



Universidad de Valladolid

**Facultad de Ciencias
Económicas y Empresariales**

Trabajo de Fin de Grado

**Grado en Administración y Dirección
de Empresas**

**Competencia desleal entre
empresarios: actos de engaño**

Presentado por:

Santiago José Hernández Calleja

Tutelado por:

Luis Ángel Sánchez Pachón

Valladolid, 16 de Enero de 2020

ÍNDICE

1. RESUMEN Y PALABRAS CLAVE	
2. ABSTRACT Y KEYWORDS	
3. INTRODUCCIÓN	1
3.1 Motivación	1
3.2 Objetivos	1
3.3 Metodología	2
3.4 Estructura	2
4. LA COMPETENCIA DESLEAL	3
4.1 El origen de la regulación contra la competencia desleal ...	3
4.2 Competencia desleal y protección de los consumidores	5
4.3 Antecedentes en el derecho español de la regulación contra la competencia desleal	7
5. LEY DE COMPETENCIA DESLEAL	10
5.1 Ley 3/1991, de 10 de Enero, de competencia desleal	10
5.2 La reforma de la LCD	12
5.3 Ámbito objetivo	16
5.4 Ámbito subjetivo	18
6. ACTOS DE ENGAÑO	20
6.1 ¿Qué son los actos de engaño?	20
6.2 Justificación de la prohibición y delimitación del supuesto de hecho	21
6.3 Conductas prohibidas	24
6.4 El alcance de la prohibición	29
6.5 El juicio de deslealtad: valoración y prueba de engaño	33
6.6 El incumplimiento de los códigos de conducta	36
7. CONCLUSIONES	37
8. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	41

1 RESUMEN (Español)

La Ley 3/1991, de 10 de enero, ha supuesto un enorme avance en la regulación de la competencia desleal en España, ya que hasta la fecha, el número de disposiciones legales eficaces para regular dicha materia era escaso y con poca relevancia en la práctica. Esta Ley se creó para proteger y evitar la violación del derecho a libre competencia, recogido en el artículo 38 de la Constitución española. Posteriormente, para adaptar a nuestro derecho la normativa comunitaria, se aprobó la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, siendo la normativa que actualmente se encuentra en vigor y por la que se modifica el régimen de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios. Por otro lado, nos centraremos en explicar uno de los muchos tipos de actos desleales tipificados por la LCD, los actos de engaño, concretamente entre empresarios. Su prohibición se fundamenta en que perjudican a todos los participantes del mercado y al correcto funcionamiento de éste, el cual debe estar basado en la transparencia.

Palabras clave: Competencia desleal, actos de engaño, transparencia, empresarios, consumidores.

Códigos JEL: K13, K21, K42.

2 ABSTRACT (English)

Law 3/1991, of January 10th, has meant a huge advance in the regulation of the unfair competition in Spain, because until that date, the number of effective legal dispositions to regulate that matter was scarce and had little relevance in practice. This law was created to protect and prevent the violation of the right to free competition, as set out in article 38 of the Spanish Constitution. Subsequently, to adapt community legislation into line with our law, Law 29/2009, of December 30th, was approved, being the legislation which is currently in force, amending the system of unfair competition and advertising in order to improve the protection of the consumers and users. On the other hand, we will focus on explaining one of the many types of unfair acts typified by the unfair competition law, acts of deceptions, specifically between businessmen. Their prohibition is based on the fact that they harm all market participants and the proper functioning of the market, which must be based on honesty and transparency.

Keywords: Unfair competition, acts of deception, transparency, businessmen, consumers.

3 INTRODUCCIÓN

3.1 Motivación

Como todo estudiante de carrera que se matricula del último curso, se me planteó la incertidumbre de qué tema escoger para llevar a cabo el Trabajo de Fin de Grado (TFG). Sabía claramente desde el principio mi predilección por la rama jurídica, pues había cursado durante dos años el grado de derecho y siempre había sacado buenas notas en las asignaturas de derecho del presente grado de Administración y Dirección de Empresas (ADE); así que me propuse rápidamente buscar un profesor del departamento de derecho mercantil con el que poder acordar un tema antes de que saliera a la luz la oferta pública de temas y tutores.

Una vez acordado profesor, era hora de buscar un tema de derecho. Necesitaba encontrar un tema que me resultara ameno a la hora de investigar, así que busqué en todos los apuntes de las asignaturas de introducción al derecho, derecho mercantil I, derecho mercantil II, y derecho concursal; y tras hacer un listado de los tres o cuatro temas que me resultaban más interesantes, opté por tratar sobre la competencia desleal en España. Como el tema era demasiado extenso, decidí centrarme en los actos de engaño, más concretamente entre empresarios.

3.2 Objetivos

Con el presente trabajo, lo que intento es sumergirme más profundamente en la competencia desleal en España, porque muchas personas, por no decir casi todas, hemos escuchado en numerosas ocasiones el término “competencia desleal”, pero realmente después de llevar a cabo el presente trabajo, me he dado cuenta de que la gran mayoría desconocemos lo que conlleva, y lo amplio y complejo que puede llegar a ser. En consecuencia, los objetivos que busco son, entre otros, conocer los antecedentes de la regulación contra la competencia desleal en España, cuál es la legislación que regula la materia en nuestro país, comprender las similitudes y diferencias existentes en el tratamiento que hace la ley para proteger a empresarios y consumidores frente

a los actos desleales, entender qué son los actos de engaño, qué tipos de conductas prohibidas hay, qué requisitos deben cumplir las conductas para ser consideradas como actos de engaño, o cómo es el desarrollo del proceso que se requiere para la calificación de un supuesto de hecho como acto de engaño.

3.3 Metodología

La metodología empleada para la realización del presente Trabajo de Fin de Grado (TFG) ha sido básicamente una revisión bibliográfica de lo que decían diversos autores sobre la materia recopilando así información de manera directa de diferentes manuales específicos sobre competencia desleal; leyendo e interpretando numerosas sentencias que me llevaran a entender sobre todo lo que estaba escribiendo; y acudiendo a artículos y publicaciones de diferentes sitios web, siempre asegurándome de que fueran fuentes fiables. Además ha sido necesaria, como tema jurídico que es, la lectura y el análisis de una amplia normativa legal sobre competencia desleal, alguna incluso ya no vigente en la actualidad, siempre en relación con el contexto de la competencia desleal.

3.4 Estructura

El trabajo queda dividido en dos mitades distribuidas a lo largo de tres grandes bloques. La primera parte, se basa en hablar de la competencia desleal de manera genérica, y está formada por dos epígrafes. En esta primera mitad se tratará, entre otras cuestiones, del origen de la regulación contra la competencia desleal, de los antecedentes en el derecho español de la regulación contra la competencia desleal, de la ley 3/1991 de 10 de enero, o de la reforma de la Ley Competencia Desleal en 2009. La segunda parte, en cambio, se enfocará en uno de los actos tipificados como desleales, los actos de engaño, y más específicamente, cuando los conflictos surjan entre empresarios, aunque se trate también de manera indirecta a los consumidores, basándose en lo dispuesto en el artículo 5 tras la reforma establecida con la Ley 29/2009 de 30 de diciembre.

4 LA COMPETENCIA DESLEAL

4.1 El origen de la regulación contra la competencia desleal

Para explicar qué es la ley de competencia desleal, tenemos que retroceder al siglo XIX, en pleno liberalismo económico, período en el cual por primera vez en la historia se lucha por una libertad que hasta el momento no había, la libertad de competir. Y esto se consigue gracias a la Revolución Francesa, en la cual se luchó por la libertad de industria y de comercio y cuyo objetivo en dicha conquista fue conseguir que ningún participante del mercado pudiera perjudicar a otro a través de sus actuaciones.

Y así es como se inicia la defensa contra la competencia desleal en países como Francia, vía jurisprudencial, interpretando el artículo 1382 del Código Civil francés¹ y en Alemania, vía legislativa, dando origen a la Ley de 7 de junio de 1909. Tanto por una vía como por la otra, en ambos casos, era requisito necesario que la persona que ejercitara la acción por competencia desleal, fuera competidor del autor de los actos desleales y que dichos actos le perjudicaran.

Pero a partir de la segunda guerra mundial, se va a producir un hecho que va a modificar toda la forma de llevar a cabo la regulación tradicional contra la competencia desleal en Europa. Y es la llegada y adopción del Derecho antitrust estadounidense.

Según nos cuenta Bercovitz el derecho antitrust² norteamericano lo que viene a sugerir es que, a diferencia de la regulación tradicional de la época del liberalismo económico donde el empresario tenía derecho a competir, tiene la obligación de hacerlo para asegurar que el sistema de economía de mercado³ funcione correctamente ya que se considera que es el mejor sistema

¹ Artículo 1382 del Código Civil francés: “Cualquier hecho de la persona que cause a otra un daño, obligará a aquella por cuya culpa se causó, a repararlo.”

² Vid. Bercovitz Rodríguez-Cano, A. (2011): *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Editorial Aranzadi, Navarra, pp. 41-42.

³ La economía de mercado es un sistema económico en donde las decisiones fundamentales de qué, cómo y para quien producir se resuelven a través del mercado.

competitivo para la asignación y distribución de los recursos económicos. Y la persona que vulnere dicha obligación, llevando a cabo comportamientos contrarios a la libre competencia realizando pactos, perjudicando a otros, o restringiendo la competencia, será sujeta a la imposición de sanciones. De este nuevo planteamiento la conclusión que se saca es que lo que se pretende defender ya no es al empresario, sino al propio sistema competitivo; y que para que este funcione, hay que conseguir que los empresarios no se aprovechen de la clientela ni de sus competidores utilizando instrumentos que deterioren el sistema y la competencia, por ejemplo atrayendo a la clientela mediante acciones que no sean fruto de su propio esfuerzo.

