácticas comerciales engañosas aquellas prácticas, incluida la publicidad engañosa, que al inducir a engaño al consumidor, le impiden elegir con el debido conocimiento de causa y, en consecuencia, de manera eficiente. De conformidad con las leyes y prácticas de Estados Miembros sobre publicidad engañosa, la Directiva clasifica las prácticas engañosas en acciones engañosas y omisiones engañosas”.

¹¹ Vid. MASSAGUER, J. *El nuevo derecho contra la competencia desleal: la Directiva 2005/29/CE sobre las Prácticas Comerciales Desleales. ob. cit.*, pág. 18, quien sobre este aspecto hace referencia al Libro Verde de la Comisión sobre Comunicaciones Comerciales, pág. 9.

la actividad económica, negocio, oficio o profesión¹², las personas jurídicas no pueden asimilarse a los consumidores; en consecuencia, los agentes comerciales/empresarios no están protegidos por dicha normativa comunitaria, esta última se limita a cubrir las transacciones comerciales entre los agentes comerciales/empresarios y las personas físicas/consumidores (es decir, las relaciones *Business to Consumer*¹³ (B2C)). No obstante, conviene señalar que por lo que respecta a los actos de engaño que se deriven de la publicidad engañosa y comparativa, en relación con la Directiva 2006/114/CE, las personas jurídicas (agentes comerciales/empresarios) siguen al amparo de esta normativa, es decir, se protegen las relaciones *Business to Business*¹⁴ (B2B). De ahí que pueda afirmarse que la Directiva 2005/29/CE excluye de su ámbito subjetivo de aplicación las prácticas comerciales entre agentes comerciales/empresarios, así como cualquier otra práctica cuyo destinatario no sea la persona física/consumidor, por consiguiente, rige únicamente las prácticas comerciales de los agentes comerciales/empresarios en relación con las personas físicas/consumidores; las relaciones con los agentes comerciales/empresarios competidores no están protegidas por la misma.

Así, dentro del ámbito subjetivo de aplicación de la Directiva, quedan excluidos, los medios que se encargan de difundir las comunicaciones comerciales y los terceros no relacionados, quienes simplemente ejercen una actividad de cooperación en la promoción, pero que no tienen nada que ver con la práctica comercial de otro.

Evidentemente las razones o motivaciones de carácter subjetivo que determinan las actuaciones no son relevantes al momento de calificar la práctica como desleal, lo que en realidad interesa es que la actuación tenga “objetivamente” una relación directa con la promoción, venta o suministro de bienes o servicios para que pueda ser calificada como práctica comercial.

Ámbito Temporal: De la misma forma, al establecer el ámbito de aplicación de la Directiva, el legislador comunitario se ocupó de destacar a la comercialización entre las actuaciones que pueden constituir prácticas comerciales y de señalar con detalle el ámbito temporal de la práctica comercial al referirse al momento en el que se efectúa la transacción: la misma se aplica a la relación antes, durante y después de una transacción comercial, lo que bien equivale a preparación, realización y ejecución de los contratos, sin comprender los requisitos de validez,

¹² Vid. artículo 2.a) de la Directiva 2005/29/CE

¹³ B2C es la abreviatura de la expresión *Business-to-Consumer* («del negocio al consumidor», en inglés). Se refiere a la estrategia que desarrollan las empresas comerciales para llegar directamente al cliente o usuario final.

¹⁴ El *business-to-business* se aplica a la relación entre un fabricante y el distribuidor de un producto y también a la relación entre el distribuidor y el comercio minorista, pero no a la relación entre el comerciante y su cliente final (consumidor), relación esta última que quedaría ajustada entonces al entorno del B2C (*business-to-consumer*).

perfeccionamiento y la determinación del contenido de los mismos¹⁵. Así las cosas, es fácil concluir que la Directiva 2005/29/CE no regula las relaciones obligatorias que se deriven una vez que el contrato haya quedado perfecto, aquéllas evidentemente pertenecen a la esfera de las relaciones contractuales, mientras que la práctica comercial desleal es un ilícito que pertenece al ámbito de las relaciones extracontractuales.

2.1.1.3. Las prácticas agresivas en la Directiva

La regulación de las prácticas comerciales agresivas constituye una novedad en el Derecho Comunitario de la Competencia Desleal.

Se considerará una práctica agresiva cuando la libertad de elección o de conducta del consumidor medio se encuentre significativamente mermada.

La Directiva contiene una lista de criterios que ayudarán a determinar si una práctica comercial utiliza técnicas de acoso, coacción (incluyendo fuerza física) o influencia indebida.

Las prácticas calificadas de agresivas que puedan influenciar el comportamiento económico de los consumidores se encuentran absolutamente prohibidas en la Directiva 2005/29/CE. Establece que una práctica será considerada agresiva si en su contexto fáctico, teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias, merma o pueda mermar de forma importante, mediante el acoso, la coacción, incluido el uso de la fuerza, o la influencia indebida, la libertad de elección o conducta del consumidor medio con respecto al producto y, por consiguiente, le haga o pueda hacerle tomar una decisión sobre una transacción que de otra forma no hubiera tomado.

El concepto de “práctica comercial agresiva”, tal como se presenta ahora, no había sido desarrollado ni en el derecho comunitario europeo ni en los ordenamientos nacionales de los estados miembros. Esta nueva concepción, aparece en la Directiva construida sobre tres pilares: el primero, el concepto de práctica comercial agresiva, el segundo, un listado de circunstancias que deben ser tomadas en consideración a la hora de calificar una conducta como práctica agresiva, recogidas

¹⁵ Vid. artículo 3.2 de la Directiva 2005/19/CE que señala: “La presente Directiva se entenderá sin perjuicio del Derecho contractual, y en particular de las normas relativas a la validez, la formación o el efecto de los contratos”. Vid. sobre este aspecto MASSAGUER, J. *El nuevo derecho contra la competencia desleal: la Directiva 2005/29/CE sobre las Prácticas Comerciales Desleales*, pág. 19, para quien: “De este modo la Directiva ha incluido en el ámbito del control de deslealtad las actuaciones de las empresas que conducen a la contratación y que, tras ella, están relacionadas con el cumplimiento de las obligaciones contraídas y, más en particular, con la efectividad práctica de los derechos atribuidos a los consumidores en la relación post-contractual, pero que son distintas de la ejecución de la prestación pactada, en general, y del cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato en cuanto conductas contractualmente impuestas y debidas”.

en el artículo 9, y el tercero, una enumeración de conductas que son calificadas *per se* como agresivas.

2.1.1.3.1. Elementos de la práctica comercial agresiva

Dos son los elementos cuya concurrencia es indispensable para que la práctica comercial pueda ser reputada desleal por agresiva; por una parte se exige una presión moral (psicológica) o física que debe suponer un límite a la posibilidad de la que dispone el consumidor para llevar a cabo libremente su elección, la utilización de un acoso, coacción o influencia indebida, y por otra parte, que esta presión pueda conducir a que el consumidor efectúe una transacción comercial que no hubiera tenido lugar en otras circunstancias, tal y como dispone la Directiva en su artículo 8¹⁶.

En este supuesto, el legislador comunitario no exige probar que ha habido incumplimiento de la diligencia profesional, tampoco se hace referencia a la distorsión sustancial del comportamiento económico del consumidor, pues se presume que esas prácticas agresivas son concluyentes para desviar el comportamiento económico del consumidor.

La finalidad es la protección de la libertad de elección del consumidor. La Directiva en su artículo 9¹⁷ determina cuándo una práctica es agresiva a fin de establecer una distinción entre las prácticas agresivas y las prácticas lícitas. Se trata de elementos relativos al momento en el que la práctica se realiza, su naturaleza y persistencia (letra a), el empleo de amenazas físicas o verbales (letra b), la explotación de la desgracia ajena o circunstancias especiales del consumidor de los que el agente comercial tenga conocimiento, que mermen la capacidad de discernimiento del

¹⁶ El artículo 8 de la Directiva 2005/29/CE dispone lo siguiente: " Se considerará agresiva toda práctica comercial que, en su contexto fáctico, teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias, merme o pueda mermar de forma importante, mediante el acoso, la coacción, incluido el uso de la fuerza, o la influencia indebida, la libertad de elección o conducta del consumidor medio con respecto al producto y, por consiguiente, le haga o pueda hacerle tomar una decisión sobre una transacción que de otra forma no hubiera tomado.

¹⁷ Así se recoge en el artículo 9 de la Directiva 2005/29/CE. "Utilización del acoso, la coacción y la influencia indebida". "Para determinar si una práctica comercial hace uso del acoso, la coacción, con inclusión del uso de la fuerza, o la influencia indebida se tendrán en cuenta: a) el momento y el lugar en que se produce, su naturaleza o su persistencia; b) el empleo de un lenguaje o un comportamiento amenazador o insultante; c) la explotación por parte del agente comercial de cualquier infortunio o circunstancia específicos lo suficientemente graves como para mermar la capacidad de discernimiento del consumidor, de los que el agente comercial tenga conocimiento, para influir en la decisión del consumidor con respecto al producto; d) cualesquiera obstáculos no contractuales onerosos o desproporcionados impuestos por el agente comercial cuando un consumidor desee ejercitar derechos previstos en el contrato, incluidos el derecho de poner fin al contrato o el de cambiar de producto o de agente comercial; e) la amenaza de ejercer cualquier acción que, legalmente, no pueda ejercerse".

consumidor e influyan en su decisión respecto al producto (letra c). Además, se tendrá en cuenta si el agente comercial impone un obstáculo no contractual desproporcionado cuando el consumidor haga valer sus derechos derivados del contrato que les vincula (letra d). Asimismo, se estimará que se ha producido una influencia injustificada si el agente comercial amenaza con intentar una acción cuando ésta no sea legalmente posible (letra e).

En general en los artículos 8 y 9 de la Directiva se diferencian dos elementos, de un lado, la indebida presión de compra; y por otro lado, las prácticas molestas, fundamentadas en el ataque injustificado al consumidor dentro de su ámbito privado.

Las tres conductas calificables como prácticas comerciales agresivas: acoso, coacción e influencia indebida, deben ser clarificadas y bien diferenciadas unas de otras.

- **Acoso:** Está presente en las siguientes prácticas comerciales de los artículos 8 y 9 y de la lista negra (Anexo I)¹⁸ de la Directiva: explotación por el agente de cualquier infortunio lo suficientemente grave como para mermar el discernimiento del consumidor (art. 9.c); las trabas onerosas desproporcionadas no presentes en el contrato cuando el consumidor quiere ejercer derechos previstos en el contrato, como el cese del mismo o el cambio de producto o de

¹⁸ El Anexo I de la Directiva recoge las siguientes prácticas agresivas: “Prácticas comerciales agresivas 24) Crear la impresión de que el consumidor no puede abandonar el local hasta haber perfeccionado el contrato. 25) Realizar visitas en persona al domicilio del consumidor, ignorando las peticiones de éste de que el comerciante abandone su casa o no vuelva a personarse en ella, salvo en las circunstancias y en la medida en que esté justificado, con arreglo a la legislación nacional, para hacer cumplir una obligación contractual. 26) Realizar proposiciones no solicitadas y persistentes por teléfono, fax, correo electrónico u otros medios a distancia, salvo en las circunstancias y en la medida en que esté justificado, con arreglo a la legislación nacional, para hacer cumplir una obligación contractual. Este supuesto se entenderá sin perjuicio del artículo 10 de la Directiva 97/7/CE y de las Directivas 95/46/CE [14] y 2002/58/CE. 27) Exigir al consumidor que desee reclamar una indemnización al amparo de una póliza de seguro que presente documentos que no puedan razonablemente considerarse pertinentes para determinar la validez de la reclamación o dejar sistemáticamente sin responder la correspondencia al respecto, con el fin de disuadirlo de ejercer sus derechos contractuales. 28) Incluir en una publicidad una exhortación directa a los niños para que compren o convencan a sus padres u otros adultos de que les compren los productos anunciados. Esta disposición se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 16 de la Directiva 89/552/CEE relativa a la radiodifusión televisiva. 29) Exigir el pago inmediato o aplazado, la devolución o la custodia de productos suministrados por el comerciante, pero que no hayan sido solicitados por el consumidor (suministro no solicitado), salvo cuando el producto en cuestión sea un producto de sustitución suministrado de conformidad con lo establecido en el artículo 7, apartado 3, de la Directiva 97/7/CE. 30) Informar expresamente al consumidor de que el trabajo o el sustento del comerciante corren peligro si el consumidor no adquiere el producto o servicio. 31) Crear la impresión falsa de que el consumidor ha ganado ya, ganará, o conseguirá si realiza un acto determinado, un premio o cualquier otra ventaja equivalente, cuando en realidad: no existe tal premio o ventaja equivalente, o la realización de una acción relacionada con la obtención del premio o ventaja equivalente está sujeta a la obligación, por parte del consumidor, de efectuar un pago o incurrir en un gasto.

agente comercial (art. 9 d); realizar visitas a domicilio al consumidor aun cuando éste haya expresado su deseo de que abandone su casa y no se persone nuevamente (práctica 29); la inclusión de una exhortación directa a los niños para que compren o convenzan a sus padres de que lo hagan (práctica 28); la exigencia del pago inmediato o aplazado de productos que no hayan sido solicitados por el consumidor (práctica 29); hacer creer al consumidor que el trabajo o sustento del agente comercial dependen de esa transacción (práctica 30).