Por último, junto al interés público de la protección del sistema competitivo y de la defensa de los empresarios, está el último interés, que es la protección de los consumidores⁴, cuyo movimiento surge en los años sesenta del siglo XX. Su idea se fundamenta en que las empresas muchas veces se aprovechan de los consumidores realizando todo tipo de actos fraudulentos y saliendo impunes de ellos. Por lo que es necesario que haya una regulación y unas normas legales que protejan al consumidor frente a esta indefensión. Por otra parte también se ha demostrado que este planteamiento está bastante ligado con la protección del sistema competitivo, ya que es una premisa básica de la economía de mercado que el consumidor sea el árbitro que a través de sus decisiones beneficie y dé el éxito a unos empresarios u otros, adquiriendo sus productos y servicios. Frente a la tradicional posición de desventaja e inferioridad en la que están los consumidores, se busca una regulación que les proteja y consiga que éstos puedan realizar el papel que verdaderamente les corresponde dentro de un sistema de economía de mercado.

⁴ Vid. Bercovitz Rodríguez-Cano, A. (2011): *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Editorial Aranzadi, Navarra, pp. 42-45.

4.2 Competencia desleal y protección de los consumidores

Los nuevos planteamientos han repercutido sobre la antigua doctrina de la competencia desleal al demostrar que ésta protege no solo a los empresarios sino también a los intereses de los consumidores, a través de dos puntos de vista:

- Por un lado distinguiendo que hay actos desleales que perjudican directamente a los consumidores de manera específica como por ejemplo la publicidad engañosa o cuando se crea confusión entre productos de diferentes empresarios competidores
- Y por otro lado reconociendo que todo acto de competencia desleal perjudica ya de por sí al consumidor por el simple hecho de deformar el eficiente funcionamiento del sistema competitivo.

Uno de los efectos más importantes de este planteamiento fue el reconocimiento de la legitimación activa de los consumidores para poder ejercitar las acciones por competencia desleal, a diferencia de la antigua doctrina, en la cual estas acciones sólo podían ser ejercitadas por los empresarios para protegerse de los actos desleales que otros competidores directos pudieran perjudicarles.

En España, la conexión de las normas sobre competencia desleal con la defensa de los consumidores se ve reforzada por la LCD/2009⁵ que incluye la Directiva sobre prácticas comerciales desleales. Esta directiva insta una regulación de la competencia desleal para defender y proteger únicamente a los consumidores, de forma que para la protección de los empresarios contra la competencia desleal habrá que aplicar normas distintas. El problema es, como bien nos comenta Bercovitz, que en el actual enfoque del Derecho español se reconoce que las normas sobre competencia desleal tienen por objetivo también proteger a los consumidores, y éstos están legitimados para ejercitar las acciones correspondientes, por lo que surge una pregunta: hasta qué punto son compatibles las normas sobre competencia desleal con aquellas

⁵ Hace referencia a la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios.

promulgadas específicamente para la protección de los consumidores. Pues bien, hay tres diferencias fundamentales⁶:

- La primera, referente al ámbito subjetivo de aplicación, las normas sobre competencia desleal pueden ser alegadas por los empresarios, mientras que las normas administrativas de protección de los consumidores sólo protegen a éstos.
- La segunda diferencia es que la vulneración de normas administrativas de protección de los consumidores produce generalmente la imposición de sanciones administrativas, en tanto que en aplicación de las normas sobre competencia desleal se puede obtener también pero lo habitual es que no haya ninguna imposición de penas administrativas.
- Y por último, la tercera diferencia es que mientras la acción administrativa para la defensa de los consumidores puede hacerse de oficio o mediante denuncia, la acción por competencia desleal suele exigir la iniciación de un procedimiento judicial.

Como bien señala Bercovitz a modo de conclusión, parece ser que es posible la coexistencia de una regulación contra la competencia desleal y de disposiciones administrativas para la protección de los consumidores que coincidan en algunos supuestos prohibidos tal como ocurre con las normas de la LCD y el TRLGDCU.

Un ejemplo lo encontramos en el caso de la publicidad engañosa, la cual está prohibida por la LCD/2009 en su artículo 5, y por otro lado da lugar a sanciones administrativas en virtud del artículo 19 del TRLGDCU⁷.

⁶ Vid. Bercovitz Rodríguez-Cano, A. (2011): *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Editorial Aranzadi, Navarra, pp. 45.

⁷ Hace referencia al "Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios".

4.3 Antecedentes en el derecho español de la regulación contra la competencia desleal

La Ley de 10 enero 1991 marcó un antes y un después en la regulación de la competencia desleal en España. Hasta la fecha, el número de disposiciones legales adecuadas para regular dicha materia era escaso, y las pocas normas útiles existentes se encontraban en el Estatuto de la publicidad y tuvieron una eficacia muy limitada. Por tanto ante la falta de jurisprudencia, podemos afirmar que la Ley de Competencia Desleal de 1991 instauró por primera vez en nuestro país una regulación exitosa y de gran trascendencia en la práctica para frenar e impedir los actos de competencia desleal.

Pero para entender todo esto, vamos a explicar cómo fueron los inicios en la regulación de la competencia desleal y que disposiciones legales han ido surgiendo en esta materia a lo largo de los años.

La doctrina⁸ consideró que la prohibición de la competencia desleal estaba regulada en los artículos 131 y 132 de la Ley de Propiedad Industrial de 16 mayo 1902. El artículo 131⁹ establecía la cláusula general, y el artículo 132 enumeraba una serie de actos que se consideraban ilícitos. Como nos comenta Bercovitz¹⁰, esta normativa fue difícilmente aplicable ya que por una parte, la cláusula general dictaminaba que sólo podían alegar competencia desleal aquellos perjudicados que tuvieran inscritos sus derechos de propiedad industrial. Y por otro lado, porque estas normas tenían carácter penal. Por lo tanto para poder sancionar penalmente era imprescindible la culpabilidad de la persona que hubiera cometido los actos ilícitos. Y como bien sabemos, los actos desleales tienen carácter objetivo, sin que sea necesario la culpabilidad o negligencia del sujeto.

⁸ Vid. Baylos Corroza, H. (1978): *Tratado de Derecho Industrial, propiedad industrial, propiedad intelectual, derecho de la competencia económica, disciplina de la competencia desleal*, 1ª edición, Editorial Civitas, Madrid, pp. 307 y ss.; Garrigues Díaz, J., ob. Cit., pp. 241 y ss.

⁹ Artículo 131 Ley de Propiedad Industrial 1902. “Se entiende por competencia ilícita toda tentativa de aprovecharse indebidamente de las ventajas de una reputación industrial o comercial adquirida por el esfuerzo de otro que tenga su propiedad al amparo de la presente Ley.”

¹⁰ Vid. Bercovitz Rodríguez-Cano, A. (2011): *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Editorial Aranzadi, Navarra, pp. 48.

La normativa de la Ley de 1902 es lo que se conoce como “modelo paleoliberal¹¹” de la competencia desleal. A pesar de todo, los artículos de dicha ley no tuvieron apenas repercusión.

El siguiente planteamiento en manos de la doctrina fue considerar que se podían prohibir los actos de competencia desleal bajo el amparo del artículo 1902 del Código civil, que regula la responsabilidad extracontractual. Pero este pensamiento también fue criticado por el mismo motivo que ocurrió con la normativa de la Ley de 1902 anteriormente mencionada, ya que para aplicar el artículo 1902¹² del Código Civil también se exigía una conducta culposa o negligente como causa de la realización de un daño. La consecuencia era que estas condiciones no servían para frenar e impedir la competencia desleal y que en la práctica no se aplicaba ese artículo.

El siguiente debate fue considerar si para la prohibición de los actos desleales, podría aplicarse directamente en España el artículo 10 bis del Convenio de la Unión de París para la Protección de la Propiedad Industrial de 20 marzo 1883. Este artículo constaba por una parte, en su apartado 2¹³, de una cláusula general que prohibía los actos de competencia desleal, y por otra parte, en el apartado 3, de la enumeración de tres tipos de actos desleales: actos de confusión, de denigración y los que inducen a error al público.

Este artículo con la cláusula general es lo que autores como Menéndez denominan “modelo profesional” de la competencia desleal.

Sin embargo, había un obstáculo para la aplicación de esa cláusula general en nuestro ordenamiento jurídico, y era que interpretando lo que dictaba el apartado 1¹⁴ del artículo 10 bis CUP, sin la existencia de una norma legal

¹¹ Vid. Menéndez Menéndez, A. (1988): *La competencia desleal*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Editorial Civitas, Madrid, pp. 31 y ss.

¹² Artículo 1902 Código Civil. “El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.”

¹³ Artículo 10bis 2) CUP. “Constituye acto de competencia desleal todo acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial.”

¹⁴ Artículo 10bis 1) CUP. “Los países de la Unión están obligados a asegurar a los nacionales de los países de la Unión una protección eficaz contra la competencia desleal.”

interna que integrara la mencionada cláusula general, no se podía aplicar en el ordenamiento interno lo dispuesto en el CUP¹⁵. Una vez más, se fracasó con dicha normativa para impedir los actos de competencia desleal.

Por último antes de entrar de lleno con la famosa Ley de 10 enero 1991 que supuso un cambio radical en la regulación de la competencia desleal, hay que destacar que en 1964 se promulga la Ley de 11 junio por el que se aprueba el Estatuto de la Publicidad. En ella se exigen varios principios que deben ser respetados por la actividad publicitaria. Uno de esos principios, es el de libre competencia. La cláusula general, basada en el anteriormente mencionado “modelo profesional”, está contenida en el artículo 10, párrafo 2, y dice lo siguiente: “Se considera desleal la actividad publicitaria dirigida a provocar confusión entre bienes o servicios, la que tienda a producir el descrédito de los competidores o de los productos de los mismos y, genéricamente, la que sea contraria a las normas de corrección y buenos usos comerciales.”

Una vez más, esta norma tampoco llegó a tener mucho éxito en la práctica en nuestro ordenamiento jurídico, por lo que no llegó a ser un medio eficaz para la prohibición de la competencia desleal y su uso se limitó a escasas resoluciones del Jurado de la Publicidad.