- **Coacción:** Se da cuando produce en el consumidor la sensación de que para evitar una situación contraria a sus intereses o conseguir determinado beneficio debe aceptar la oferta, es decir, media una amenaza ilegítima. Depende mucho de la percepción del consumidor de las situaciones que pudieran presentársele.

Se contemplan los siguientes supuestos: el uso de la fuerza física (art. 8), el empleo de lenguaje y actitudes amenazantes e insultantes (art. 9.b), amenazar con ejercer acciones que legalmente no puede ejercerse (art. 9. e), crear la impresión de que el consumidor no puede abandonar un lugar hasta haber realizado la transacción (práctica 24).

- **Influencia indebida:** Ha de existir un vínculo de poder que puede proceder de una relación jurídica con la empresa que haga que se encuentre en situación de subordinación. Un caso común es el de crear la impresión de que el consumidor puede ganar un premio o algún tipo de ventaja si realiza un acto concreto, cuando realmente no existe tal premio, o si dicha contrapartida está sujeta a la realización de un pago por parte del consumidor (práctica 31).

2.1.2. LA LEY DE COMPETENCIA DESLEAL

2.1.2.1. Ley 3/1991 de Competencia Desleal.

La nota más significativa de esta Ley es la de ser la culminación del Derecho Español en la materia. Esta Ley rellena una laguna importante que había sido suplida anteriormente por preceptos y normas fragmentarias sin demasiado éxito.

Como antecedente en nuestro ordenamiento jurídico la Ley 34/1988 de 11 de noviembre, General de Publicidad, que regulaba la competencia desleal a través un medio concreto: la publicidad¹⁹.

Pero la entrada en vigor de la nueva Ley supone la integración total en el modelo social, como la propia Ley declara: “los intereses que confluyen en el sector son: el interés privado de los empresarios y el público del Estado al mantenimiento de un

¹⁹ RODRÍGUEZ GONZÁLEZ A., Artículo: *La Ley General de Publicidad tras la reforma introducida por la Ley 29/2009. Una referencia a la publicidad ilícita*, del libro *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, Lex Nova, Madrid, 2011, pág. 927.

orden concurrencial debidamente saneado". La Ley también tiene vocación integradora respecto del resto de la normativa comunitaria e internacional.

La LCD de 1991 se redactó bajo los auspicios y objetivos de que fuera una ley que cumpliera las siguientes características:

- **Generalidad.** La ley es aplicable a todos los territorios del Estado y supera la dispersión en varias leyes.
- **Modernidad.** La ley recoge las últimas tendencias europeas sobre la materia, adecuándose a las normativas europeas más avanzadas.
- **Institucionalidad.** De lo que realmente trata es de la "institución" de la competencia y concretamente del abuso de esta institución. Se concibe como institución porque tiene estabilidad y capacidad para llevar a cabo su función y protege el interés general.

Consta de veintiséis artículos, más una disposición transitoria, más una disposición derogatoria. La ley a su vez se divide en cuatro capítulos, que tratan de materias concernientes a los diferentes aspectos redundantes en la competencia desleal. Vamos a realizar un análisis pormenorizado capítulo a capítulo.

El **capítulo primero, Disposiciones Generales**, consta de cuatro artículos que regulan de modo general los ilícitos concurrenciales (actos desleales) recogidos en el capítulo segundo. En el **artículo primero** se describe la finalidad de la ley 3/91.

En el **artículo dos** encontramos los presupuestos necesarios para que se produzca un acto desleal desde el **ámbito objetivo**, es decir, qué tipo de actos deben ser o a qué deben hacer referencia, los requisitos objetivos que se exigen para que el acto que se produce pueda recogerse según los preceptos establecidos por la ley. Por tanto, para que exista acto de competencia desleal basta con que se cumplan las dos condiciones previstas en el artículo dos: que el acto se realice en el mercado o que se lleve a cabo con fines concurrenciales.

En el **artículo tres** se establece el **ámbito subjetivo** de esta Ley: "1.- La Ley será de aplicación a los empresarios y a cualquier otra persona física o jurídica que participe en el mercado. 2.- La aplicación de la Ley no podrá supeditarse a la existencia de una relación de competencia entre el sujeto activo y el sujeto pasivo del acto de competencia desleal."

En el **artículo cuarto** se recoge el **ámbito territorial**: "La presente Ley será de aplicación a los actos de competencia desleal que produzcan o puedan producir efectos sustanciales en el mercado español." Este artículo delimita el ámbito de aplicación de la Ley, que es todo el territorio español, se aplicará a aquellas conductas desleales que afecten al espacio económico español, el cual está delimitado por las fronteras españolas, pero no será aplicable para proteger la competencia fuera del mercado español.

La **cláusula general** contenida en el **capítulo II** comienza relatando el precepto que define a los actos concurrenciales como de competencia desleal. Por medio de esta cláusula general se pretende recoger aquellos comportamientos desleales que estén tipificados en la Norma, es por tanto un precepto elástico y amplio que se inclina por la buena fe objetiva. De esta manera, a partir de la cláusula general y partiendo de principios no tipificados, se puede aplicar el caso particular no recogido en los supuestos especiales. Dada la flexibilidad de este precepto por tanto, se pueden contemplar comportamientos desleales no tipificados tratándolos de igual forma que aquellos supuestos tipificados.

Por otra parte nos encontramos en este capítulo dos con una serie de **cláusulas especiales**, supuestos de comportamiento desleal tipificados en la Norma. Se recogen estas cláusulas tipificadas en doce artículos:

El **artículo 6** de la Ley atiende a los llamados **actos de confusión**. Este artículo podría integrarse dentro de aquellos ya existentes que defienden los derechos de los consumidores, pero la LCD va más allá y prevé la declaración de desleal, para la actividad que pueda generar confusión con los productos de un empresario competidor, si se imitan las formas o prestaciones del producto ajeno.

Además, no importa la intención que tuviere el ejecutor del acto en el momento de realizarlo, la mera actuación creando confusión es óbice para que se produzca la conducta desleal.

En el **artículo 7** de la Ley se recogen los que llama **actos de engaño**. Como características de este precepto hemos de decir que, abarca el ilícito desleal con carácter general y se extiende tanto a los competidores como a los consumidores, e incluso a aquellos que no tuvieran una directa relación. Prohíbe los actos de engaño positivos (por acción) como aquellos que se produzcan por falta de actuación o silencio (omisión), y todo ello enunciando detalladamente una amplia serie de supuestos en los que pudiere encontrarse el acto engañoso.

El **artículo 9** referente a los actos de **denigración**. Se prohíben los actos denigratorios siempre que estos sean falsos, puesto que son actos de obstaculización en el mercado y dificultan el ejercicio de la actividad profesional de un tercero. Sin embargo se permite entre competidores, la denigración como forma indispensable de valoración de las prestaciones ofrecidas en el mercado, siempre que esta denigración sea "leal".

En el **artículo 10** de la ley se recogen los **actos de comparación**. Al igual que en los actos denigrantes, las actuaciones comparativas no son desleales "per se", sino que en un principio es incluso bueno para la libertad de competencia que requiere el mercado, sobre todo mediante la publicidad, la publicidad comparativa en sí es buena. La comparación es lícita por tanto, cuando cumpla los tres requisitos exigidos en el apartado 1 del artículo 10: extremos análogos, relevantes y comprobables.

En el **precepto número 8** se incluye la cláusula especial relativa a la **venta mediante obsequios, ventajas o primas**, según la cual, el ilícito devendrá por el hecho del compromiso psicológico al que se somete al consumidor, que le fuerza a adquirir el bien que de otro modo no hubiese sido adquirido. Nos encontramos aquí también con un supuesto que no es desleal “per se”, la oferta y entrega de premios, primas y lotes no puede ser desleal cuando no se encuentre en los casos de los comportamientos que están tipificados por el artículo 8 como abusivos.

Entre las **conductas de agresión directa a otros competidores** podemos encontrar dos tipos de conductas, recogidas respectivamente en los **artículos 13 y 14**.

El primer supuesto, de **violación de secretos**, tiene un carácter claramente desleal, puesto que perjudica fundamentalmente a los empresarios competidores, y es un modo directo de atacar abusivamente al empresario contrincante.

Los sujetos que concurren al acto desleal pueden acceder al mismo de diversos modos: De una manera legítima, “pero con deber de reserva” o de un modo ilegítimo (mediante espionaje o prácticas similares, o mediante inducción a la infracción contractual).

Para realizar estos actos, y constituir el ilícito tipificado, se requiere que se efectúen deliberadamente. Bastará el ánimo de obtener algún provecho, para que se produzca este ilícito.

La **segunda conducta** está reflejada en el **artículo 14**. Con el acto se pretende destruir la organización empresarial del competidor, aunque no tienen porqué mantener el agresor y el agredido una relación de competencia.

En el primer apartado el agente agresor mantendrá una actitud activa y consciente, que consistirá en inducir a los que contratan con el competidor a incumplir sus deberes contractuales básicos.

El segundo apartado es un poco más delicado, puesto que incitar a la terminación regular de un contrato no es desleal, sino más bien lo que pretenderá realizar cualquier competidor. Pero lo que sí será una práctica desleal es que, para conseguir esta terminación **se interfiera** en la relación contractual y se realice con el fin descrito en el precepto.

En el **artículo 15** de la Ley bajo el epígrafe **violación de las normas**, se viene a proteger el interés general del mercado, contra aquel competidor desleal, que adquiere una ventaja (significativa) infringiendo las normas.

Se regula en el **artículo 16** de la Ley la **discriminación en los precios**. La libre fijación de precios es un principio constitucional a favor de la libertad de mercado, pero se considerará desleal cuando se discriminen los precios entre grupos de

consumidores sin mediar una causa justa. Estas causas justificadas a las que se refiere el precepto son la admisión de redes de licencias y franquicias, y descuentos proporcionales al volumen de compra.

En el apartado segundo se contempla el abuso que las grandes empresas que ostentan posiciones dominantes frente a las pequeñas. No se refiere a dominio de mercado, sino a superioridad frente a proveedores o clientes que no tienen otra fuente de suministro.

En último lugar, dentro del capítulo de los actos desleales, se especifica la **venta a pérdida** en el **artículo 17**.

2.1.2.2. La reforma de la Ley de Competencia Desleal de 2009.

Mediante la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, se incorpora al Derecho español la Directiva 2005/229/CE del Parlamento Europeo y la Directiva 2006/114/CE sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa.

Esta profunda reforma se llevó a cabo en España con un cierto retraso sobre la fecha que marcaba la Directiva como límite para llevar a cabo su transposición, julio de 2007.

Afectó a las siguientes normas:

- Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal
- Ley 34/ 1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad
- Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y Otras Leyes Complementarias, aprobado por el RD Legislativa 1/2007, de 16 de noviembre
- Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista.

Se pretende regular una serie de conductas calificables como competencia desleal y hacer notar su efecto pernicioso sobre los consumidores. Se trata de integrar la legislación protectora de los consumidores con la normativa que regula los mercados: se protege tanto al funcionamiento del mercado como a los operadores económicos que actúan en él.

La LCD delimita la prohibición conforme a los siguientes criterios²⁰:

Objetivamente: Se aplica a comportamientos de carácter desleal siempre que se realicen en el mercado y con la finalidad de competir en su seno (art.1 LCD). Estos comportamientos pueden ser singulares (actos de competencia desleal) o permanentes (estados de competencia desleal). Se presume el carácter competitivo del comportamiento cuando sean idóneos para la colocación de bienes o servicios

²⁰ ILLESCAS ORTIZ, R., *Derecho Mercantil (tomo I)*, Ed. Ariel., Madrid, 2009, pág. 791.

en el mercado. No es necesario que se produzca con ocasión de un contrato entre las partes, basta con que tenga lugar antes o después del contrato e incluso sin que este se firme (nuevo artículo 2.3).

Subjetivamente: Se extiende la prohibición a cualquier persona física o jurídica que participe en el mercado: empresarios propiamente dichos y también profesionales y entes o corporaciones públicos, fundaciones, etc. (art. 2 LCD). Los perjudicados pueden ser consumidores o usuarios.

Territorialmente: Es de aplicación a cualquier acto que tenga efectos o pueda producirlos sobre el mercado español (art. 3 LCD). Por este motivo, actos realizados fuera de España pero que influyan en el mercado español están sometidos a la prohibición. Se elimina toda referencia al ámbito territorial de la norma, suprimiéndose así el antiguo artículo 4.

Se introducen cambios en la cláusula general (ahora artículo 4) para dejar sentado que para que una conducta sea considerada desleal han de darse dos condiciones aun manteniendo la declaración general anterior (son actos desleales los contrarios a las exigencias de la buena fe): que el comportamiento del empresario sea contrario a la profesionalidad exigible en sus relaciones con los consumidores, y que además sea capaz de influir en el comportamiento económico del consumidor medio como referente para determinar la existencia o no de ánimo concurrencial (artículo 4.2). Este tipo de consumidor, que es el referente creado por la jurisprudencia para apreciar la existencia o no de riesgo de confusión o asociación en el ámbito marcario, es la primera vez que aparece reflejado en una norma.

En el **Capítulo II** se regulan los **actos de competencia desleal**. Tipificándolos desde el artículo 5 al 18 como: prácticas engañosas por acción y prácticas engañosas por omisión; prácticas agresivas; actos de denigración, actos de comparación; actos de imitación, explotación de la reputación ajena; violación de secretos; inducción a la infracción contractual; violación de normas; discriminación y dependencia económica; venta a pérdida y publicidad ilícita.