Pero hay que destacar, que gracias al Estatuto de la Publicidad de 1964, en el cual se prohibía toda publicidad que fuera desleal, se han mantenido vigente leyes especiales sobre la publicidad y en las que se prohibía la competencia desleal.¹⁶

Posteriormente surgió la Ley General de la Publicidad de 11 noviembre 1988, que vino a sustituir al Estatuto de 1964. Comienza aquí un período problemático y de indecisiones sobre una posible acumulación de acciones que se podían ejercitar, ya que la competencia desleal venía prohibida por un lado por la Ley General de Publicidad de 1988 y por otro lado por la Ley de Competencia Desleal de 1991.

¹⁵ Hace referencia al Convenio de la Unión de París para la Protección de la Propiedad Industrial.

¹⁶ Vid. Bercovitz Rodríguez-Cano, A. (2011): *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Editorial Aranzadi, Navarra, pp. 51.

La causa del problema era que la Ley General de Publicidad exigía requisitos para el ejercicio de las acciones que no aparecían en la Ley de Competencia Desleal de 1991.¹⁷

El Tribunal Supremo resolvió el problema con una sentencia en la cual se determinó que era posible la acumulación o el ejercicio alternativo de las acciones basadas en las dos leyes.¹⁸

Para terminar este apartado, no podemos olvidarnos de la Ley de 30 diciembre 2009, que es la que se encuentra actualmente en vigor. Esta nueva ley evita la duplicación de las normas prohibitivas de la competencia desleal, coordinando lo dispuesto en la Ley General de Publicidad y en la Ley de Competencia Desleal de 1991 modificada por la Ley de 30 diciembre 2009.

5 LA COMPETENCIA DESLEAL

5.1 Ley 3/1991, de 10 de Enero, de competencia desleal

Como ya hemos mencionado en el capítulo anterior, la Ley 3/1991, de 10 de Enero, supuso un giro radical en nuestro ordenamiento jurídico en cuanto a la regulación de la competencia desleal. Esta ley tenía como objetivo suplir la enorme carencia de disposiciones legales eficaces que habían existido hasta entonces para impedir los actos de competencia desleal en nuestro país.

Esta ley se dividía en un preámbulo, cuatro capítulos en los cuales se recogen veintiséis artículos, y por último, tenía dos disposiciones, una transitoria y una derogatoria.

En el primer capítulo, titulado “disposiciones generales”, se recogían los artículos 1, 2, 3 y 4, que hacen referencia a la finalidad de la ley, al ámbito objetivo, al ámbito subjetivo y al ámbito territorial¹⁹ respectivamente.

¹⁷ Vid. Quintana, I. *La competencia Desleal*, en el I Congreso Nacional de Derecho Mercantil página 65.

¹⁸ Vid. STS 4 julio 2005 [RJ 2005, 5093, Caso Dinamic Multimedia].

¹⁹ Artículo 4 LCD 1991. “La presente Ley será de aplicación a los actos de competencia desleal que produzcan o puedan producir efectos sustanciales en el mercado español.”

Este capítulo consistía en una regulación genérica de los actos tipificados como desleales en el siguiente capítulo.

El segundo capítulo recogía los artículos 5 a 17, ambos inclusive. Comenzaba con una cláusula general²⁰ para posteriormente enumerar los actos tipificados como desleales.

Los actos desleales recogidos en los artículos 6 a 17 de la Ley 3/1991, de 10 de Enero, de competencia desleal eran: actos de confusión; actos de engaño; obsequios, primas y supuestos análogos; 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 venta a pérdida.

El tercer capítulo estaba formado por cuatro artículos. En el artículo 18 se recogían las seis acciones derivadas de la competencia desleal; los artículos 19 y 20 trataban sobre quiénes y contra quiénes se está legitimado a ejercitar esas acciones (legitimación activa y pasiva, respectivamente); y por último, el artículo 21, recogía la prescripción²¹.

El cuarto y último capítulo contenía las disposiciones procesales. Estaba formado por los artículos 22, 23, 24, 25 y 26, que hacían referencia a la tramitación del proceso, la competencia judicial, las diligencias preliminares, las medidas cautelares, y la especialidad en materia probatoria, respectivamente.

Como expusimos anteriormente, esta Ley se cerraba con una disposición transitoria²² y una disposición derogatoria²³.

²⁰ Artículo 5 LCD 1991 (antes de la reforma). “Se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe.”

²¹ “Las acciones de competencia desleal prescriben por el transcurso de un año desde el momento en que pudieron ejercitarse y el legitimado tuvo conocimiento de la persona que realizó el acto de competencia desleal; y, en cualquier caso, por el transcurso de tres años desde el momento de la realización del acto.”

²² “Las acciones judiciales que se hubieren iniciado antes de la entrada en vigor de la presente Ley, se tramitarán de acuerdo con las normas sustantivas y procesales antes vigentes.”

²³ “A la entrada en vigor de esta Ley, quedarán derogados los artículos 87, 88 y 89 de la Ley 32/1988 de 10 de noviembre de Marcas. Asimismo, quedarán derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo dispuesto en la presente Ley.”

5.2 La reforma de la LCD

Lo primero a tener en cuenta, es que la Ley de Competencia Desleal se crea con el fin de proteger y evitar que se viole el derecho a la libre competencia, derecho recogido en el artículo 38²⁴ de la Constitución Española. Dicho esto, el 1 de enero de 2010 entró en vigor la nueva Ley 29/2009, de 30 de Diciembre (publicada en el BOE un día después, el 31 de Diciembre de 2009), por la que se modifica el régimen de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios.

Esta nueva legislación suponía la integración en el derecho español de las Directivas CE 2005/29 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 y la CE 2006/114/CE de 12 de diciembre de 2006, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa. Como hemos dicho, el objetivo de esta nueva legislación es que la tutela y protección de los consumidores y usuarios en materia de competencia desleal sea más efectiva.

Esta reforma de normativa nacional por actividad del legislador comunitario va a afectar a varias normas: se ven modificadas la Ley de Competencia Desleal (LCD) de 10 enero 1991, la Ley General de Publicidad (LGP) de 11 noviembre 1988, el Texto refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, y la Ley de Ordenación del Comercio Minorista de 15 enero 1996.

Vamos a hacer un breve resumen de las modificaciones más destacadas en estas 3 últimas normas, antes de profundizar en las reformas de la Ley de Competencia Desleal:

- Texto refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias: Se modifican los artículos 8, 18, 19, 20, 47.3, 49.1, 60, 63 y 123. La reforma más importante es

²⁴ Artículo 38 Constitución Española de 1978. "Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación."

que se añade el deber de informar por parte de los empresarios a los consumidores, para que éstos puedan tomar decisiones en aquellas prácticas comerciales que contengan información sobre las propiedades y características de un bien o servicio.

- Ley de Ordenación del Comercio Minorista: Se modifican los artículos 18, 22, 23 y 32 de la Ley 7/1996, de 15 de enero. La regulación sobre las ventas promocionales se ajusta conforme a las normas de la Directiva 2005/29/CE.

- Ley General de Publicidad: Se modifica el artículo 1 y el título II de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre. Además cabe destacar que se suprime el título IV de la norma, con el fin de implantar soluciones contra todas las prácticas comerciales que perjudiquen a los consumidores, sin tener que renunciar a la regulación específica de la publicidad.

Una vez comentado como afecta la nueva legislación a estas tres leyes, vamos ahora a explicar de forma más amplia, las reformas en materia de competencia desleal tras la nueva Ley 29/2009 de 30 de diciembre:

- Se elimina el artículo 4 referente al ámbito territorial de la norma.
- Se modifica la cláusula general sobre conductas contrarias a la buena fe. A partir de ahora será desleal cualquier conducta del empresario en sus relaciones con los consumidores que sea contrario a las prácticas honestas del mercado y que sea susceptible de distorsionar significativamente el comportamiento del consumidor medio²⁵.
- En cuanto a los artículos referentes a los actos de engaño, omisiones engañosas, prácticas agresivas y actos de comparación (artículos 5, 7, 8 y 10 respectivamente), son

²⁵ «Se entenderá por consumidor medio el consumidor que esté razonablemente bien informado y sea razonablemente observador y prudente» (Vid. González Vaqué, L. (2004): *La noción del consumidor medio según la jurisprudencia del tribunal de justicia de las comunidades europeas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, pp. 49).

reguladas ahora de forma más amplia y detallada sus conductas. El antiguo art. 7 de actos de engaño, pasa ahora dividirse en actos de engaño (art. 5) y omisiones engañosas (art. 7).

- Se añade un capítulo nuevo dedicado íntegramente a las prácticas desleales con los consumidores.
- Con la nueva ley se elimina el antiguo problema de la coexistencia de duplicidad de acciones en materia de publicidad en la Ley de competencia Desleal de 1991 y en la Ley General de Publicidad de 1988, ya que se unifican las acciones judiciales que pueden ser ejercitadas por publicidad ilícita. Toda publicidad ilícita será desleal, y se ejercerán las acciones contempladas en la Ley de Competencia Desleal de 2009 por cualquier persona física o jurídica que resulte afectada.
- Se añade un nuevo capítulo dedicado a fomentar la elaboración, desarrollo y regulación de los códigos de conducta. Ahora las asociaciones, corporaciones, profesiones y consumidores pueden regular sus propios códigos de conducta siempre que se respete la normativa.
- Se añade una disposición adicional.

Con estas reformas, la nueva Ley de Competencia Desleal de 2009 está finalmente formada por un preámbulo, cinco capítulos que contienen treinta y nueve artículos; y tres disposiciones finales. Queda redactada y dividida de la siguiente manera:

- Un preámbulo.
- Capítulo I, titulado “disposiciones generales” y formado por los artículos 1, 2 y 3, que hacen referencia a la finalidad de la ley, al ámbito objetivo, y al ámbito subjetivo.
- Capítulo II, formado por el artículo 4 en el cual se redacta la cláusula general; y por los artículos 5 a 18, ambos inclusive, en el cual se regulan y desarrollan los actos de competencia desleal. Estos actos son: actos de engaño, actos de confusión, omisiones engañosas, 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.