Aparece un nuevo capítulo, el **Capítulo III**, que contiene los artículos 19 al 31 en los que se regulan las prácticas comerciales con los consumidores o usuarios. Así tenemos: prácticas comerciales engañosas; prácticas señuelo y prácticas promocionales engañosas; prácticas engañosas sobre la naturaleza y propiedades de los bienes o servicios; prácticas de venta piramidal; prácticas engañosas por confusión; prácticas comerciales encubiertas y otras prácticas que supongan un engaño para el consumidor y usuario; prácticas agresivas por coacción, acoso y en relación con los menores y otras prácticas agresivas.

En el **Capítulo IV**, se modifica el elenco de acciones que el perjudicado por la conducta desleal puede entablar en su defensa, completando o ampliando las existentes (artículo 32). Especial mención puede merecer la publicación de la sentencia, que pasa a contemplarse como una consecuencia de la condena

separada de la acción de resarcimiento de los daños y perjuicios (tal y como se contemplaba en la ley de 1991), así como la inclusión de la posibilidad de imponer una declaración rectificadora. Asimismo, y en coherencia con la ampliación de los sujetos pasivos de la conducta concurrencial, se amplía la legitimación activa (artículo 33), de tal forma que ahora podrán ejercitar las acciones declarativa; de cesación; de remoción; de rectificación y de resarcimiento de los daños y perjuicios “cualquier persona física o jurídica que resulte afectada y, en general, quienes tengan un derecho subjetivo o un interés legítimo”. Además, para el ejercicio de las acciones declarativa, de cesación, de remoción y de rectificación se legitima, entre otros, al Instituto Nacional de Consumo, a entidades de otros Estados Miembros de la Comunidad (que estén habilitadas) cuyo objeto sea la protección de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios habilitadas y el Ministerio Fiscal.

Se pretende, por otra parte, fomentar el desarrollo de los códigos de conducta (**Capítulo V**), en cuyo artículo 37 se deja a la voluntad de las corporaciones, asociaciones u organizaciones comerciales o profesionales y de consumidores la posibilidad de autorregular su actuación con códigos de conducta (siempre y cuando su contenido se alinee con la norma). Se prevén igualmente acciones contra los códigos de conducta que contraríen la LCD (artículo 38) así como la necesidad de acudir previamente al ejercicio de acciones judiciales cuando se trate de actos de engaño al órgano autorregulador al que estuviere adscrito el empresario o profesional con carácter imperativo, siendo potestativo en el resto de supuestos (artículo 39)²¹.

Por último, reseñar las remisiones que se producen a la LCD desde otras normas que también se han visto afectadas por la reforma, como son la Ley General de Publicidad, la de Defensa de Consumidores y Usuarios y la de Ordenación del Comercio Minorista, para la determinación de actos desleales, lo cual es claro exponente del deseo del legislador de que sólo una norma sea la que regule la materia.

2.1.2.3. Actos de Competencia Desleal.

En términos generales, se entiende por competencia desleal todo acto de competencia que sea contrario a las prácticas honestas en el ámbito industrial y comercial.

Definir con precisión lo que constituye una práctica fraudulenta no es cosa fácil. El concepto de lealtad y honestidad puede variar de un país a otro y evolucionar con el

²¹ RODRIGUEZ GONZALEZ, A., “Incumplimiento de códigos de conducta como práctica de competencia desleal.” *Distribución comercial y Derecho de la Competencia*, (dir. VIERA/ECHEBARRÍA), Madrid, 2011.págs. 568 y 569.

tiempo. Por consiguiente, es difícil englobar en una sola definición todos los actos de competencia desleal.

El art. 5 de la LCD antes de la modificación de 2009 pasó a ser el vigente art. 4 LCD²². En él se aclaraba qué se entendía por **comportamiento desleal** o contrario a las exigencias de la buena fe en las relaciones de consumidores y usuarios. Supone una innovación ya que introduce nuevos elementos al valorar las conductas empresariales o profesionales.

La lealtad empieza en el respeto a la diligencia profesional entendida como el nivel de competencia y cuidados especiales que cabe esperar de un empresario conforme a las prácticas honestas del mercado. Además la deslealtad se vincula al resultado efectivo o potencial que esa práctica profesional negligente pudiera tener sobre el comportamiento de los consumidores, es decir, se hace depender de una distorsión significativa del comportamiento económico del consumidor. El legislador español se ha ajustado en este caso a lo dispuesto en la Directiva 2005/29/CE. En el art. 4 LCD detalla sobre qué aspectos se puede influir en el consumidor para alterar su capacidad de decidir.

²² Artículo 4. Cláusula general.

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

En las relaciones con consumidores y usuarios se entenderá contrario a las exigencias de la buena fe el comportamiento de un empresario o profesional contrario a la diligencia profesional, entendida ésta como el nivel de competencia y cuidados especiales que cabe esperar de un empresario conforme a las prácticas honestas del mercado, que distorsione o pueda distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio o del miembro medio del grupo destinatario de la práctica, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores.

A los efectos de esta Ley se entiende por comportamiento económico del consumidor o usuario toda decisión por la que éste opta por actuar o por abstenerse de hacerlo en relación con: a) La selección de una oferta u oferente. b) La contratación de un bien o servicio, así como, en su caso, de qué manera y en qué condiciones contratarlo. c) El pago del precio, total o parcial, o cualquier otra forma de pago. d) La conservación del bien o servicio. e) El ejercicio de los derechos contractuales en relación con los bienes y servicios.

Igualmente, a los efectos de esta Ley se entiende por distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio, utilizar una práctica comercial para mermar de manera apreciable su capacidad de adoptar una decisión con pleno conocimiento de causa, haciendo así que tome una decisión sobre su comportamiento económico que de otro modo no hubiera tomado.

2. Para la valoración de las conductas cuyos destinatarios sean consumidores, se tendrá en cuenta al consumidor medio.

3. Las prácticas comerciales que, dirigidas a los consumidores o usuarios en general, únicamente sean susceptibles de distorsionar de forma significativa, en un sentido que el empresario o profesional pueda prever razonablemente, el comportamiento económico de un grupo claramente identificable de consumidores o usuarios especialmente vulnerables a tales prácticas o al bien o servicio al que se refieran, por presentar una discapacidad, por tener afectada su capacidad de comprensión o por su edad o su credulidad, se evaluarán desde la perspectiva del miembro medio de ese grupo. Ello se entenderá, sin perjuicio de la práctica publicitaria habitual y legítima de efectuar afirmaciones exageradas o respecto de las que no se pretenda una interpretación literal.

También se recogen en la LCD los **actos de engaño** (artículo 5) ampliando y exigiendo que el acto incida en alguno de los aspectos que se recogen en el mismo, ya que además de afectar a los competidores, los realmente perjudicados son los usuarios. Contempla también una alusión al supuesto en el que el empresario o profesional esté vinculado a algún código de conducta, en cuyo caso el acto será desleal si vulnera las disposiciones del mismo.

El antiguo artículo 6 permanece sin alterar. Los artículos 7 y 8 también se modifican y amplían, si bien con alguna obviedad, pasando a contemplar lo que ahora el legislador denomina las **omisiones engañosas** (artículo 7) y las **prácticas agresivas** (artículo 8). Los **actos de comparación** (artículo 10), pasan a considerarse admisibles, como regla general, si se ajustan a las directrices que quedan contempladas en el precepto (más concretos y amplios), mientras que en la redacción de 1991 se optó por la técnica de redacción "negativa". Los **actos de imitación** (artículo 11) no sufren ninguna alteración sustancial (únicamente se incluye la alusión a los "profesionales"). En cuanto a la **publicidad** (artículo 18), se produce una remisión a la norma que regula esa materia, considerándose desleal la que la Ley de Publicidad considere ilícita. Para evitar las distinciones entre actos desleales y la publicidad ilícita o desleal, se crea un régimen unitario y se hace exigible el mismo nivel de cumplimiento independientemente de si se trata de consumidores o empresarios. No obstante, se mantiene la Ley General de Publicidad dada la gran influencia que tiene en la toma de decisiones, especialmente en las agresiones a los derechos constitucionalmente reconocidos de niños, jóvenes y mujeres.

Se introduce un nuevo **Capítulo III**, en el que quedan reguladas las prácticas comerciales en relación con los consumidores o usuarios. Esto queda indicado en el propio articulado de la Ley (artículo 19). Entre otras prácticas procede enfatizar las **prácticas comerciales engañosas** (artículo 20), que serán consideradas tales cuando sean susceptibles de crear confusión y/o asociación con los bienes o servicios del competidor así como con sus derechos de exclusiva.; **prácticas señuelo y prácticas promocionales engañosas** (artículo 22), como la no suministración de bienes o prestación de servicios ofertados a determinado precio, las ventas en liquidación cuando tal circunstancia no llega a producirse, la oferta de premios que no llegan a concederse, etc.; **prácticas engañosas sobre la naturaleza y propiedades de los bienes o servicios** (artículo 23), tales como declaraciones falsas sobre las propiedades curativas de bienes o servicios cuando no tengan tal cualidad, prácticas que induzcan al consumidor o usuario a tomar una decisión inmediata, uso de un idioma en servicios postventa distinto al empleado en la transacción comercial sin avisarlo antes de formalizar la misma, etc.; **prácticas de venta piramidal** (artículo 24), consistentes en compensaciones para el consumidor o usuario derivados de la entrada en el plan contratado de otros; **prácticas comerciales engañosas por generar confusión con los bienes o servicios de otro competidor** (artículo 25); **prácticas comerciales encubiertas** (artículo 26), derivadas de tratar como información lo que en realidad no es más que un contenido

publicitario; y **otras prácticas inexactas o falsas** que supongan un engaño para el consumidor y usuario (artículo 27), tales como las referidas a la ocultación del peligro que podría suponer para la seguridad del consumidor y usuario el bien o servicio, la inclusión de facturas u otro documento que induzcan a pensar al consumidor y usuario que ha contratado el bien o servicio, entre otras; **prácticas agresivas por coacción, acoso y en relación con los menores** (artículos 28 a 30) y **otras prácticas comerciales agresivas** (artículo 31), como, por ejemplo, la exigencia de presentación de documentación que no sean razonablemente exigibles o cuando el profesional o empresario comunique al consumidor y usuario que su sustento corre peligro de no contratarse el bien o servicio en cuestión.

2.1.2.4. Las prácticas agresivas en la Ley de Competencia Desleal

La definición básica se contiene en el artículo 8 de la LCD según la redacción dada por la Ley 29/2009.

Este precepto contiene primeramente la estructura general de este acto de competencia desleal; en concreto, define la conducta como comportamiento que se vale del acoso, coacción o influencia indebida y determina la condición o elemento determinante de la deslealtad de ese comportamiento, que es la merma significativa de la libertad de elección o conducta del destinatario de la conducta, y dispone las circunstancias a las que debe prestarse una especial atención para establecer si la conducta enjuiciada constituye o no acoso, coacción o influencia indebida.

En este punto, como se ve, el artículo 8 de la Ley de 2009 reproduce en lo esencial lo que ya se estableció en el artículo 8 de la Directiva 2009/25/CE.

En primer lugar, y desde una perspectiva sistemática²³, el artículo 8 agrupa en una única disposición las previsiones que en la Directiva 2009/25/CE se encuentran contenidas en tres normas distintas: la configuración de las prácticas agresivas como conducta ilícita (art. 8 de la Directiva 2005/29/CE), la definición de influencia indebida como modalidad de esta conducta (art. 2 j) de la Directiva 2005/29/CE) y la indicación de los extremos de hecho a los que debe atenderse para determinar si la conducta enjuiciada se corresponde con la conducta relevante, esto es, si en el caso se hace uso del acoso, coacción o influencia indebida (art. 9 de la Directiva 2005/29/CE).

En segundo lugar, también desde una perspectiva sistemática, el texto del artículo 8 de la LCD se ha acomodado al ámbito objetivo de aplicación de la propia Ley, que como hemos visto difiere del de la Directiva, pues aquella se extiende a cualquier conducta realizada en el mercado con finalidad concurrencial incluidas las prácticas

²³Vid. MASSAGUER J, Artículo: “Las prácticas agresivas como acto de competencia desleal”. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, nº 27, 2010, págs. 20 y 21.

realizadas antes, durante y después de la contratación (art. 2 LCD según la redacción dada en la Ley 29/2009), y ésta se limita a las prácticas comerciales de las empresas en relación con los consumidores y usuarios (arts. 1, 2 d) y 3 de la Directiva 2005/29/CE). Lo más relevante de este extremo es la extensión de esta práctica en la Ley al ámbito de las relaciones entre empresarios y profesionales, en el que ciertamente pueden parecer improbables pero no son menos posibles.

Por tanto esta diferencia entre ambas normas nos habla de la coherencia de la LCD al establecer una regulación única contra la competencia desleal, que no diferencie con carácter general entre las conductas dirigidas a empresarios o profesionales.

En tercer término, el nuevo artículo 8 de la LCD introduce, respecto de la regulación comunitaria, algunos cambios seguramente dirigidos a simplificar la redacción del precepto: mediante la supresión de pasajes reiterativos y en la sustitución de expresiones que reproducen una definición específica por la expresión definida.

En particular, las prácticas agresivas que se consideran desleales *per se* cuando se realicen por los empresarios en su relación con los consumidores son las prácticas agresivas por coacción, por acoso, en relación con los menores y demás supuestos que se concretan en los nuevos artículos 28 a 31 de la LCD.

En estos preceptos, el legislador, ha hecho un esfuerzo por sistematizar y explicar lo que en los correspondientes apartados de la lista negra de la Directiva 2005/29/CE es sólo una relación de prácticas agresivas aparentemente inconexa. A este respecto algunos autores opinan que: “Esta clasificación merece ser objeto de crítica. En primer término, porque no responde a la calificación de aquellas como coacción o acoso. En cambio, para las prácticas recogidas en el artículo 30, no se atiende a su eventual adscripción a una de las tres grandes categorías de prácticas agresivas (coacción, acoso e influencia indebida), sino a sus destinatarios (los menores). En segundo lugar, la difícil adscripción de algunas de las prácticas expresamente tipificadas como agresivas a alguna de las tres categorías genéricas de acoso, coacción o influencia indebida, ha llevado al legislador español a incluir el último precepto –el artículo 31- que, bajo la rúbrica genérica de “otras prácticas agresivas”, acoge tres prácticas diferentes que no son objeto de clasificación con arreglo a alguno de los criterios previamente utilizados en los artículos 28 y siguientes”.²⁴

La extensión de las prácticas agresivas a aquellos actos o prácticas comerciales cuyos sujetos pasivos sean comerciantes, tal vez pueda coadyuvar a eliminar de la praxis española algunas formas y maneras de contratar con empresarios y

²⁴ AA.VV. (dir. TATO PLAZA, A.), *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, Madrid, 2011, La Ley, pág. 206.

profesionales ciertamente agresivas y coactivas que en el régimen actual escapaban por la dificultad de probar la dependencia económica.²⁵

2.1.3. OTRAS NORMAS

2.1.3.1. La Ley General de Publicidad de 1988

En la LGP se definía la actividad publicitaria en el artículo 2²⁶ y los casos de publicidad ilícita en el artículo 3²⁷.

Los límites a la actividad publicitaria de este artículo 3 contra la dignidad de la persona, valores y derechos constitucionales que representaban un límite general a la libertad de expresión²⁸.

La calificación de publicidad engañosa y de publicidad desleal como publicidad ilícita garantizaba una publicidad leal, transparente y veraz en el mercado que le daba mayor confianza.

Se podría decir que estos límites a la libre publicidad habían sido introducidos para proteger a los consumidores y a los propios competidores.

Y por último la calificación de ilícita sobre la publicidad que infringiese la normativa específica de la salud pública y la seguridad de las personas o su patrimonio.

2.1.3.1.1. Reforma de la Ley General de Publicidad por la Ley 29/2009

Por medio de la Ley 29/2009 se incorpora al derecho español la Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa; además de Directiva 2005/29/CE.

²⁵ VIERA GONZALEZ, A. J., “La tipificación de los ilícitos concurrenciales en la reforma del derecho español de competencia desleal”. *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*. nº. 7. Año 2010. pág. 66.

²⁶ Artículo 2 del LGP. A los efectos de esta Ley, se entenderá por: – Publicidad: Toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones. – Destinatarios: Las personas a las que se dirija el mensaje publicitario o a las que éste alcance.

²⁷ Artículo 3 de la LGP. Es ilícita: a) La publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente en lo que se refiere a la infancia, la juventud y la mujer. b) La publicidad engañosa. c) La publicidad desleal. d) La publicidad subliminal. e) La que infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios.

²⁸ Vid. RODRÍGUEZ GONZÁLEZ A., “La Ley General de Publicidad tras la reforma introducida por la Ley 29/2009. Una referencia a la publicidad ilícita.” *La aplicación privada del derecho de la competencia*, 2011, Lex Nova, pág. 929.

Se pretende con esta modificación unificar en un mismo cuerpo las acciones y remedios contra las prácticas comerciales que vayan contra los intereses económicos de los consumidores, pero sin renunciar a la normativa específica de la publicidad.

En la introducción de la Directiva 2005/29 se obliga a los legisladores de cada Estado a disponer de un mismo régimen contra las prácticas comerciales desleales y a renunciar a la regulación específica de la publicidad. Por este motivo se derogan los artículos 3.b) (publicidad engañosa), 3.c) (publicidad desleal), 4.d) y 7 (publicidad subliminal) de la LGP, ya que no eran diferentes de las conductas que la LCD pretendía sancionar.

El artículo 1 LGP queda redactado como sigue: “La publicidad se regirá por esta Ley, por la Ley de Competencia Desleal y por las normas especiales que regulen determinadas actividades publicitarias”. Asimismo, en la nueva redacción del artículo 1 LCD se introduce una referencia a la publicidad, al disponerse que la LCD tiene por objeto la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado, a cuyo fin establece la prohibición de los actos de competencia desleal, incluida la publicidad ilícita en los términos de la LGP²⁹. En este mismo sentido, el artículo 18 LCD establece el nexo de unión entre la LCD y la LGP, al preceptuar que “la publicidad considerada ilícita por la Ley General de Publicidad, se reputará desleal”.

Se modifican además en el título III los artículos 9 a 24 que pasan a numerarse como 7 a 22 y se deroga el título IV.

2.1.3.1.2. Las prácticas agresivas en la Ley General de Publicidad

La LGP, en su artículo 4, considera engañosa “la publicidad que de cualquier manera, incluida su presentación, induce o puede inducir a error a sus destinatarios, pudiendo afectar a su comportamiento económico, o perjudicar o ser capaz de perjudicar a un competidor”, así como la que “silencie datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios cuando dicha omisión induzca a error de los destinatarios”.

De acuerdo con lo anterior, un mensaje publicitario puede ser engañoso por su contenido o por su forma (“presentación”). Es decir, se engaña al consumidor a través de lo que se predica del producto anunciado, pero también cuando se escamotea al consumidor el conocimiento de la naturaleza publicitaria de un mensaje.

Además, para que la publicidad sea ilícita no es necesario demostrar que ha inducido a error a los destinatarios; basta con que exista dicha posibilidad.

²⁹ Vid. GARCIA VIDAL, A. *Proyecto de ley de modificación del régimen de la competencia desleal para mejorar la protección de los consumidores (ii): derecho de la competencia y derecho de la publicidad*, 2009. w.w.w.GómezAcebo-Pombo.com, pág. 1.

La LGP no vincula el engaño a la voluntad de engaño o dolo por parte del anunciante, sino a la propia naturaleza del mensaje y a la inducción a error real o potencial. Es decir, no sólo se exige al anunciante veracidad (es decir, buena fe en lo que predica del producto), sino también compadecimiento con la verdadera naturaleza de la oferta.

En lo tocante a la **protección a los menores**³⁰ cabe destacar que tras su modificación la LGP sigue considerando ilícita (artículo 3) la publicidad engañosa, la publicidad desleal, la publicidad subliminal, la que incumpla otras normativas específicas en la materia y la que conculque valores constitucionales como la dignidad de la persona, la no discriminación, el respeto al honor y a la intimidad y la protección de la juventud y de la infancia.

Al igual que ya se hizo en el caso de la mujer³¹, esta modificación de la LGP hace especial hincapié en la publicidad dirigida a menores, que hasta ahora no se trataba de forma expresa en esta norma.

Así, el artículo 3.b) considera ilícita la publicidad dirigida a menores que atente contra la dignidad de la persona “la que les incite a la compra de un bien o de un servicio explotando su inexperiencia o credulidad, o en la que aparezcan persuadiendo de la compra a padres o a tutores. No se podrá, sin un motivo justificado, presentar a los niños en situaciones peligrosas. No se deberá inducir a error sobre las características de los productos, ni sobre su seguridad, ni tampoco sobre la capacidad y aptitudes necesarias en el niño para utilizarlos sin producir daño para sí o a terceros”. Estas limitaciones sólo regían hasta ese momento en el caso de la publicidad televisiva.

En cuanto a la **publicidad agresiva** vemos que es otra de las novedades que introduce esta nueva norma en la LGP ya que es considerada a partir de ahora como ilícita. Tanto esto como la publicidad engañosa y la desleal se consideran actos de competencia desleal, de acuerdo con la LCD. De hecho, en relación con las prácticas agresivas se considera desleal incluir en la publicidad una exhortación directa a los niños para que adquieran bienes o usen servicios o convenzan a sus padres u otros adultos de que contraten los bienes o servicios anunciados. Y en relación con las prácticas comerciales encubiertas, se considera desleal por engañosa la publicidad de tono informativo cuando no queda meridianamente claro que se trata de publicidad³².

Así, siguiendo la LCD modificada se define, como ya se vio, lo que se considera publicidad agresiva en los artículos 8 y 28 a 31 LCD y se puede considerar como

³⁰ www.auc.es/Documentos/Publicaciones/Folleto%20AUC%20comp_desleal.pdf

³¹ Tras la aprobación de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral Contra la Violencia de Género.

³² Vid. GARCIA VIDAL, A. *Proyecto de ley de modificación del régimen de la competencia desleal para mejorar la protección de los consumidores (ii): derecho de la competencia y derecho de la publicidad*, 2009. w.w.w.GómezAcebo-Pombo.com, p. 2

publicidad engañosa lo contemplado en el artículo 5³³ de la LCD. Se procede así a la supresión de la distinción entre publicidad ilícita y publicidad desleal. Simplemente queda prohibida la publicidad engañosa, la publicidad desleal y la publicidad agresiva, que tendrán el carácter de actos de competencia desleal en los términos contemplados en la LCD.

Sería también engañosa, por omisión, la publicidad que oculte u ofrezca de forma poco clara, ambigua o inadecuada “la información necesaria para que el destinatario adopte o pueda adoptar una decisión relativa a su comportamiento económico con el debido conocimiento de causa”.

Por lo que se refiere a otros supuestos de publicidad desleal, la LCD modificada permite hablar también de los incumplimientos por parte de un empresario de los códigos de conducta a los que se halla sometido de forma firme y verificable y que puedan suponer distorsión en el mercado (artículo 8). También la publicidad que induzca a confusión (artículo 6) con las prestaciones de otros o fomente su denigración (artículo 9) o no cumpla con los criterios establecidos para la lícita comparación entre ofertas (artículo 10).

³³ Artículo 5 de la LCD: 1. Se considera desleal por engañosa cualquier conducta que contenga información falsa o información que, aun siendo veraz, por su contenido o presentación induzca o pueda inducir a error a los destinatarios, siendo susceptible de alterar su comportamiento económico, siempre que incida sobre alguno de los siguientes aspectos: a) La existencia o la naturaleza del bien o servicio.

b) Las características principales del bien o servicio, tales como su disponibilidad, sus beneficios, sus riesgos, su ejecución, su composición, sus accesorios, el procedimiento y la fecha de su fabricación o suministro, su entrega, su carácter apropiado, su utilización, su cantidad, sus especificaciones, su origen geográfico o comercial o los resultados que pueden esperarse de su utilización, o los resultados y características esenciales de las pruebas o controles efectuados al bien o servicio. c) La asistencia posventa al cliente y el tratamiento de las reclamaciones. d) El alcance de los compromisos del empresario o profesional, los motivos de la conducta comercial y la naturaleza de la operación comercial o el contrato, así como cualquier afirmación o símbolo que indique que el empresario o profesional o el bien o servicio son objeto de un patrocinio o una aprobación directa o indirecta. e) El precio o su modo de fijación, o la existencia de una ventaja específica con respecto al precio. f) La necesidad de un servicio o de una pieza, sustitución o reparación, y la modificación del precio inicialmente informado, salvo que exista un pacto posterior entre las partes aceptando tal modificación. g) La naturaleza, las características y los derechos del empresario o profesional o su agente, tales como su identidad y su solvencia, sus cualificaciones, su situación, su aprobación, su afiliación o sus conexiones y sus derechos de propiedad industrial, comercial o intelectual, o los premios y distinciones que haya recibido.

h) Los derechos legales o convencionales del consumidor o los riesgos que éste pueda correr.

2. Cuando el empresario o profesional indique en una práctica comercial que está vinculado a un código de conducta, el incumplimiento de los compromisos asumidos en dicho código, se considera desleal, siempre que el compromiso sea firme y pueda ser verificado, y, en su contexto fáctico, esta conducta sea susceptible de distorsionar de manera significativa el comportamiento económico de sus destinatarios.

3. CONCEPTO Y CARACTERES DEL MARKETING.

3.1. INTRODUCCIÓN. CONCEPTO DE MARKETING.

El marketing es una nueva disciplina de la que cada día se oye hablar más y vemos su reflejo y aplicación en nuestras vidas cotidianas con mayor frecuencia. En muchas ocasiones confundimos el marketing con la venta o la publicidad, cuando éstas son sólo algunos de sus instrumentos, pero no los únicos. Es una disciplina tanto académica como profesional, estudiada e investigada en la universidad y con aplicación práctica en la empresa e instituciones que sirven al mercado y a la sociedad.

3.1.1. EL MARKETING COMO FILOSOFÍA Y ACTIVIDAD.

La actividad de intercambio es una tarea llevada a cabo por el ser humano donde se relaciona con los demás de su especie. Estas relaciones de intercambio, con el tiempo, han ido aumentando en número y se han hecho cada vez más complejas.

El marketing surge como una forma de concebir y realizar la relación de intercambio, por ello es tanto una filosofía como una técnica.³⁴

Es una **filosofía**, en el sentido de que aporta una forma de concebir la relación de intercambio entre la empresa y los consumidores que consiste en conocer cuáles son las necesidades de estos, para ofertar un producto que pueda satisfacerlas de forma beneficiosa tanto para la consumidor como para la empresa.

El marketing también es una **técnica**, como modo específico de llevar a cabo la relación de intercambio en el sentido de que identifica, crea, desarrolla y sirve a la demanda.