- Capítulo III, formado por los artículos 19 a 31, ambos inclusive, y que contiene los actos desleales de los empresarios en relación con los consumidores y usuarios. Estos actos son: prácticas comerciales desleales con los consumidores, prácticas engañosas por confusión para los consumidores, prácticas engañosas sobre códigos de conducta u otros distintivos de calidad, prácticas señuelo y prácticas promocionales engañosas, prácticas engañosas sobre la naturaleza y propiedades de los bienes o servicios, su disponibilidad y los servicios postventa, prácticas de venta piramidal, prácticas engañosas por confusión; prácticas comerciales encubiertas, otras prácticas engañosas, prácticas agresivas por coacción, prácticas agresivas por acoso, prácticas agresivas en relación con los menores; y otras prácticas agresivas.
- Capítulo IV, titulado “acciones derivadas de la competencia desleal”. Recoge los artículos 32 a 36, ambos inclusive. En el artículo 32 se desarrollan las seis acciones judiciales que se pueden ejercitar por competencia desleal y son: acción declarativa de deslealtad, acción de cesación de la conducta desleal, acción de remoción de los efectos producidos por la conducta desleal, acción de rectificación de la, acción de resarcimiento de los daños y perjuicios, y acción de enriquecimiento injusto. Los artículos 33 a 36 contienen la legitimación activa, legitimación pasiva, la prescripción y las diligencias preliminares, respectivamente.
- Capítulo V, formado por los artículos 37 a 39, en el que se regulan los códigos de conducta y sus acciones correspondientes.
- Tres disposiciones finales: disposición adicional²⁶, transitoria, y derogatoria.

²⁶ Disposición adicional única. Definición de publicidad. “A los efectos de esta ley se entiende por publicidad la actividad así definida en el artículo 2 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de la Publicidad.”

5.3 Ámbito objetivo

Se regula en el artículo 2²⁷ de la ley de competencia desleal de 2009. Consta de tres apartados, de los cuales los dos primeros no sufren ninguna modificación y su redacción queda intacta respecto a la del texto original. La reforma consiste en la adición del tercer apartado, cogido del artículo 3, apartado 1 de la Directiva sobre prácticas comerciales desleales.

En el apartado 2.1 se definen los dos requisitos que deben reunir las conductas previstas en esta ley para que sean consideradas actos de competencia desleal y son:

- Realización de la conducta en el mercado:

La conducta de mercado debe tener una trascendencia externa²⁸. Puede ser tanto la actuación positiva por parte de un sujeto que intervenga en el mercado, como una omisión o ausencia de actuación con el fin de influir de cierta manera en el mercado. Incluye tanto actuaciones realizadas personalmente por un sujeto como la inducción a otros a que las realicen. De todas formas, deben ser comportamientos que puedan producir efectos en la competencia, siendo idóneas para influir en las decisiones económicas que se adoptan en el mercado.²⁹

²⁷ Artículo 2 LCD. “1. Los comportamientos previstos en esta Ley tendrán la consideración de actos de competencia desleal siempre que se realicen en el mercado y con fines concurrenciales.

2. Se presume la finalidad concurrencial del acto cuando, por las circunstancias en que se realice, se revele objetivamente idóneo para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero.

3. La ley será de aplicación a cualesquiera actos de competencia desleal, realizados antes, durante o después de una operación comercial o contrato, independientemente de que éste llegue a celebrarse o no.”

²⁸ Vid. STS 20 marzo 1996.

²⁹ Vid. Bercovitz Rodríguez-Cano, A. (2011): *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Editorial Aranzadi, Navarra, pp. 80.

- Realización de la conducta con fines concurrenciales (art 2.2):
Consiste en que la conducta tiene por objeto la captación de clientela. Son actos que buscan incitar la compra o realización de negocios sobre productos o servicios del sujeto que realiza el acto o de un tercero.
Por otro lado, se tiene que valorar la finalidad concurrencial de forma objetiva. No importa la intención o la voluntad al realizar actos en el mercado, lo único importante es que el comportamiento sea apto para promover o asegurar la difusión en el mercado de los productos o servicios del sujeto que actúa o de un tercero. Esto implica que también debe considerarse con finalidad concurrencial actuaciones que terminen siendo un fracaso, por no haber conseguido la atracción que se pretendía de nuevos clientes³⁰.

Como explica Bercovitz, el apartado 3 introducido por la Ley de 2009, es una trasposición literal de lo dispuesto en el artículo 3, apartado 1 de la Directiva. La LCD prescinde de la referencia en esta Directiva a las relaciones con consumidores y generaliza para que la norma legal sea aplicable tanto en las relaciones de las empresas con los consumidores como entre empresas competidoras.

El propósito de la finalidad concurrencial es que los terceros contraten la adquisición de los productos o servicios ofrecidos. Por ello será normal que el acto desleal se realice en relación con una operación comercial o realización de un contrato. Lo que este tercer apartado dice, es que ese acto sigue siendo de competencia desleal prohibido por la LCD, tanto si se realiza antes, durante o después de la operación.

³⁰ Vid. Bercovitz Rodríguez-Cano, A. (2011): *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Editorial Aranzadi, Navarra, pp. 81-83; y Tato Plaza, A; Fernández Carballo-Calero, P; y Herrera Petrus, Ch. (2010): *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, Editorial La Ley, Madrid, pp. 36-37.

5.4 **Ámbito subjetivo**

Se regula en el artículo 3, el cual ayuda a completar y desarrollar lo dispuesto en los artículos 1 y 2. Lo primero que viene a aclarar este artículo es que los sujetos que pueden cometer la competencia desleal son “los empresarios, profesionales y cualesquiera otras personas físicas o jurídicas que participen en el mercado³¹”. Con empresarios y profesionales se hace referencia a todas aquellas personas que se dedican habitualmente en el ejercicio de su actividad comercial o profesional a ofrecer bienes y servicios en el mercado.

Por lo tanto, no sólo los empresarios y profesionales, sino que cualquier sujeto está sometido a las normas de la LCD si lleva a cabo actos en el mercado que pueden calificarse como competencia desleal. Es importante señalar que también están sujetos a la aplicación de esta ley los actos esporádicos, ya que lo relevante no es la naturaleza del sujeto activo, sino el contenido y la finalidad del acto. Al igual que sólo podrán aplicarse las disposiciones legales sobre prácticas comerciales con los consumidores o usuarios cuando los actos desleales se cometan en una relación entre empresarios o profesionales y los consumidores.

El segundo punto a tener en cuenta es que los empresarios o profesionales quedan sujetos a la LCD tanto si actúan ellos personalmente como si lo hacen terceras personas que actúan en su nombre o por su cuenta. Así lo establece la LCD recogiendo el artículo 2 de la Directiva, el artículo 289³² del Código de Comercio y el artículo 1903³³ del Código Civil. Por lo tanto si algún auxiliar del empresario comete un acto ilegal y desleal, el empresario o principal deberá

³¹ Artículo 3.1 LCD. “La ley será de aplicación a los empresarios, profesionales y a cualesquiera otras personas físicas o jurídicas que participen en el mercado.”

³² Artículo 289 Código de Comercio. “Las multas en que pueda incurrir el factor por contravenciones a las Leyes fiscales o Reglamentos de administración pública en las gestiones de su factoría, se harán efectivas desde luego en los bienes que administre, sin perjuicio del derecho del principal contra el factor por su culpabilidad en los hechos que dieron lugar a la multa.”

³³ Artículo 1903 Código Civil. “La obligación que impone el artículo anterior es exigible, no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder. Lo son igualmente los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones.”

responder de dicha actuación. Así lo recalca el artículo 34.2³⁴ de la LCD al tratar la legitimación pasiva.

El tercer punto es, como hemos comentado antes, que no sólo quedan sujetos a las normas de la LCD los empresarios y profesionales, sino que toda persona que participe en el mercado ofreciendo bienes y servicios quedará sujeta.

Por lo tanto, lo verdaderamente importante para que se puedan aplicar las normas de la Ley de Competencia desleal es la participación en el mercado, independientemente de que el sujeto tenga la condición de empresario o no³⁵. Bercovitz nos lo explica con el ejemplo de una persona que hereda unas alfombras, y las pone a la venta. Dicha persona, sin necesidad de ser empresaria, queda sujeta a las normas sobre competencia desleal. Cualquier ilegalidad que cometa este sujeto, como por ejemplo el engañar sobre la calidad o procedencia de las alfombras, podrá ser castigada por la LCD.

El cuarto y último punto a tener en cuenta del ámbito subjetivo, es que la ley de competencia desleal no exige como requisito la existencia de una relación de competencia entre demandante y demandado (art 3.2³⁶). Ahora se protege no sólo a los empresarios competidores como ocurría en el pasado, sino también a los consumidores y a todos los participantes del mercado.

La consecuencia es que la legitimación activa para el ejercicio de las acciones ya no se atribuye solamente a los empresarios competidores directos, sino también a los consumidores, asociaciones de consumidores, el Ministerio Fiscal, el Instituto Nacional del Consumo³⁷ y otros organismos públicos.

³⁴ Artículo 34.2 LCD "Si la conducta desleal se hubiera realizado por trabajadores u otros colaboradores en el ejercicio de sus funciones y deberes contractuales, las acciones previstas en el artículo 32.1, 1.ª a 4.ª, deberán dirigirse contra el principal. Respecto a las acciones de resarcimiento de daños y de enriquecimiento injusto se estará a lo dispuesto por el Derecho Civil."

³⁵ Vid. STS de 18 octubre 2000 [RJ 2000, 8809], caso Tecnon, SL.

³⁶ Artículo 3.2 LCD: "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".

³⁷ El Instituto Nacional del Consumo fue suprimido por el Real Decreto 19/2014, de 17 de enero.

6 ACTOS DE ENGAÑO

6.1 ¿Qué son los actos de engaño?

Los actos de engaño con carácter general se recogen en los artículos 5 y 7 de la LCD, los cuales se aplican en aquellos conflictos en los que ambas partes sean empresarios; y por otra parte, los artículos 20 a 27 (ambos inclusive), que se aplican cuando la parte afectada es consumidor. En relación con las prácticas engañosas en general, la Ley 29/2009 realiza una clara distinción entre actos de engaño del artículo 5 LCD y omisiones engañosas del artículo 7 LCD.³⁸

Nosotros vamos a hacer referencia a los primeros, los actos de engaño, que aparecen regulados en el artículo 5 de la LCD y que son aquellas conductas que contienen “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”. Por lo tanto, el artículo 5 LCD prevé dos requisitos para calificar la conducta como acto de engaño: primero, que el mensaje sea susceptible de inducir a error a los destinatarios y segundo, que ese error sea capaz de alterar su comportamiento económico. Así que, habrá que analizar el mensaje publicitario para determinar el efecto que provoca a destinatarios, y por otra parte examinar si el mensaje que engaña o puede engañar, a su vez, puede alterar el comportamiento económico del destinatario. Es obvio que una información que falsea la realidad puede afectar a la decisión de compra del destinatario. Luego el segundo requisito es consecuencia de la existencia del engaño.

Según la Ley de Competencia Desleal, toda conducta, para ser considerada como acto de engaño, debe incidir sobre alguno de los aspectos recogidos en el artículo 5.1³⁹. Los autores Patiño Alves y Díez Bajo consideran que de todos

³⁸ Vid. Patiño Alves, B.; y Díez Bajo, A.; en Lema Devesa, C. (2012): *Prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los competidores y consumidores*. Régimen legal tras la reforma introducida por la Ley 29/2009, Editorial Bosch, Barcelona, pp. 105-107.

³⁹ Artículo 5.1 LCD. “Se considera desleal por engañosa cualquier conducta que contenga información falsa o información que, aun siendo veraz, por su contenido o presentación induzca

los aspectos señalados, los que con más frecuencia se repiten son los que se refieren a la naturaleza del bien o servicio.

6.2 Justificación de la prohibición y delimitación del supuesto de hecho

La tipificación de los actos de engaño como ilícito desleal constituye una de las primeras manifestaciones del Derecho Positivo de prohibición de los ilícitos concurrenciales. La justificación de prohibir los actos de engaño se encuentra en los gravísimos errores que pueden producir ese tipo de conductas en el mercado, ya que perjudican a todos los partícipes del mercado, tanto a competidores como consumidores, ya que se provoca en la clientela una decisión basada no en las prestaciones que se ofrecen realmente, sino en una

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.”

presentación que induce a error⁴⁰. Además no sólo puede afectar negativamente a los intereses particulares, sino que también perjudica el correcto funcionamiento del mercado, pues en él se reflejan todas las decisiones derivadas de los actos de engaño.

Con la prohibición de los actos de engaño se afirma que el principio de veracidad ha de guiar las relaciones del mercado, siendo la transparencia un requisito básico y necesario.

Como señala Fernández Novoa, la competencia basada en las propias prestaciones presupone la transparencia del mercado, en donde los empresarios deben presentar de manera clara y veraz sus ofertas. En consecuencia, el ordenamiento jurídico tiene que prohibir las prácticas competitivas que no generan transparencia en el mercado y que provocan el engaño de los consumidores. Por otro lado, los mensajes publicitarios emitidos por los empresarios deben ser veraces a fin de que a través de los mismos los consumidores puedan obtener la información indispensable para elegir la oferta más conveniente. El consumidor sólo podrá desempeñar el papel de árbitro del proceso competitivo cuando la información recibida a través de la publicidad no contenga alegaciones falsas o engañosas.⁴¹

Dicho todo esto, en conclusión, lo que se busca con la prohibición de los actos de engaño es proteger el correcto funcionamiento del mercado, respetando la ley de la oferta y la demanda, para evitar que los consumidores a la hora de adquirir o no los bienes y servicios ofertados, estén equivocados sobre las características de los mismos e influyan en la decisión de compra.⁴²

Por otro lado, la prohibición de los actos de engaño requiere su correcta delimitación⁴³ respecto de otros supuestos de deslealtad competitiva, ya que,

⁴⁰ Vid. Bercovitz Rodríguez-Cano, A. (2009): *Apuntes de Derecho Mercantil*, 10ª edición, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, pp. 393.

⁴¹ Vid. Fernández Novoa, C. (2006): “La Directiva Comunitaria sobre prácticas comerciales desleales” en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, pp. 1335-1340.

⁴² Vid. STS 19 mayo 2008 [RJ 2008, 3089].

⁴³ Vid. García-Cruces González, J.A; en Bercovitz Rodríguez-Cano, A. (2011): *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Editorial Aranzadi, Navarra, pp. 120.

pese a la diferenciación de prohibiciones que recoge el texto legal, a veces resulta complejo distinguir los distintos tipos de ilícito concurrencial. De hecho muchas veces, los interesados, en el ejercicio de las acciones, suelen justificar su petitum⁴⁴ de condena frente a un acto de competencia desleal no sólo por calificarlo como acto de engaño, sino por considerar que el mismo supone además la realización de otra u otras prohibiciones acogidas en la LCD, realizando los jueces una labor de criba.

Por todo ello, resulta idóneo establecer ciertos criterios para diferenciar los actos de engaños de otros actos desleales afines.

En primer lugar, vamos a distinguir la calificación de un acto como acto de engaño o acto de confusión. Ambos actos, tienen una gran similitud pues tienen en común que en ellos se induce a error al destinatario. El matiz y peculiaridad del acto de confusión⁴⁵ se encuentra en que el error se refiere o afecta a la identidad del oferente del bien o servicio.⁴⁶

El segundo supuesto va a ser la relación entre acto de engaño y acto de explotación de la reputación ajena. El aprovechamiento de la reputación ajena⁴⁷ tiene como presupuesto un error cualificado, pues se predicen del bien o servicio cualidades, atributos y características similares a las que tienen aquellos bienes o servicios ofertados por los competidores, cuyo prestigio se quiere aprovechar.⁴⁸

⁴⁴ El petitum es el pedimento de la demanda o declaración de voluntad del demandante dirigida al órgano jurisdiccional para que acuerde de conformidad a él.

⁴⁵ Artículo 6 LCD. “Se considera desleal todo comportamiento que resulte idóneo para crear confusión con la actividad, las prestaciones o el establecimiento ajenos.

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

⁴⁶ Vid. STS 19 mayo 2008 [RJ 2008, 3089] y SAP Madrid [Secc. 28ª] 19 diciembre 2008 [JUR 2009, 226822].

⁴⁷ Artículo 12 LCD. “Se considera desleal el aprovechamiento indebido, en beneficio propio o ajeno, de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado.

En particular, se reputa desleal el empleo de signos distintivos ajenos o de denominaciones de origen falsas acompañados de la indicación acerca de la verdadera procedencia del producto o de expresiones tales como «modelos», «sistema», «tipo», «clase» y similares.”

⁴⁸ Vid. STS 19 mayo 2008.

Por último, los actos de imitación, al igual que los actos de confusión y explotación de la reputación ajena, también constituyen un tipo específico por referencia al más general de los actos de engaño⁴⁹. La consecuencia práctica es que todo supuesto de hecho jamás será calificado como acto de engaño cuando el mismo encuentre acomodo en un tipo específico (confusión, explotación de la reputación ajena, imitación).

Es oportuno señalar, para terminar este epígrafe, que el legislador español en la Ley 29/2009 distingue, como ya mencionamos anteriormente, entre actos de engaño, art. 5 LCD, y omisiones engañosas, art.7 LCD. El matiz para diferenciar ambas conductas, es que la deslealtad de la acción engañosa se mide en términos de susceptibilidad en la inducción al error a sus destinatarios mientras que la deslealtad de la omisión hace referencia al cumplimiento de un deber de información, es decir, a un criterio objetivo, como es la concurrencia de la información necesaria para que el destinatario adopte, o pueda adoptar, una decisión de compra con conocimiento de causa.⁵⁰

6.3 Conductas prohibidas

Dentro de los actos de engaño, encontramos una dualidad de conductas que resultan prohibidas, y son por un lado aquellas que contienen información falsa y por otro lado aquellas que ofrecen información, que aun siendo veraz, induzca o pueda inducir a error a los destinatarios, ya sea por su contenido o presentación. Del modo que ambos supuestos resultarán desleales.

En el caso de que la práctica comercial o conducta empresarial contenga información falsa, será calificada de práctica engañosa en sentido estricto; mientras que en el caso de que la práctica comercial o conducta empresarial se apoye en una información veraz que pueda inducir a error, se calificará de engaño en sentido abstracto.

⁴⁹ Vid. SAP Valencia 9 julio 2008 [JUR 2009, 380108].

⁵⁰ Vid. Moralejo Menéndez, I.; en Bercovitz Rodríguez-Cano, A. (2011): *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Editorial Aranzadi, Navarra, pp. 164.

Massaguer afirma que la prohibición del acto de engaño responde a criterios subjetivos donde lo verdaderamente relevante no es tanto la exactitud de lo afirmado sino la impresión o imagen que genera ese acto en sus destinatarios.

Tras esta pequeña introducción, vamos a explicar más profundamente los dos tipos de conductas prohibidas:

- **Informaciones falsas:** La primera conducta tipificada como acto de engaño es la difusión de alegaciones falsas o inexactas. La prohibición se fundamenta en que la decisión de compra del destinatario de dichas informaciones falsas, no será resultado de la realidad de las prestaciones ofrecidas sino del error causado. Error que deriva de la falsedad o inexactitud de lo afirmado por el empresario o profesional.