La **dirección de marketing** es la actividad que desarrolla la empresa cuando aplica los principios del marketing y supone la consecución de las siguientes **fases**:

- **Análisis de la situación:** esta fase implica el estudio del entorno, el mercado, la competencia, etc. Para ello, la empresa utilizará las técnicas de investigación comercial.
- **Diseño de estrategias:** Estas estrategias son las acciones de las empresas que pueden influir en la decisión de compra de los consumidores: el diseño del *producto, precio, promoción y distribución*. Estas estrategias se denominan las "4P". La combinación de estas estrategias es la que se denomina "Marketing Mix".

³⁴ SANTESMASES MESTRE, M., *Marketing. Conceptos y estrategias*.. Madrid, Pirámide, 2012. pág. 44.

- Puesta en práctica de las estrategias
- Control de los resultados: fase de control de todo lo establecido y que sirve de retro-alimentación para modificaciones.

3.1.2. EL CONCEPTO DE MARKETING

Desde la incorporación del término “marketing” al lenguaje económico-empresarial hasta nuestros días, su significado ha evolucionado en función de las necesidades y situaciones de cada momento y así se han realizado numerosas definiciones.

De entre los muchos significados posibles es muy importante distinguir dos de ellos³⁵:

- a) El más generalizado es considerarlo como una concepción de la empresa en relación con las necesidades y deseos de los consumidores o usuarios de los bienes o servicios; es decir, que se enfoca exclusivamente hacia el servicio del consumidor.
- b) Otro aspecto es considerar el marketing como una función de la empresa y, como tal, su objeto es designar los esfuerzos sistemáticos realizados por la empresa de acuerdo con un plan. Este plan tendría como objetivo buscar, promover y servir productos.

Este último es el concepto más amplio y realista del marketing; sin embargo ambos aspectos no son antagónicos. Son dos enfoques diferentes del mismo fenómeno, ya que de la contemplación previa de la empresa como algo orientado hacia los consumidores, nace la idea del marketing como una función de la misma.

Desde este enfoque, el marketing tiene la misión de, no solo servir a los mercados, sino también de buscarlos y promoverlos hacia el producto y/o servicio que nos interese.

3.1.3. LA EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE MARKETING.

Su evolución está ligada al nivel de competencia presente en el mercado en el sentido de que cuanto mayor es el grado de competencia existente, mayor es la posibilidad de aplicación del marketing.

³⁵ SANTESMASES MESTRE, M., y otros, *Fundamentos de marketing*. Madrid, Pirámide, 2011. pág. 30.

Cuando la competencia es nula o mínima el intercambio tiene una orientación de producción. Lo importante es tener producto ya que al ser mayor la demanda que la oferta, todo lo que se produce se vende.

Cuando aumenta la competencia y hay mayor equilibrio entre la oferta y la demanda hay una orientación al producto y aparece la preocupación por la calidad. Si tiene calidad, el producto será demandado sin necesidad de promocionarlo.

Si la oferta supera a la demanda se produce una situación competitiva intensa. Entonces caben dos formas de entender la relación de intercambio: la primera orientada a ventas apoyada en una fuerte promoción; la segunda, producir lo que el mercado demanda, para ello hay que hacer previamente un estudio de las necesidades de los consumidores (orientación de marketing).

Todas estas situaciones quedan reflejadas en la siguiente tabla³⁶:

Competencia	Orientación	Énfasis
Nula o mínima Demanda mayor que oferta.	Producción	Producción y distribución Lo importante es la disponibilidad del producto. Se parte del supuesto de que todo lo que se produce se vende (porque la demanda supera la oferta).
Incremento de competencia Mayor equilibrio entre demanda y oferta.	Producto	Calidad del producto Se supone que si el producto tiene calidad será demandado, sin necesidad de promocionarlo. Pero la calidad sola no basta.
Fuerte Oferta mayor que demanda.	Ventas	Promoción: publicidad y ventas Se trata de vender lo que se produce. Se supone que los consumidores pueden ser inducidos a comprar un producto, aunque no satisfaga una necesidad. Pero un cliente no satisfecho es igual a un cliente no leal.
Fuerte Oferta mayor que demanda.	Marketing	Relaciones duraderas con el consumidor Deben identificarse las necesidades del consumidor y tratar de satisfacerlas, obteniendo un beneficio. Se trata de producir lo que se demanda. También debe considerarse la responsabilidad social de la entidad que ofrece los productos al mercado

³⁶ SANTESMASES MESTRE, M., y otros, *Fundamentos de marketing*. Madrid, Pirámide, 2011. pág. 32.

Pese a que el marketing tiene cada vez más penetración en la sociedad de consumo, todavía está muy presente en las organizaciones la orientación al producto o a las ventas. Si el producto es bueno y falla la distribución o la promoción o tiene un precio elevado, no tendremos las ventas deseadas. Por otro lado, si el producto no es el que el mercado demanda todos los esfuerzos en promoción y distribución serán estériles. Por eso hay que orientarse al mercado y descubrir qué necesitan los consumidores.

A continuación vamos a analizar las definiciones más representativas:

No se busca una definición sobre lo que es, se trata de una forma de pensar sobre cómo debe entenderse la relación de intercambio de los productos de una organización con el mercado.

“El marketing es el conjunto de actividades que implican la organización de la comunicación y del intercambio entre la producción y el consumo”. De este modo, el marketing no es una actividad nueva, ya que cubre tareas que han existido siempre en todo sistema económico basado en el intercambio³⁷.

A finales de los sesenta se aportan una serie de definiciones en las cuales el marketing se aplicaba únicamente a actividades empresariales, de este modo, tenemos la definición de la Asociación Americana de Marketing (1960): “El marketing es la realización de actividades empresariales que dirigen el flujo de bienes y servicios del productor al consumidor o usuario.”

Para Stanton (1969): “el marketing es un sistema total de actividades empresariales encaminadas a planificar, fijar precios, promover y distribuir productos y servicios que satisfacen las necesidades de los consumidores actuales y potenciales.”³⁸

A partir de 1.969 y en base a una propuesta de Kotler y Levin se origina una nueva corriente del pensamiento en la que se propone que el marketing abarque también a las empresas sin ánimo de lucro. “Marketing es el conjunto de actividades humanas dirigidas a facilitar y realizar intercambios”.

Posteriormente Kotler añade que “el marketing es una actividad humana que está dirigida a satisfacer necesidades y deseos a través del intercambio.”³⁹

Otra definición en esta línea: “el marketing está compuesto por todas las actividades que tienden a generar y facilitar cualquier intercambio cuya finalidad sea satisfacer las necesidades o deseos humanos.” (Stanton y Futrell).⁴⁰

³⁷ SANTESMASES MESTRE, M., *Marketing. Conceptos y estrategias*.. Madrid, Pirámide, 2012. pág. 64.

³⁸ SANTESMASES MESTRE, M., *Marketing. Conceptos y estrategias*.. Madrid, Pirámide, 2012. pág. 65.

³⁹ SANTESMASES MESTRE, M., *Marketing. Conceptos y estrategias*.. Madrid, Pirámide, 2012. pág. 65.

Desde que a finales de los sesenta se realizaron las primeras proposiciones para cambiar el concepto de marketing hasta la actualidad se ha llegado a aceptar por la mayor parte de los autores dos principales aportaciones: La inclusión de las empresas sin ánimo de lucro y la inclusión de las ideas además de los bienes y servicios.

Para Kotler (1984) “el marketing es el mecanismo económico y social a través del cual el individuo y grupos satisfacen sus necesidades y deseos por medio de la creación y del intercambio entre sí de productos y otras entidades de valor.”⁴¹

Para Santesmases (2004) “el marketing es el modo de concebir y ejecutar la relación de intercambio con la finalidad de que sea satisfactoria a las partes que intervienen y a la sociedad mediante el desarrollo, distribución y promoción por una de las partes, de los bienes y servicios o ideas que la otra parte necesita”.

En este sentido el marketing no debe estar orientado únicamente a la satisfacción de los dos componentes de la relación de intercambio (empresa - consumidores) sino que también debe tener en cuenta el bienestar de la colectividad. En base a ello se elabora **la definición de mayor consenso**, la de la Asociación Americana de Marketing (AMA) que en su última actualización de octubre de 2007 afirma que “**el marketing es la actividad, conjunto de instituciones y procesos para crear, comunicar, entregar e intercambiar productos que tienen valor para los consumidores, clientes, accionistas y, en general para toda la sociedad.**”⁴²

A partir de las propuestas anteriores, se han ido manifestando en los últimos años dos vías de ampliación, que son aceptadas en la actualidad por la mayoría de autores⁴³. Por una parte, se ha ampliado el alcance del marketing a fin de incluir organizaciones distintas de las empresas. Por otra, se han planteado las dimensiones sociales del marketing, tanto para incluir la promoción de causas sociales (lo que ha dado origen al denominado **marketing social**), como para considerar la responsabilidad social derivada de la práctica del marketing. Esta última incluye no sólo el deber de proporcionar un producto que no sea perjudicial para la salud y el bienestar de los consumidores actuales y futuros, sino también el de preservar el medio ambiente, con la elaboración de productos que respeten y conserven los recursos naturales. Esta concepción amplia del marketing, que tiene en cuenta tanto los aspectos sociales como los ecológicos o medioambientales de la relación de intercambio, se denomina **marketing sostenible**.

⁴⁰ SANTESMASES MESTRE, M., *Marketing. Conceptos y estrategias*.. Madrid, Pirámide, 2012. pág. 66.

⁴¹ SANTESMASES MESTRE, M., *Marketing. Conceptos y estrategias*.. Madrid, Pirámide, 2012. pág. 67.

⁴² SANTESMASES MESTRE, M., y otros, *Fundamentos de marketing*. Madrid, Pirámide, 2011. pág. 36.

⁴³ SANTESMASES MESTRE, M., y otros., *Fundamentos de marketing*. Madrid, Pirámide, 2011. págs. 34 y 35.

Se generaliza el término de marketing social como la gestión del marketing de las instituciones no lucrativas, y no otras definiciones que relacionaban el marketing social con las repercusiones del marketing, y por tanto, con la ética del marketing.

Para delimitar el alcance de la disciplina es útil el esquema propuesto por Kotler, en 1972, y adoptado por Hunt, en 1976, para clasificar el marketing. Este esquema parte de los criterios micro/macro, normativo/positivo, ánimo de lucro/ sin ánimo de lucro, que dan lugar a una triple dicotomía clasificadora, con ocho combinaciones posibles, tal como se detalla en la tabla siguiente:

		Positivo	Normativo
Sector Con Ánimo de lucro	Micro	<ul style="list-style-type: none"> — Cómo es el comportamiento de compra del consumidor individual — Cómo deciden las empresas el marketing-mix — Casos de estudio 	<ul style="list-style-type: none"> — Cómo debe decidirse el marketing-mix — Cómo debe organizarse y controlarse la actividad de marketing — Modelos de optimización
	Macro	<ul style="list-style-type: none"> — Cómo son las pautas de consumo agregado — Descripción del entorno e instituciones comerciales — Marketing comparativo — Cuál es la eficiencia del marketing 	<ul style="list-style-type: none"> — Cómo puede ser más eficiente el marketing — Cuánto debe estimularse la demanda — Qué leyes deben regular el marketing
Sector sin ánimo de lucro	Micro	<ul style="list-style-type: none"> — Cómo utiliza el usuario los servicios públicos — Cómo determinan sus marketing-mix las instituciones no lucrativas — Casos de estudio de aplicación del marketing 	<ul style="list-style-type: none"> — Cómo deben las instituciones no lucrativas decidir su marketing-mix — Cómo debe organizarse y controlarse la actividad de marketing
	Macro	<ul style="list-style-type: none"> — Cómo es la infraestructura de los servicios públicos y cuál es su eficiencia — Cómo influyen los medios de comunicación e Internet en los resultados electorales 	<ul style="list-style-type: none"> — ¿Cuál es la infraestructura adecuada de servicios públicos? — ¿Puede anunciarse un político como un detergente? — ¿Debe estimularse el uso de servicios públicos?

El criterio micro/macro sugiere una clasificación basada en el nivel de agregación. El término “micro” se refiere a actividades de unidades individuales, tales como individuos, empresas u otras entidades. El término “macro” indica un mayor nivel de agregación, e incluye sistemas comerciales o grupos de consumidores.

La dicotomía positivo/normativo se refiere a si el enfoque del análisis es fundamentalmente descriptivo o normativo. En el primer caso, se trata de explicar lo que es o se hace, lo que ha sido y lo que puede ser. En el segundo, se prescribe lo que debe ser o debe hacerse.

La división entre sector con ánimo de lucro/sector sin ánimo de lucro fue la que dio lugar a los planteamientos iniciales sobre una posible ampliación del alcance del marketing. Los primeros estudios sobre el marketing, hasta 1920 aproximadamente, se correspondían con una orientación “ánimo de lucro/macro/positiva”, por cuanto se dedicaban fundamentalmente a describir las instituciones comerciales dentro del contexto de las empresas con ánimo de lucro.