En relación a esto, cabe destacar la vigencia de una regla en materia de prueba ante la calificación de una conducta como alegación falsa. De acuerdo al artículo 217.4⁵¹ LECiv⁵², quien realice la alegación debe asumir la responsabilidad con la carga de la prueba de la exactitud y veracidad de lo afirmado.⁵³ Esta carga de la prueba ha sido matizada por autores como Tato Plaza, Fernández Carballo-Calero y Herrera Petrus, quienes consideran que no se ejecuta correctamente la Directiva 2005/29/CE, la cual no parece imponer esa exigencia⁵⁴, sino que lo deja a juicio de las autoridades (judiciales o administrativas) en función de las

⁵¹ Artículo 217.4 LECiv. “En los procesos sobre competencia desleal y sobre publicidad ilícita corresponderá al demandado la carga de la prueba de la exactitud y veracidad de las indicaciones y manifestaciones realizadas y de los datos materiales que la publicidad exprese, respectivamente.”

⁵² Hace referencia a la Ley de Enjuiciamiento Civil.

⁵³ Vid. García-Cruces González, J.A. (1988): “La armonización del régimen jurídico aplicable a la Publicidad engañosa en la CEE” en *Revistas de Instituciones Europeas*, nº 15, pp. 461.

⁵⁴ Artículo 12.a) de la Directiva 2005/29/CE. “Los Estados miembros atribuirán a los tribunales o a los órganos administrativos competencias que les faculten, en el caso de los procedimientos civiles o administrativos a los que se refiere el artículo 11: a) para exigir que el comerciante aporte pruebas de la exactitud de las afirmaciones de hecho realizadas en la práctica comercial si, habida cuenta de los intereses legítimos del comerciante y de cualquier otra parte en el procedimiento, tal exigencia parece apropiada a la vista de las circunstancias del caso.”

circunstancias del supuesto de hecho y los legítimos intereses afectados.⁵⁵

Cabe señalar, a modo de ejemplo, la SAP, de 21 de febrero de 2000, (AC 2000/3208), que declaró engañosas las indicaciones falsas sobre la patente y el uso exclusivo de la funda individual hermética de aluminio, que envolvían los cigarrillos Don Julián. La anunciante, consciente de la caducidad de la patente, seguía incluyendo en sus envases la expresión “patentada y exclusiva de Don Julián”. Pues bien, esta manifestación falsa inducía a error a los consumidores, quienes se hacían unas expectativas sobre el modo de fabricación y calidad del producto, que el cigarrillo no poseía. El consumidor, atribuía mayor calidad al cigarrillo Don Julián, al que consideraba que se envasaba en un sistema exclusivamente para esta marca de tabaco, aportando un grado de humedad perfecto, hasta el momento en el que se extrae el puro del envase. Sin embargo, este sistema había caducado y otros empresarios, perjudicados por estas alegaciones falsas, ya utilizaban este envase para comercializar sus productos en el mercado.⁵⁶

Asimismo, en la STS de 20 de marzo de 2000 (RJ/2000/2019), el Tribunal Supremo manifestó que la difusión de unos folletos publicitarios de botellas de vino, en los que se plasmaba la Denominación de Origen del Bierzo, cuando el anunciante no había efectuado la inscripción de la empresa en los Registros del Consejo Regulador, era un acto de competencia desleal engañoso. El Alto Tribunal declaró la ilicitud desde el momento en el que comprobó que los vinos no poseían la mencionada denominación de origen, dando por hecho que cualquier consumidor que viese el folleto publicitario era engañado en relación con la forma de elaboración del vino, atribuyéndole una calidad, mayor que el de otros competidores, que no le correspondía. Resulta evidente que la

⁵⁵ Vid. Tato Plaza, A; Fernández Carballo-Calero, P; y Herrera Petrus, Ch. (2010): *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, Editorial La Ley, Madrid, pp. 109.

⁵⁶ Vid. Patiño Alves, B.; y Díez Bajo, A.; en Lema Devesa, C. (2012): *Prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los competidores y consumidores*. Régimen legal tras la reforma introducida por la Ley 29/2009, Editorial Bosch, Barcelona, pp. 111.

motivación para comprar vino, era la Denominación de Origen del Bierzo.⁵⁷

- Informaciones veraces que inducen a error: La segunda conducta prohibida es la realización de un acto por el que se ofrece una información que no es falsa o inveraz pero que, pese a su exactitud y correspondencia con la realidad, induce a error, transmitiendo una representación incorrecta de la realidad de la oferta. En este caso, el posible engaño deriva de las circunstancias que rodean el acto y que desencadenan falsas expectativas en los destinatarios.⁵⁸

En la determinación de las expectativas de los consumidores habrá que estarse, por una parte, al conjunto de circunstancias internas y externas de la información, incluida su presentación y la oportunidad de su difusión y recepción, y por otra parte, al consumidor, que en cada caso sea relevante en función de los afectados o destinatarios de la práctica enjuiciada.⁵⁹

La jurisprudencia no ha dudado en calificar como engañosas aquellas alegaciones publicitarias en las que la utilización de un término era correcta pero que sin embargo, evocaba en los consumidores una propiedad distinta en el producto de la real (SAP Granada 18 junio 2004 [AC 2004, 1328]); las alegaciones sobre un elemento propio que se presenta como ventajoso, y que, por el contrario, es común con el producto ofrecido por los competidores (SAP Sevilla 12 mayo 1992 [AC 1992, 733]); o las afirmaciones contenidas en una publicidad llevada a cabo por el empresario que, pese a ello, no dispone de existencias del producto ofrecido o de un número de ellas que permita atender la

⁵⁷ Vid. Patiño Alves, B.; y Díez Bajo, A.; en Lema Devesa, C. (2012): *Prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los competidores y consumidores*. Régimen legal tras la reforma introducida por la Ley 29/2009, Editorial Bosch, Barcelona, pp. 112.

⁵⁸ Vid. García-Cruces González, J.A; en Bercovitz Rodríguez-Cano, A. (2011): *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Editorial Aranzadi, Navarra, pp. 123-124.

⁵⁹ Vid. Massaguer, J. (2006): *El nuevo Derecho contra la Competencia Desleal. La Directiva 2005/29/CE sobre las Prácticas Comerciales Desleales*, Editorial Civitas, Madrid, pp. 105.

demanda que razonablemente pueda esperarse (SAP Alicante 26 diciembre 1996 [AC 1996, 2281]). En todos estos supuestos, se generan en los destinatarios unas expectativas que, sin embargo, no se corresponden con la realidad de la oferta.⁶⁰

Al margen de lo dispuesto en el artículo 5 LCD, en relación a la prohibición de los actos de engaño, vamos a tratar brevemente la denominada publicidad encubierta. La publicidad encubierta es aquella actividad publicitaria que externamente no aparece como tal, sino con una apariencia informativa que desdibuja formalmente su finalidad persuasiva.⁶¹ Toda publicidad encubierta ha de ser prohibida por suponer un ilícito concurrencial, ya que induce a error a sus destinatarios y permite obtener al anunciante una ventaja indebida sobre sus competidores. Pero que induzca a error a los consumidores no significa necesariamente que se trate de un supuesto de publicidad engañosa, pues no se induce a error a los consumidores respecto a los productos y establecimientos de su titular, objeto de dicha publicidad. Es decir, el error no está en que el contenido de las alegaciones publicitarias no sean veraces, sino en el propio carácter de actividad publicitaria, ya que el destinatario valora como información lo que realmente no es más que una alegación publicitaria disfrazada.⁶²

La mayoría de la doctrina española considera la publicidad encubierta como un tipo de acto de engaño⁶³, y García-Cruces cree que si la publicidad encubierta cumpliera los presupuestos que requiere la prohibición de los actos de engaño, su aplicación vendría por lo dispuesto en el artículo 5 LCD, o que incluso, sería

⁶⁰ Vid. Lema Devesa, C. (2010): “Los actos de engaño en la Ley de Competencia Desleal”, en *El derecho mercantil en el umbral del siglo XXI*, Editorial Marcial Pons, Madrid, pp. 357.

⁶¹ Vid. Fernández Novoa, C. (1976): “La publicidad encubierta” en *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, nº 3, pp. 379 y ss.

⁶² Vid. Fernández Novoa, C. (1976): “La publicidad encubierta” en *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, nº 3, pp. 382.

⁶³ Vid. Lema Devesa, C. (2010): “Los actos de engaño en la Ley de Competencia Desleal”, en *El derecho mercantil en el umbral del siglo XXI*, Editorial Marcial Pons, Madrid, pp. 357; García-Cruces González, J.A. (1988): “La armonización del régimen jurídico aplicable a la Publicidad engañosa en la CEE” en *Revistas de Instituciones Europeas*, nº 15, pp. 466-467.

tipificada dentro los de actos de engaño por omisión (art. 7 LCD), pues en ella no se da a conocer el verdadero propósito comercial de la práctica.

Por último, es oportuno hacer referencia a otro supuesto publicitario desleal como es la conocida publicidad subliminal⁶⁴ (artículo 4 de la Ley General de Publicidad), y cuya deslealtad radica, como señala Massaguer, en la difusión de la publicidad de una forma tal que el destinatario no se percata de la naturaleza y finalidad de la comunicación a la que se expone, efecto si cabe agravado por la circunstancia de que las técnicas empleadas impiden incluso el reconocimiento consciente del mensaje mismo.

6.4 El alcance de la prohibición

Una vez explicados los tipos de conductas prohibidas existentes dentro de los actos de engaño, vamos a comentar ahora cuáles son los presupuestos que deben satisfacer las conductas para poder ser calificadas como actos de engaño, es decir, cuáles son los requisitos. Dicho esto, la calificación de un supuesto de hecho como acto de engaño requiere una doble exigencia.

El primer requisito se refiere a la conducta, y es la idoneidad de la conducta para inducir a error. En otras palabras, la producción o posibilidad de engaño⁶⁵. Es necesario que de la conducta enjuiciada se derive un daño, que en este caso es el engaño, sin que sea precisa su efectividad, basta con su mera posibilidad, de ahí que el artículo 5.1 LCD señale “induzca o pueda inducir a error”. No se requiere la realidad del engaño para que la prohibición sea aplicable, por ello no es necesario probar la realidad del engaño sino que el

⁶⁴ Artículo 4 Ley General de Publicidad. “A los efectos de esta ley, será publicidad subliminal la que mediante técnicas de producción de estímulos de intensidades fronterizas con los umbrales de los sentidos o análogas, pueda actuar sobre el público destinatario sin ser conscientemente percibida.”

⁶⁵ Vid. García-Cruces González, J.A; en Bercovitz Rodríguez-Cano, A. (2011): *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Editorial Aranzadi, Navarra, pp. 127; y Vergez, M. (1992): “Competencia desleal por actos de engaño, obsequios, primas y otros supuestos análogos” en Bercovitz Rodríguez-Cano, A., *La regulación contra la Competencia Desleal en la Ley de 10 enero 1991*, BOE, Madrid, pp. 54 y 55.

acto pueda conducir a ello. Este criterio, que afirma la suficiencia, a los efectos de la prohibición, del requisito de mera potencialidad del error, sin necesidad de su realidad efectiva, es destacado unánimemente en nuestra doctrina⁶⁶, así como de manera reiterada en la jurisprudencia, que subraya que “basta con que dicha conducta sea susceptible de inducir a error.”⁶⁷

Por otro lado, para determinar si un mensaje induce o puede inducir a error, se deberá examinar su contenido, diferenciando entre la información falsa y la información, que aun siendo veraz, induce o puede inducir a error a sus destinatarios. Por consiguiente, dentro de los requisitos del engaño, debemos analizar el contenido para determinar cómo se ocasiona este. Hay que añadir que es preciso que el error sea de cierta entidad, incidiendo sobre ciertos aspectos que suelen ser características esenciales de los productos y/o servicios. Por el contrario, la inexactitud sobre determinadas circunstancias irrelevantes o secundarias no tiene la calificación de actos de engaño.⁶⁸

El otro requisito, también con carácter de posibilidad, es que la conducta desarrollada ha de ser susceptible de alterar el comportamiento económico de sus destinatarios. Para determinar este segundo requisito es necesario precisar qué significa “alterar el comportamiento económico del destinatario” del art. 5.1 LCD. Algunos autores como Gimeno-Bayón Cobos o Pérez Bes, argumentan que, a pesar de la diferencia terminológica entre lo dispuesto en el art 5.1 LCD y lo contenido en la cláusula general del art. 4 LCD que dice, “que distorsione o pueda distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio o del miembro medio del grupo destinatario de la práctica”, ambas reglas son esencialmente lo mismo.⁶⁹

⁶⁶ Vid. Bercovitz Rodríguez-Cano, A. (2009): *Apuntes de Derecho Mercantil*, 10ª edición, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, pp. 394.

⁶⁷ Vid. STS 23 mayo 2005 [RJ 2005, 9760].

⁶⁸ Vid. Patiño Alves, B.; y Díez Bajo, A.; en Lema Devesa, C. (2012): *Prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los competidores y consumidores*. Régimen legal tras la reforma introducida por la Ley 29/2009, Editorial Bosch, Barcelona, pp.108.

⁶⁹ Vid. Gimeno-Bayón Cobos, R; Pérez Bes, F. (2010): “Prácticas agresivas y engañosas en la Ley de Competencia Desleal. Análisis de las novedades introducidas en el tipo general por la

Respecto a la relevancia, hay autores como Patiño Alves y Díez Bajo que, a pesar de que el artículo 5.1 LCD no parece exigir relevancia alguna, consideran que tanto la alteración como la distorsión deberán tener una entidad sustancial, de forma que no sería relevante cualquier alteración o una alteración insignificante. Otros autores como Tato Plaza defienden esta misma teoría, argumentando que “debe llevarnos a excluir la calificación como engañosas de aquellas prácticas que, pese a ser aptas para desencadenar el error en sus destinatarios, o bien no poseen ningún tipo de incidencia en el comportamiento económico de aquéllos, o bien tal incidencia resulta insignificante⁷⁰.”

Por otro lado, recordemos de nuevo que basta con la potencialidad, pues la norma se conforma con exigir que el acto sea “susceptible de alterar su comportamiento económico” (art. 5.1 LCD), o bien, que “distorsione o pueda distorsionar de manera significativa el comportamiento económico” art. 4.1 LCD. En resumen, “es suficiente con su simple aptitud para distorsionar, bien el proceso de formación de preferencias, bien la adopción de decisiones de compra o las decisiones del destinatario sobre el ejercicio y cumplimiento de los derechos emanados del contrato⁷¹”.

Para concluir este epígrafe, vamos a tratar una última cuestión al amparo del artículo 5 LCD, y es si toda publicidad, con independencia de su forma, puede ser engañosa. Lo primero que tenemos que hacer es diferenciar tres grandes supuestos de publicidad.⁷²

El primer supuesto, es la publicidad que se formula en términos generales, la cual excluye el principio de veracidad por tratarse de alegaciones no susceptibles de prueba. Se trata de expresiones publicitarias generales que

Ley 29/2009”, en *Comunicaciones en propiedad industrial y derecho de la competencia*, nº 58, pp. 45-88.

⁷⁰ Vid. Tato Plaza, A; Fernández Carballo-Calero, P; y Herrera Petrus, Ch. (2010): *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, Editorial La Ley, Madrid, pp. 116 y 117.

⁷¹ Vid. Tato Plaza, A; Fernández Carballo-Calero, P; y Herrera Petrus, Ch. (2010): *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, Editorial La Ley, Madrid, pp. 116 y 117.

⁷² Vid. Fernández Novoa, C. (1975): “La sujeción de las expresiones publicitarias al principio de veracidad” en *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, nº 2, pp. 374 y ss.

suelen entenderse por sus destinatarios como mera invitación o mensaje, sin ofrecer alegaciones comprobables en torno al producto o servicio que se ofrece. Son alegaciones que carecen de contenido informativo y que por tanto no inducen a error ya que no afectan al comportamiento económico del destinatario.

El segundo supuesto, es el de la publicidad con alegaciones no comprobables, que consiste fundamentalmente en valoraciones del propio empresario anunciante. Estas alegaciones, al tratarse de la simple exteriorización de una opinión o juicio subjetivo, no incidirán en el comportamiento económico de los destinatarios, de ahí que no pueda aplicarse el principio de veracidad al carecer de un criterio objetivo que determine su posible carácter engañoso.⁷³

El tercer y último supuesto es el de aquella publicidad que contiene alegaciones concretas y comprobables de carácter informativo, que se refieren a circunstancias objetivas, y por lo tanto son susceptibles de prueba. La publicidad que contenga alegaciones de este tipo, ha de respetar las exigencias derivadas de un principio de veracidad. Ahora bien, no toda publicidad concreta y comprobable es susceptible de poder ser publicidad engañosa. Se excluye la aplicación del principio de veracidad en aquellos supuestos de exageración publicitaria, ya que el destinatario en estos casos no valora seriamente la alegación que recibe o puede decir. “Si una alegación no es susceptible de modificar la conducta del consumidor para que adopte una decisión en una transacción, no será engañosa, y constituirá una exageración publicitaria⁷⁴.”

⁷³ Vid. Zurimendi Isla, A. (2009): “Actos de engaño”, en Martínez Sanz, F., *Comentario práctico a la Ley de Competencia Desleal*, Editorial Tecnos, Madrid, pp. 100.

⁷⁴ Vid. Lema Devesa, C. (2010): “Los actos de engaño en la Ley de Competencia Desleal”, en *El derecho mercantil en el umbral del siglo XXI*, Editorial Marcial Pons, Madrid, pp. 358.

6.5 El juicio de deslealtad: valoración y prueba de engaño

La calificación de un supuesto de hecho como acto de engaño requiere el desarrollo de un proceso que permita comprobar la existencia o posibilidad de una imagen subjetiva en la mente de los destinatarios, muy diferente a la realidad.

Para poder llegar a comprobar ese resultado, será necesario probar que la información suministrada es falsa o incorrecta (aquí entra lo dispuesto en el artículo 217.4 LECiv. sobre la carga de la prueba⁷⁵), acreditar que esas informaciones pueden provocar una imagen equivocada de la realidad en sus destinatarios y por último, justificar que el error que sufren los destinatarios, incide sobre su comportamiento económico.

Dada la subjetividad que envuelve la valoración del engaño, para poder realizar un juicio de deslealtad adecuado, será necesario llevar a cabo una serie de fases.

La primera fase del enjuiciamiento del engaño, será determinar el círculo de destinatarios del acto enjuiciado. Cuando los destinatarios tengan la calificación de profesionales, serán éstos, a quienes habrá que tener en cuenta como referencia. Por otro lado, en el caso de que los destinatarios tengan la calificación de consumidores, se tendrá como referencia al consumidor medio, según viene establecido en el artículo 4.2 LCD⁷⁶. El consumidor medio no es ningún sujeto sino un parámetro de cara a la valoración de la conducta. Según la jurisprudencia⁷⁷, el consumidor medio es entendido como aquel consumidor normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz. Ahora bien,

⁷⁵ Artículo 217.4 LECiv. “En los procesos sobre competencia desleal y sobre publicidad ilícita corresponderá al demandado la carga de la prueba de la exactitud y veracidad de las indicaciones y manifestaciones realizadas y de los datos materiales que la publicidad exprese, respectivamente.”

⁷⁶ Artículo 4.2 LCD. “Para la valoración de las conductas cuyos destinatarios sean consumidores, se tendrá en cuenta al consumidor medio.”