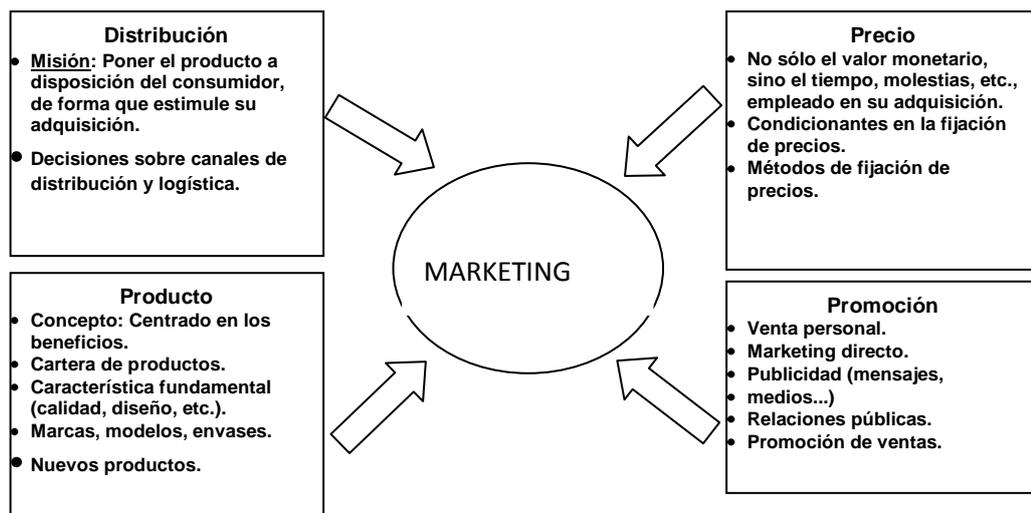
A lo largo de los años sesenta, principalmente, tuvo su auge la orientación “lucro/micro/normativo”, sobre todo por parte de los que proponían el enfoque “decisionista” o “gerencial”. Este ha sido el ámbito más corriente del marketing durante muchos años. Actualmente, sin embargo, hay un consenso generalizado entre la mayoría de autores de que el ámbito del marketing debe abarcar la totalidad de las ocho celdas contempladas en la tabla anterior y no limitarse sólo a algunas de ellas.

3.1.4. LOS INSTRUMENTOS DEL MARKETING⁴⁴

Para diseñar estrategias de marketing, la dirección comercial dispone de unos instrumentos básicos, que ha de combinar adecuadamente, con el fin de conseguir los objetivos previstos. Estos instrumentos del marketing pueden resumirse en las cuatro variables controlables del sistema comercial (las denominadas «4P»):

- Product: Producto.
- Price: Precio.
- Place: Distribución/logística
- Promotion: Venta personal, marketing directo, publicidad, relaciones públicas, promoción de ventas y, en general, cualquier medio de contacto con el consumidor actual o potencial.

En la siguiente figura se precian estos cuatro instrumentos básicos del marketing y su desglose:



⁴⁴ SANTESMASES MESTRE, M., y otros, *Fundamentos de marketing*. Madrid, Pirámide, 2011. págs. 36, 37 y 38.

Desde el punto de vista del consumidor, las 4P del marketing se convierten en las 4C siguientes:

- Producto -> Valor para Cliente.
- Precio -> Coste.
- Distribución -> Conveniencia, comodidad.
- Promoción -> Comunicación.

A estos instrumentos clásicos del marketing se han añadido, desde la óptica del marketing de servicios, otras tres "P": *People* (personas), *Processes* (procesos) y *Physical evidences* (evidencias físicas).

Se pasa, por tanto, de las 4P a las 7P. La prestación del servicio depende, por lo general, de personas. La interacción que se produce entre suministrador del servicio y cliente es básica para la satisfacción del usuario del servicio. El proceso de prestación de los servicios se efectúa ante el cliente, está menos estandarizado que el de producción de bienes y, por tanto, está sujeto a variaciones en la calidad y requiere un mayor control.

3.2. CLASES DE MARKETING EN FUNCIÓN DE SU AMBITO DE APLICACIÓN.

El nacimiento del marketing ha estado vinculado a su aplicación en las empresas y, sobre todo, al intercambio económico que realizan con los consumidores. Pero las funciones del marketing no son solo aplicables a las organizaciones lucrativas, sino que alcanzan a diferentes organizaciones e instituciones de nuestra sociedad. En un sentido amplio se puede decir que hay tres tipos diferentes de ámbitos de aplicación del marketing: el marketing empresarial, el no empresarial y el ecológico.

3.2.1. MARKETING EMPRESARIAL.

Se trata del marketing que llevan a cabo las organizaciones que buscan la obtención de beneficios mediante un proceso de intercambio que satisfaga a ambas partes. Dentro de este ámbito de aplicación, dependiendo del tipo de público al que se dirigen y al tipo de producto que se comercializa pueden clasificarse en tres: el marketing de productos de consumo, de servicios y el industrial.

3.2.1.1. Marketing de productos de consumo

Es propio de las empresas que comercializan bienes tangibles entre un gran conjunto de consumidores individuales.

Se suele dar un alto nivel de competencia entre las empresas, lo que provoca una fuerte presión publicitaria sobre los consumidores, lo que ha provocado que en ocasiones se acuse al marketing de intentar manipular al consumidor.

3.2.1.2. Marketing de servicios.

Se entiende por marketing de servicios el que desarrollan las empresas que comercializan servicios. Su público objetivo son tanto usuarios particulares como otras empresas y organizaciones.

Las características de los servicios: la intangibilidad, la imposibilidad de almacenaje y la variabilidad en la producción aconsejan esta subdivisión específica diferenciándolos del de bienes de consumo.

3.2.1.3. Marketing industrial.

Se ocupa de la comercialización de bienes tangibles entre un público objetivo del que no forman parte los consumidores individuales, sino organizaciones que necesitan el producto para su consumo directo o para elaborar productos que posteriormente ofrecerán a otras organizaciones o a consumidores particulares.

Se engloban en esta clasificación las empresas de bienes de equipo, extractoras de materias primas, de material de oficina entre otras muchas.

3.2.2. MARKETING NO EMPRESARIAL.

A partir de los años setenta se empieza a aceptar que los bienes y servicios no son el único elemento intercambiable, también lo son las ideas. Lo que lleva al surgimiento del marketing no empresarial. Este se ocupa de las acciones de marketing que se realizan sin ánimo de lucro. Cabe distinguir cuatro tipos: de las instituciones no lucrativas, público, social y político.

3.2.2.1. Marketing de las instituciones no lucrativas.

Se aplica en los intercambios de bienes, servicios e ideas que promueven las asociaciones y otras instituciones con carácter privado que no buscan un beneficio

económico, como las organizaciones no gubernamentales, hospitales, colegios profesionales, etc.

Casi siempre este tipo de organizaciones ofrecen servicios y promueven la adopción de determinados comportamientos sociales. En otras ocasiones promueven que la ciudadanía adopte determinados comportamientos sociales a partir de las informaciones y el asesoramiento que se le proporciona.

3.2.2.2. Marketing público.

Es el que llevan a cabo las administraciones y otros organismos que desarrollan actividades buscando la máxima utilidad colectiva. Destaca un a clara voluntad de servicio a la sociedad, proporcionada de una manera desinteresada.

3.2.2.3. Marketing social.

Este tipo de marketing busca la adopción de una idea o de una práctica social por parte de un determinado público objetivo, con la intención de mejorar el bienestar del conjunto o de una parte de la sociedad. Tiene como objetivo concienciar, hacer comprender y facilitar la aceptación de una idea o causa social.

No hay que confundir el marketing con la responsabilidad social y ética de las acciones que llevan a cabo las empresas. El marketing social supone sólo una parte de las actividades de marketing, aquellas que realizan las organizaciones no empresariales cuando promueven ideas y causas sociales, mientras que las responsabilidades sociales y éticas deben ser asumidas por todo tipo de organización.

Dentro de esta clasificación se puede incluir el marketing social corporativo. Se da cuando las empresas promueven este tipo de actividades para promover y dar su apoyo a alguna causa social. Pero no se la puede considerar una modalidad de marketing sin ánimo de lucro propiamente dicha.

3.2.2.4. Marketing político.

Reúne el conjunto de actividades de marketing de índole no empresarial que se desarrollan para conseguir el favor, en forma de votos, de un determinado grupo de la sociedad en favor de alguna proposición, programa o candidato.

En los periodos electorales se da con mayor intensidad, pero es una acción continua con la intención de conseguir los objetivos que los partidos políticos se van estableciendo.

3.2.3. MARKETING ECOLÓGICO.

El creciente interés de la ciudadanía por la protección del medio ambiente ha llevado a las empresas a contemplar los aspectos ecológicos en el diseño de sus estrategias de marketing. Se las conoce también como marketing verde o medioambiental.

Esta modalidad de marketing es propia de empresas que tratan de conseguir un impacto positivo en el medio ambiente o de disminuir los daños que su producción, distribución o consumo podrían provocar en él.

3.3. CONDUCTAS NO ÉTICAS EN EL MARKETING⁴⁵

Se considera que los comportamientos no son éticos cuando, de forma voluntaria o previendo las consecuencias, se causan daños o perjuicios a otras personas, instituciones o al medio ambiente. A continuación clasificaremos tales conductas.

3.3.1. EN EL MERCADO.

Aunque el marketing propugna una relación entre comprador y vendedor en la que ambos resultan mutuamente beneficiados, esto es algo que no siempre se produce, es más, en multitud de ocasiones el consumidor se siente defraudado, perjudicado e indefenso. Ante estas situaciones surgen movimientos ciudadanos de defensa del consumidor y se legisla para darle protección. En el caso de España la normativa básica que regula los derechos de los consumidores es el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre que aprobó el texto refundido y la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD), de 13 de diciembre de 1999.

Los comportamientos no éticos suelen ser protagonizados por los vendedores, pero este tipo de conductas no son exclusivamente suyas ya que también las pueden realizar los compradores o consumidores. Por ejemplo, los casos de piratería de programas informáticos por parte de algunos usuarios de ordenador, de hurto en las tiendas, de utilización fraudulenta de tarjetas de crédito, de impago de deudas o no devolución de préstamos, entre otros muchos tipos de conducta no ética realizadas por los compradores.

⁴⁵ SANTESMASES MESTRE, M., *Marketing . Conceptos y estrategias.*, Madrid, Pirámide 2012. págs. 965 a 972.

3.3.2. EN LA PRÁCTICA DE LA INVESTIGACIÓN DE MERCADOS

En este caso hay una gran variedad de conductas no éticas y se subdividen en función del tipo de relación: investigador–investigado e investigador-cliente.

- Investigador-investigado:
 - Violación del anonimato.
 - Falsificación de la identidad del patrocinador del estudio.
 - Simulación de una investigación para realizar actividad de venta.
 - Invasión de la privacidad del encuestado.
 - Exigir la identificación de los entrevistados.
 - Engaño.
 - Omisión de información.
 - Coerción.

- Relación investigador-cliente:
 - Utilizar información de las mismas entrevistas en varios estudios.
 - Utilizar personal no capacitado.
 - Realizar investigaciones desproporcionadas.
 - Coste exagerado.
 - Desvelar información.
 - Solicitar proyectos a un investigador a sabiendas de que no se van a conceder.
 - Solicitar proyectos para ser utilizados por otras personas.

Como herramientas para asegurarse la profesionalidad en la práctica de la investigación comercial existen los certificados de la condición de investigador, la adhesión a códigos deontológicos, como, por ejemplo, el código deontológico de la Cámara de Comercio Internacional y la Asociación Europea de Estudios de Mercado Marketing y Opinión (ESOMAR), así como el incremento del rigor en la enseñanza de la investigación comercial.

3.3.3. EN EL DISEÑO Y COMERCIALIZACIÓN DEL PRODUCTO.

En base al propio producto que se pone a la venta también se pueden dar comportamientos no éticos. Así, pueden darse los siguientes casos:

- Productos que no son seguros y pueden causar daños. En la Ley se define el producto defectuoso como aquel que no ofrece la seguridad que cabría legítimamente esperar, teniendo en cuenta todas las circunstancias y, especialmente, su presentación, el uso razonablemente previsible del mismo y el momento de su puesta en circulación.
- Productos que carecen de garantía o no proporcionan la ofrecida.
- Falsificaciones o copias ilegales.

- Productos socialmente controvertidos (tabaco, alcohol, armas, etc.). Aunque su venta pueda ser legal y hasta hace unos años eran socialmente admitidos (como el tabaco) son considerados actualmente como perjudiciales y su venta se cuestiona éticamente.
- Productos perjudiciales para el medio ambiente.
- Productos con obsolescencia planificada (modas, estilos y nuevas versiones), cuya breve duración no se justifica por los cambios tecnológicos.
- Pornografía y erotismo (publicaciones, materiales, casas de masaje, teléfonos de contacto, etc.).
- Juguetes violentos.
- Programas y cursos de formación de calidad inferior y de precio generalmente elevado.
- Productos milagro, es decir, productos que se presentan como medicamentos, sin serlo ni tener propiedades terapéuticas probadas y que ofrecen curaciones rápidas, eficaces y fantásticas de toda clase de males y dolencias, como la obesidad, celulitis, pérdida del cabello, dolores reumáticos, impotencia, esterilidad, etc.
- Productos adulterados y fraudulentos.
- Productos perjudiciales para la salud (drogas).

3.3.4. EN LA FIJACIÓN DEL PRECIO

A la hora de fijar el precio de un determinado producto hay que tener en cuenta el beneficio que proporciona y si es legal y ético. Entre todas las prácticas comerciales ilegales de fijación de precios cabe destacar:

- Acuerdos colusorios entre fabricantes o distribuidores de fijación de precios comunes o similares para un producto o servicio (fijación de precios horizontal).
- Imposición de precios de venta al canal de distribución (fijación de precios vertical).
- Discriminación de precios no justificada.
- Fijación de precios depredadores o precios de venta inferiores al coste (venta a pérdida).
- Precios inflados, excesivos o abusivos.
- Precio “gancho” o de reclamo, ofrecido solo con el fin de atraer al comprador y luego presionar para que adquiriera otro producto de mayor precio.

La Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia contempla como prácticas restrictivas de la competencia los acuerdos de fijación de precios (precios horizontales), la imposición de precios de venta al distribuidor (precio vertical) y la aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que puedan

suponer una discriminación de precios. Por su parte la LCD prohíbe de forma explícita la discriminación de precios o condiciones de venta, sin causa justificada (artículo 16), y la fijación de un precio de venta por debajo del coste (venta a pérdida) que pueda inducir a error al consumidor o pretenda eliminar o desacreditar un competidor (artículo 17). La Ley de Ordenación del Comercio Minorista, de 15 de enero de 1996 (reformada por la Ley 1/2010, de 1 de marzo, para adaptarla a la Directiva 2006/123/CE) también prohíbe de forma expresa la venta a pérdida (artículo 14). Por su parte la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de contratación, tiene por objeto la transposición de la Directiva 93/13/CE, sobre cláusulas en los contratos celebrados con consumidores, así como la regulación de las condiciones generales de la contratación.

3.3.5. EN LAS RELACIONES EN EL CANAL DE DISTRIBUCIÓN.

En la distribución de bienes y servicios pueden darse comportamientos no éticos derivados de las relaciones de poder en el canal, bien por parte del proveedor (fabricante o mayorista), por abuso de posición dominante, o bien por parte del cliente (distribuidor), por compra a precios reducidos obtenidos bajo coerción, por condiciones de pago a los proveedores abusivas, por exigencias de “peajes” a los fabricantes para conseguir exponer sus productos en las estanterías de las superficies de venta o por comisiones o regalos a agentes de compra.

En la actividad del comercio minorista, en la relación entre minorista y consumidor o usuario final, los comportamientos no éticos pueden proceder tanto del vendedor como del comprador. En el primer caso, por ejemplo, por establecimiento de servicios de mantenimiento obligatorios o por imposición de compra exclusiva de repuestos o accesorios. Asimismo pueden cometerse fraudes en la venta por catálogo. Pero también el comprador puede llevar a cabo comportamientos no éticos, tales como hurtos en la tiendas⁴⁶, fraude con tarjetas de crédito, cheques sin fondos e impago de deudas. Finalmente, dentro de las relaciones horizontales entre minoristas, el dominio de las grandes superficies de venta sobre los pequeños y medianos comerciantes, en cuanto a precios, promociones, ofertas y horarios comerciales, puede plantear también problemas éticos.

3.3.6. EN LA VENTA PERSONAL

La actividad de los vendedores presenta problemas éticos, tanto por la posible discordancia entre lo que ellos argumentan sobre el producto y los beneficios que éste realmente proporciona como por las presiones de corrupción a las que están sometidos. Por supuesto, si el éxito profesional se mide únicamente por los ingresos

⁴⁶ Según un estudio de la AECOC (Asociación Española de Codificación Comercial), publicado en 2009, los pequeños hurtos en los comercios españoles alcanzan los 1.700 millones de euros anuales.

y la categoría del puesto ocupado, la ética tendrá escasa relevancia en la práctica del marketing.

3.3.7. EN LA PUBLICIDAD

La publicidad es quizás el instrumento del marketing que plantea más cuestiones éticas y que recibe mayores críticas. Se habla de publicidad engañosa, desleal, encubierta, agresiva, sexista, etc. Con frecuencia las organizaciones de consumidores y usuarios han denunciado anuncios en los que las condiciones que se ofrecen no se ajustan a la realidad, ocultan o no resaltan suficientemente información relevante o presentan pruebas falsas o que se prestan a confusión. La publicidad desleal suele hacer frecuentes apariciones en los medios de comunicación. Algunas marcas poco conocidas muestran nombres, presentaciones, envases o colores que se prestan a confusión con otras de mayor prestigio. La publicidad comparativa puede desembocar a veces en publicidad desleal. También abundan los ejemplos de publicidad agresiva y su uso es creciente. Peor es todavía la publicidad sexista en la que la utilización del cuerpo humano, especialmente de la mujer, como estímulo para la compra de un producto es muchas veces repulsivo.

La LGP, regula la publicidad ilícita, en la que incluye en su artículo 3, la publicidad que atente contra la dignidad de la persona o que vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente en lo que se refiere a la infancia, la juventud y la mujer. También considera ilícita la publicidad engañosa, la desleal, la subliminal y la que infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios. Los conceptos de publicidad engañosa, desleal y subliminal son objeto de definición en la LGP como ya se ha visto en el apartado 2.1.3.1. de este trabajo.

3.3.8. EN LA PROMOCIÓN DE VENTAS Y MARKETING DIRECTO

En cuanto a los comportamientos no éticos en la promoción de ventas pueden citarse las de ofrecimiento de premios que no se entregan y los sorteos que no se efectúan o no hay ganadores. La Ley de Ordenación del Comercio Minorista regula las promociones de venta y las ofertas.

En las actividades de marketing directo, los comportamientos no éticos pueden consistir en fraude en la venta por catálogo, en la compra de listas de clientes obtenidas de forma ilegal (censo, declaración de la renta, registros oficiales, etc.) y en la violación de la privacidad del consumidor. Especial atención merece esta última cuya protección trata de garantizar la LOPD. Esta Ley impone límites en el uso de la informática para garantizar el honor, la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el legítimo ejercicio de sus derechos. Establece también principios de protección de la calidad de los datos, regula el derecho de información en la recogida de datos, el consentimiento del afectado, la seguridad de los datos, el

deber de secreto y la cesión de datos y establece la existencia de datos especialmente protegidos.

3.3.9. EN LA ACTUACIÓN FRENTE A LA COMPETENCIA

La actuación en el mercado de una empresa, suministrando bienes o prestando servicios, implica, por lo general, la concurrencia con otras empresas u organizaciones, con las que compite. En la lucha por conseguir el favor del cliente, la empresa puede tratar lícitamente de mantener las mayores cuotas de participación en el mercado. Pero también puede conseguirse el dominio del mercado mediante procedimientos ilícitos que supongan algún tipo de control o reparto del mercado, acuerdos de precios entre los competidores o cualesquiera otros acuerdos colusorios o conductas tendentes a la creación de monopolios de hecho que restrinjan la competencia o que traten de perjudicar o eliminar a los competidores. Existe un gran número de prácticas restrictivas de la competencia y de actuación desleal. La legislación española regula las prácticas restrictivas de la competencia en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, que sustituyó a la anterior de 17 de julio de 1989, y la LCD en sus artículos 5 al 17 como ya hemos visto en los apartados 2.1.2.2. y 2.1.2.3. del presente trabajo.

Un caso especial de competencia desleal, no contemplado en la LCD, lo constituyen los denominados “mercados grises”. Son mercados compuestos por un grupo heterogéneo de revendedores no oficiales, que de forma subrepticia, pero legal, adquieren productos de marca genuinos de varias fuentes y los comercializan a través del mundo compitiendo con los distribuidores oficiales de las marcas comerciales. Para que se dé un mercado gris es necesario que el producto esté disponible en los mercados internacionales y que las barreras comerciales (tarifas aduaneras, costes de transporte, restricciones legales, etc.) sean lo suficientemente bajas para que los importadores paralelos puedan mover los productos de un mercado a otro. Además, los diferenciales de precios entre distintos mercados han de ser lo suficientemente grandes para motivar tales actividades. El consumidor puede verse perjudicado si el fabricante deniega su garantía a los productos adquiridos en mercados grises. Sin embargo, el mercado gris presenta también ventajas para el consumidor, que se beneficia de menores precios.

4. EL MARKETING AGRESIVO COMO PRÁCTICA DESLEAL

En la actualidad existen múltiples estrategias y tácticas de marketing que emplean diversos instrumentos, entre ellos imágenes y textos con los que pretenden generar gran expectación e impacto sobre el público.

Este tipo de marketing deja a un lado los métodos tradicionales y opta por la propagación del mensaje de un modo inusual y provocativo. De esta forma se crea

una polémica que despierta la curiosidad e interés común. La finalidad es la rápida propagación de mensajes concretos que son difundidos de forma viral mediante el boca a boca, la difusión colectiva o el marketing encubierto (entre otros).

Queda claro que el objetivo principal de las empresas es la maximización de los beneficios, pero, ¿a costa de cualquier cosa? Y es que esta es una práctica común de las grandes marcas, Se trata de campañas publicitarias con estas características que son eliminadas al poco de emitirse, aunque como todos sabemos el objetivo queda cumplido.

De este modo se podría pensar, erróneamente, que resulta rentable realizar un tipo de marketing que sobrepasa el límite de lo ético y que en muchas ocasiones puede herir la sensibilidad común o de ciertos colectivos.

En el ámbito del marketing las prácticas engañosas se dividen en tres grupos⁴⁷: fijación de precios, promoción y packaging⁴⁸. La fijación de precios engañosa incluye prácticas como anunciar falsamente “precios de fábrica” o una gran reducción de un precio falso. La promoción engañosa puede tergiversar las características del producto o sus funcionalidades o atraer clientes a la tienda mediante una oferta inexistente. El packaging engañoso es exagerar los contenidos del packaging a través de un diseño sutil, utilizando etiquetas engañosas o describiendo el tamaño en términos exagerados.

El marketing no goza de buena fama en la sociedad. Quizá es porque sus actividades son más viables, pero más probablemente es porque las personas que lo llevan a cabo no se comportan siempre éticamente⁴⁹.

Pero el marketing como disciplina científica no pretende manipular ni perjudicar al consumidor, sino, todo lo contrario. El principal razonamiento de la dimensión social del marketing lo tenemos en el hecho de que las empresas existen con un propósito: servir a la sociedad, debiendo tener contenido ético y social sus prácticas de marketing-mix. El marketing tiene como principio fundamental la satisfacción de las necesidades del consumidor y asume en su actuación una responsabilidad social. Las prácticas que se condenan no son precisamente las que propone y defiende el marketing, sino que suponen una incorrecta aplicación de los principios y métodos de esta disciplina. El marketing no es, en sí mismo, ni bueno ni malo, depende de cómo se aplique.

⁴⁷ PINTADO, T. y otros, *Introducción al marketing*. Madrid 2011. Ed. Pearson Educación, 3ª Edición. pág. 389.

⁴⁸ Packaging: En inglés, empaquetado o embalaje. Es la ciencia, el arte y la tecnología de encerrar o proteger los productos para su distribución, almacenamiento, venta y uso. El embalaje puede ayudar a vender la mercancía mediante su diseño gráfico y estructural.

⁴⁹ SANTESMASES MESTRE, M., *Marketing . Conceptos y estrategias.*, Madrid, Pirámide 2012. págs. 960 y 961.

Existe pues una doble vertiente en la aplicación del marketing, la responsabilidad social y la ética en su aplicación.

En cuanto a la primera incluye el conjunto de consecuencias éticas en las que incurren las empresas y otras organizaciones no empresariales en sus intercambios con el mercado. Pero hace referencia básicamente al contrato social entre la empresa y la sociedad. Es decir, ¿cuál es el límite de la empresa, lucrativa o no (organización empresarial o institución pública), si al introducir su producto en el mercado de una forma legal daña la moral, la salud o induce a comportamientos violentos a la sociedad a la que pretende servir?

Mientras que la segunda vertiente, la ética empresarial, analiza y propone medidas para que las personas se comporten de acuerdo con las reglas de la moral en todas sus actuaciones, tanto dentro de la organización como en su relación con el mercado, el entorno y la sociedad en general. Ya hemos visto su desarrollo en el punto 3.2. de este trabajo.

Por tanto, parece evidente que el marketing debe asumir, de forma “proactiva”, sus deberes éticos y socialmente responsables, debido principalmente al gran poder social que tienen las empresas.

De esta forma únicamente podrá ser aceptado el buen marketing como aquél que entiende la asociación poder-responsabilidad, en otras palabras, el marketing socialmente responsable. Sin embargo, hay que recordar que no son todas las empresas las que piensan en la concepción social del marketing, ya que no produce beneficios, o al menos de forma inmediata. Por tanto, el gran reto del marketing de nuestros tiempos es conseguir que las empresas sean generadoras de beneficios económicos a largo plazo, a la vez que son socialmente responsables y beneficiosas para la sociedad.

La ética genera confianza en las relaciones comerciales y las favorece. Por ello, desde una perspectiva de eficiencia del mercado, la actuación comercial de la empresa ha de estar orientada al bien común, entendiendo por tal aquel que suponga un desarrollo humano integral y no sólo económico.

De forma general, las prácticas poco éticas suponen una pérdida de concentración en las áreas claves de la actividad que, a medio plazo, perjudicarían la marcha del negocio. A partir de este momento, se puede hablar ya de la ética con aplicación estratégica, en la medida en la que puede ser entendida como “fuente de ventaja competitiva” para las empresas.

4.1. RELACIÓN DE PRÁCTICAS DE MARKETING QUE SE CONSIDERAN AGRESIVAS SEGÚN LA LCD.

En las páginas siguientes se intentarán asimilar y relacionar las conductas descritas como no éticas en el punto 3.2. de este trabajo, con las tipificadas como agresivas

en la LCD. Como bien sabemos, tras la transposición de la Directiva 2005/29/CE mediante la Ley 29/2009, la Ley 3/91 sufrió una serie de modificaciones para adecuarse a lo dispuesto a nivel continental, pero con una serie de diferencias con respecto a aquella que no han supuesto un problema para nuestro ordenamiento jurídico y su asimilación.

No obstante, hay que señalar que la Directiva es una norma de amplísimo alcance en esta materia y que las prácticas comerciales agresivas no han merecido un tratamiento específico de conjunto en la legislación vigente en el momento de la transposición, que sólo había dedicado una norma (la LCD no modificada) a una categoría específica de este género de prácticas.⁵⁰

Las prácticas desleales por razón de su agresividad carecen de precedente en nuestro ordenamiento jurídico. Son los grupos de casos que se conocen en nuestra doctrina como presión de compra indebida y ofertas molestas, y hasta ahora habían sido abordados al amparo genérico de la cláusula general de deslealtad. Los supuestos desleales “per se” bajo la rúbrica de “prácticas agresivas” del anexo I de la Directiva conforman en el texto aprobado de la LCD los artículos 28 a 31.⁵¹

Si se diera el caso de que uno de los supuestos aquí enunciados no concurrieran las específicas condiciones bajo las que se tipifican estas conductas como prácticas comerciales agresivas desleales “per se”, no por ello debe entenderse dicha conducta eximida del reproche de deslealtad, ya que nada impediría su enjuiciamiento, y en su caso, prohibición con arreglo al artículo 8 de la nueva LCD, que constituye la cláusula general de prohibición de estas conductas.⁵² Por este motivo todas las conductas no éticas en la práctica del marketing descritas en el apartado 3.3. podrían ser enjuiciadas con arreglo al artículo 8. Algunas excepciones tienen su tipificación más concreta en alguno de los artículos que van del 28 al 31.

El **artículo 28** trata sobre las prácticas agresivas por coacción, ilícito desleal que está muy próximo al ilícito penal de coacción, por eso añade el legislador al final “salvo que dicha conducta sea constitutiva de infracción penal”. En estas prácticas comerciales molestas se pretende evitar la invasión inaceptable de la esfera privada del consumidor y que éste no se vea obligado a tomar una decisión en un entorno y unas circunstancias para las que no está preparado y le impiden actuar con total libertad. En el ámbito del marketing este tipo de conducta suele ser protagonizado por los vendedores en el mercado (apdo. 3.3.1.) al tratar de culminar sus ventas valiéndose de la desubicación del comprador. También cabe en las prácticas de

⁵⁰ MASSAGUER FUENTES, J., “Prácticas comerciales agresivas”, *Publicidad, defensa de la competencia y protección de datos*. Aranzadi. Navarra, enero 2009. pág. 88.

⁵¹ DIEZ ESTELLA, F., “Los nuevos actos de competencia desleal contra consumidores en la Ley 29/09, de 30 de diciembre; especial referencia a las prácticas agresivas”. *Distribución comercial y derecho de la competencia*, (dir. VIERA/ECHEBARRIA) , Madrid, 2011, págs. 545 y 546.

⁵² DIEZ ESTELLA, F., “Los nuevos actos de competencia desleal contra consumidores en la Ley 29/09, de 30 de diciembre; especial referencia a las prácticas agresivas”. *Distribución comercial y derecho de la competencia*, (dir. VIERA/ECHEBARRIA) , Madrid, 2011, pág. 551.

investigación de mercado (apdo. 3.3.2.) ya que puede darse la coacción en las relaciones investigador-investigado e investigador-cliente. Pero lógicamente es en las relaciones de venta personal (apdo.3.3.6.) es donde más se da.

El **artículo 29** define las prácticas agresivas por acoso. Aquí también se incluye la cláusula de tipificación penal como ocurre con el artículo 28. Pero sorprende que el legislador no contemple este supuesto para las visitas presenciales y sí para las telemáticas. Esta práctica está muy extendida hoy en día gracias a la accesibilidad a las Tecnologías de la Información (TIC) por el público y las compañías, que tratan de conseguir clientes mediante la realización de campañas masivas. En relación con la práctica del marketing este tipo de prácticas están muy extendidas en la venta personal (apdo. 3.3.6.) en los casos de venta a domicilio. Pero sobre todo está presente en la promoción de ventas y marketing directo (apdo. 3.3.8.). Los empresarios apoyándose en la nuevas tecnologías y vulnerando otras normas, como la LOPD; consiguen realizar comunicaciones a su público objeto, de forma reiterada y por sorpresa para conseguir que adopten una decisión de mercado. Esta forma de actuar también tiene por objeto adelantarse a la competencia en conseguir el favor del cliente como vimos en el apdo. 3.3.9. actuación frente a la competencia.

Por su parte el **artículo 30** trata sobre las prácticas agresivas en relación con los menores. Se defiende el interés del menor (niños), cuyo estatus jurídico está perfectamente definido en nuestro ordenamiento. En el ejercicio del marketing se incurre en este precepto tan concreto cuando se intenta influir publicitariamente sobre el menor directamente para que adquieran un bien o servicio determinados o que el propio menor convenza a sus mayores para alcanzar tal fin. Esto solo puede ocurrir el marketing publicitario (apdo. 3.3.7.).

Finalmente el **artículo 31** bajo el título otra prácticas agresivas agrupa las últimas prácticas contempladas en la lista negra de la Directiva: la intención de dificultar al titular de un seguro la gestión de la correspondiente indemnización e intentar disuadirle de que ejerza sus derechos; exigir el pago o la devolución de bienes que no han sido solicitados; ejercer chantaje moral al presionar al cliente al hacerle saber que de esa transacción depende su empleo y sustento. Al ser casos muy concretos tienen un encaje más difícil en la práctica comercial. Las tres conductas agresivas podrían darse en el ejercicio de la venta personal (apdo. 3.3.6.) y en el mercado (apdo.3.3.1). El segundo de los supuestos podría tener cabida además en el ejercicio del marketing en la fijación del precio (apdo. 3.3.4.).

Para terminar, y con la intención de cubrir todas las posibilidades por exclusión, se pueden mencionar las **conductas cuestionables por la ley que la dirección del marketing ha de tener en cuenta en cada área de decisión**⁵³, aunque no sean necesariamente consideradas agresivas dependiendo de si se dan o no las condiciones que fija el artículo 8 de la LCD. Estas son:

⁵³ PINTADO, T. y otros, *Introducción al marketing*. Madrid 2011.Ed. Pearson Educación, 3ª Edición. pág. 398.

- Decisiones de venta: sobornar, robar secretos comerciales, despreciar a los clientes, engañar, anunciar los derechos de los clientes, discriminar injustamente.
- Decisiones de producto: adiciones y supresiones de producto, protección de patentes, calidad y seguridad del producto, garantía del producto.
- Decisiones de publicidad: falsa publicidad, publicidad engañosa, publicidad con timos y fraudes, descuentos y servicios promocionales
- Decisiones de packaging: embalaje y etiquetados justos, costos excesivos, recursos escasos, contaminación.
- Decisiones de canal: distribución exclusiva, distribuidores territoriales exclusivos, convenios condicionados, derechos de los concesionarios.
- Decisiones de precio: arreglo de precio, fijación de precios depredadora, discriminación de precios, fijación de precios mínimos, aumento de precios, fijación de precios engañosa.
- Decisiones de relaciones competitivas: adquisición anticompetitiva, barreras de entrada, competencia depreciadora.

5. CONCLUSIONES

Como hemos visto en el desarrollo de este trabajo, la legislación referente a la delimitación y prohibición de las prácticas desleales ha ido evolucionando desde la dispersión en diferentes normas y con diferente tratamiento jurídico, hacia la agrupación en una norma basada en lo dispuesto en la Directiva 2005/29/CE. Resultando incluso mejorada en algunos aspectos al ser transpuesta a nuestro ordenamiento jurídico utilizando como base la preexistente Ley 3/91 de Competencia Desleal, modificada por la Ley 29/2009.

Gracias a este esfuerzo legislador, tanto a nivel europeo como nacional, se ha logrado una mayor unidad de criterio, se han perfilado más los límites de acciones (u omisiones) desleales, se entiende la deslealtad en sus dos vertientes (entre empresarios y entre estos y los consumidores) y se han introducido por primera vez en una norma comunitaria las prácticas agresivas. Con todo ello se consigue en definitiva protección jurídica del consumidor y usuario, y también del propio empresario, mucho más clara y completa.

En este intento por encontrar los límites del marketing agresivo, acabamos desembocando en cuestiones trascendentes relativas a la ética. No podía ser de otra forma ya que impregna todo comportamiento humano en cuanto que ser social.

Los valores han servido de base para que la sociedad identifique principios morales y normas éticas que contribuyan a conseguir una convivencia efectiva y armónica.

La constante evolución y crecimiento de las sociedades hace que estos principios y normas sean aplicados en áreas innovadoras y que se reafirmen cada cierto tiempo en las áreas ya existentes. De ahí la preocupación de las sociedades de

preservarlos y controlarlos para garantizar un bien común duradero, especialmente, en las distintas organizaciones en las que interaccionan y a las que pertenecen gran parte del colectivo. En particular, las organizaciones empresariales, que deben resaltar de forma más acentuada en su misión el ser socialmente responsables.

La responsabilidad social empresarial, en su concepción amplia, es garantía de éxito, ya que proclama el bien común sobre el bien particular; hace que existan intereses mucho más profundos y trascendentales que el lucro económico; y permite que se mejoren las relaciones de su entorno.

El reflejo más contundente ante la sociedad de la ética empresarial, se observa en las actividades de marketing, debido a que el uso de sus técnicas puede ocasionar dilemas éticos complejos que vayan en contra de su filosofía, la responsabilidad social y del éxito de su propia organización.

En las actividades de marketing, en ningún momento el fin debe justificar los medios, es decir, no se pueden obviar valores fundamentales para alcanzar el logro de los objetivos empresariales egoístas que solo buscan la estimulación de la demanda para maximizar sus utilidades. Por el contrario, la filosofía de esta disciplina se basa en la satisfacción y respeto de los consumidores para asegurar su lealtad en el medio y largo plazo.

En consecuencia, los líderes, los expertos en marketing, las organizaciones y la sociedad, deben garantizar el uso ético de las técnicas de marketing para salvaguardar los principios y valores fundamentales que proclaman el bien común y que siempre han servido de eje para alcanzar la prosperidad.



BIBLIOGRAFIA

- AA.VV. *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, (dir. TATO PLAZA, A.), Madrid, 2011. Pág. 206 y ss.
- DIEZ ESTELLA, F., "Los nuevos actos de competencia desleal contra consumidores en la Ley 29/09, de 30 de diciembre; especial referencia a las prácticas agresivas". *Distribución comercial y derecho de la competencia*, (dir. VIERA/ECHEBARRIA), Madrid, 2011, págs. 545y 546.
- ILLESCAS ORTIZ, R., *Derecho Mercantil (tomo I)*, Barcelona, 2009, pág. 789 y ss.
- JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J., *Lecciones de Derecho Mercantil*, Madrid, 2010, pág.144 y ss.
- MAMBRILLA RIVERA, V., "Prácticas y competencia desleal: estudio del derecho comunitario europeo y español. La incorporación de la Directiva 2005/29/CE a nuestro derecho interno (incidencia en los presupuestos generales y en la clausula general prohibitiva del ilícito desleal) (Segunda parte)", *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, nº 5, Madrid, 2009, pág. 108 y ss.
- MASSAGUER FUENTES, J., *El nuevo derecho contra la competencia desleal: la Directiva 2005/29/CE sobre las Prácticas Comerciales Desleales*. Madrid, 2006, págs. 9 y ss.
- MASSAGUER FUENTES, J., "Prácticas comerciales agresivas", *Publicidad, defensa de la competencia y protección de datos*. Aranzadi. Navarra, enero 2009. pág. 77 y ss.
- MASSAGUER FUENTES, J., "Las prácticas agresivas como acto de competencia desleal". *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, nº 27, 2010, págs. 20 y 21.
- PINTADO, T. y otros, *Introducción al marketing*. Madrid 2011.Ed. Pearson Educación, 3ª Edición. pág. 389.
- RODRIGUEZ GONZALEZ, A., "Incumplimiento de códigos de conducta como práctica de competencia desleal". *Distribución comercial y derecho de la competencia*, (dir. VIERA/ECHEBARRIA), Madrid, 2011, págs. 568 y ss.

- RODRÍGUEZ GONZÁLEZ A., “La Ley General de Publicidad tras la reforma introducida por la Ley 29/2009. Una referencia a la publicidad ilícita.” *La aplicación privada del derecho de la competencia*, Valladolid, 2011, pág. 927 y ss.
- SANTESMASES MESTRE, M., y otros., *Fundamentos de marketing*. Madrid, Pirámide, 2011. pág. 30 y ss.
- SANTESMASES MESTRE, M., *Marketing. Conceptos y estrategias*. Madrid, 2012. págs.60 a 72 y 949 y ss.
- VIERA GONZALEZ, A. J., “La tipificación de los ilícitos concurrenciales en la reforma del Derecho Español de Competencia Desleal”. *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*. nº. 7. Año 2010. pág. 66.

LEGISLACIÓN UTILIZADA

- Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978.
- Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad. (BOE núm. 274).
- Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. (BOE núm. 10).
- Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. (BOE núm. 298).
- Libro Verde sobre la protección de los consumidores en la Unión Europea de 2 de octubre de 2001 [COM (2001) 531 - no publicado en el Diario Oficial].
- Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. (BOE núm. 313).
- 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). (DOUE núm.149)
- Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. (BOE núm. 159).

- Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. (BOE núm.287).
- 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 núm. 315).
- Ley 1/2010, de 1 de marzo, de reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista. (BOE núm. 53)

REVISTAS ESPECIALIZADAS

- *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución.*

ENLACES Y PÁGINAS WEB DE INTERÉS.

- www.mariscal-abogados.es/publicaciones/
- www.auc.es/Documentos/Publicaciones/
- www.gomezacebo-Pombo.com/
- www.cncompetencia.es/