⁷⁷ STJCE 16 julio 1998 [TJCE 1998, 174], caso Gut Springenheide, 4 abril 2000, Caso Verein gegen Unwosen.

antes de tomar como referencia al consumidor medio, habrá previamente que definir tanto al agente del acto de competencia desleal, como a la prestación ofrecida y a su establecimiento para poder determinar material, temporal y territorialmente quiénes son los consumidores a los que se dirige dicha prestación.

Ahora bien, este criterio del consumidor medio tiene un pequeño matiz, y es en el caso de que el supuesto de hecho tenga como destinatarios (pudiendo incidir en su comportamiento económico) a un grupo identificable de consumidores vulnerables y el empresario pueda prever razonablemente la existencia de dicho grupo, en este caso, el criterio a seguir será el del consumidor medio de ese grupo de destinatarios. Según el art. 4.3⁷⁸ LCD, la vulnerabilidad de los miembros del grupo puede derivar de su discapacidad, su edad, credulidad o bien por tener afectada su capacidad de comprensión.

La segunda fase será concretar cuál es la imagen, impresión y expectativas que genera esa información en los destinatarios. Como nos recuerda Lema Devesa, "no resulta decisiva la exactitud o veracidad de la información, sino la impresión que la misma provoca en los destinatarios. En este sentido la calificación de una información como engañosa ineludiblemente habrá de apoyarse en la interpretación que la misma suscite entre sus destinatarios⁷⁹."

En este mismo sentido, la jurisprudencia⁸⁰ destaca reiteradamente este subjetivismo.

⁷⁸ Artículo 4.3 LCD. "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."

⁷⁹ Vid. Lema Devesa, C. (2010): "Los actos de engaño en la Ley de Competencia Desleal", en *El derecho mercantil en el umbral del siglo XXI*, Editorial Marcial Pons, Madrid, pp. 357.

⁸⁰ "El engaño no debe medirse o enjuiciarse con el significado objetivo de las exposiciones empleadas en las manifestaciones o afirmaciones esenciales de la publicidad, sino en el alcance o impresión que las mismas provocan (o son aptas para provocar) en los destinatarios." SAP Barcelona [Secc. 15ª] 2 julio 2009 [JUR 2009, 464831].

Para conseguir determinar esas percepciones y expectativas que se generan o pueden generarse en los destinatarios, habrá que considerar todas las circunstancias que rodean a la clientela y que pudieran ser relevantes, así como los contenidos materiales, las imágenes, los términos empleados, la presentación de la información que se ofrece, el medio por el que se hace llegar esa información, los apoyos con los que cuenta el agente para refrendar la información que ofrece (estadísticas, opinión de expertos y técnicos, etc) o incluso el grado de atención y de credibilidad (por ejemplo por su difusión en una publicación científica o por la mayor difusión del medio elegido, como sucede en el caso de la televisión) que el destinatario puede otorgar a la información que se le ha hecho llegar. Cabe destacar el papel que pueden tener los sondeos de opinión que se realicen entre el círculo de destinatarios del bien o servicio al que se refiere el acto concurrencial. “Las encuestas o sondeos adoptarán la forma de dictamen pericial si se han realizado expresamente para el proceso, o de documento privado si se aporta uno previamente realizado y publicado. La fiabilidad, validez y valoración de los mismos dependerán de si se han seguido o no los criterios técnicos y científicos que todo sondeo debe seguir⁸¹.”

La tercera y última fase del enjuiciamiento del engaño y que conlleva el final de todo este proceso, es el juicio de contraste. Delimitada cuál es la información que ha percibido o puede percibir el destinatario y que deriva del acto enjuiciado, será posible su contraste con la realidad de las cosas, y por tanto, la posible calificación del supuesto como acto de engaño.⁸²

⁸¹ Vid. Zurimendi Isla, A. (2009): “Actos de engaño”, en Martínez Sanz, F., *Comentario práctico a la Ley de Competencia Desleal*, Editorial Tecnos, Madrid, pp. 112.

⁸² Vid. García-Cruces González, J.A; en Bercovitz Rodríguez-Cano, A. (2011): *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Editorial Aranzadi, Navarra, pp. 136 y ss.

6.6 El incumplimiento de los códigos de conducta

El artículo 5.2⁸³ LCD recoge un supuesto particular de posible engaño. Según este artículo, el incumplimiento del código de conducta al que está adherido, por parte de un empresario/profesional, podrá ser calificado como un acto de engaño.

Un código de conducta es un documento redactado voluntariamente por una empresa en el que se exponen una serie de principios que se compromete unilateralmente a seguir.

Definido lo que es un código de conducta, lo primero que vamos a hacer es, para delimitar el alcance del artículo 5.2 LCD, diferenciarlo con lo establecido en el artículo 21.1 a)⁸⁴ LCD. La diferencia entre ambos supuestos es que, la afirmación falsa o incorrecta de que el empresario está adherido a un código de conducta cuando ello no es cierto, se califica, según el artículo 19.2⁸⁵ LCD, como acto de competencia desleal si sus destinatarios tienen la calificación jurídica de consumidores; mientras que el supuesto contemplado en el art. 5.2 LCD hace referencia al incumplimiento de los compromisos asumidos por el empresario y que derivan de su adhesión a un código de conducta, cuando el empresario hubiera anunciado su pertenencia a éste.

Para que los actos sean calificados como ilícitos concurrenciales al amparo del art. 5.2 LCD, se deben reunir una serie de presupuestos. Estos presupuestos son:

⁸³ Artículo 5.2 LCD. “Cuando el empresario o profesional indique en una práctica comercial que está vinculado a un código de conducta, el incumplimiento de los compromisos asumidos en dicho código, se considera desleal, siempre que el compromiso sea firme y pueda ser verificado, y, en su contexto fáctico, esta conducta sea susceptible de distorsionar de manera significativa el comportamiento económico de sus destinatarios.”

⁸⁴ Artículo 21.1 LCD. “Se reputan desleales por engañosas, las prácticas comerciales que afirmen sin ser cierto: a) Que el empresario o profesional está adherido a un código de conducta.”

⁸⁵ Artículo 19.2 LCD. “Las prácticas comerciales reguladas en los artículos 21 a 31, ambos inclusive, son en todo caso y en cualquier circunstancia, prácticas comerciales desleales con los consumidores.”

En primer lugar, el empresario habrá de haberse adherido o pertenecer a un código de conducta.

En segundo lugar, es necesario que el empresario o profesional incumpla alguno o algunos de los compromisos asumidos en virtud de tal código de conducta y, como consecuencia de ello, se derive un engaño o la posibilidad de engaño para los destinatarios del acto.

Por último, el artículo 5.2 LCD destaca que además habrá que verificar que la conducta sea susceptible de distorsionar de manera significativa el comportamiento económico de sus destinatarios. En relación a tal exigencia, nuestra doctrina se ha manifestado crítica, señalando que “como este último requisito será muy difícil de probar, el beneficio de los empresarios que se adhieren a códigos de conducta parece claro, aunque incumplan tales códigos⁸⁶.”

7 CONCLUSIONES

- Será en el liberalismo económico, siglo XIX, período en el cual por primera vez en la historia se lucha por la libertad de competir, gracias a la Revolución Francesa, donde se luchó por la libertad de industria y de comercio y cuyo objetivo en dicha conquista fue conseguir que ningún participante del mercado pudiera perjudicar a otro a través de sus actuaciones.
- Fue muy importante la llegada y adopción del derecho antitrust norteamericano en Europa, que sugiere que el empresario, además de tener el derecho a competir, tiene la obligación de hacerlo para asegurar que el sistema de economía de mercado funcione correctamente, ya que se considera que es el mejor sistema competitivo para la asignación y distribución de los recursos económicos.

⁸⁶ Vid. Lema Devesa, C. (2010): “Los actos de engaño en la Ley de Competencia Desleal”, en *El derecho mercantil en el umbral del siglo XXI*, Editorial Marcial Pons, Madrid, pp. 359 y 360.

- El movimiento de protección de los consumidores surge en los años sesenta del siglo XX. Su idea se fundamenta en que las empresas muchas veces se aprovechan de los consumidores realizando todo tipo de actos fraudulentos y saliendo impunes de ellos.
- La Ley de 10 enero 1991 supuso un giro radical en nuestro ordenamiento jurídico, ya que hasta la fecha el número de disposiciones legales adecuadas para regular la competencia desleal en España era escaso, y las pocas normas útiles existentes se encontraban en el Estatuto de la publicidad y tuvieron una eficacia muy limitada.
- La LCD se creó con el fin de proteger y evitar que se viole el derecho a la libre competencia, derecho recogido en el artículo 38 de la Constitución Española.
- Para incorporar a nuestro derecho la normativa comunitaria, se aprobó la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, que es la que se encuentra actualmente en vigor desde el 1 de enero de 2010, por la que se modifica el régimen de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios. Esta nueva ley evita la duplicación de las normas prohibitivas de la competencia desleal, coordinando lo dispuesto en la Ley General de Publicidad y en la Ley de Competencia Desleal de 1991 modificada por la Ley de 30 diciembre 2009.
- Esta reforma va a afectar a varias normas: a la Ley de Competencia Desleal de 1991; la Ley General de Publicidad; el Texto refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias; y la Ley de Ordenación del Comercio Minorista.
- En el ámbito objetivo, se definen los dos requisitos que deben reunir las conductas previstas en la LCD para que sean consideradas actos de competencia desleal y son: la realización de la conducta en el mercado, es decir, la conducta de mercado debe tener una trascendencia externa; y la realización de la conducta con fines concurrenciales, que consiste en que la conducta tiene por objeto la captación de clientela.

- Por otro lado el ámbito subjetivo hace referencia a 4 puntos: que los sujetos que pueden cometer la competencia desleal son “los empresarios, profesionales y cualesquiera otras personas físicas o jurídicas que participen en el mercado; que los empresarios o profesionales quedan sujetos a la LCD tanto si actúan ellos personalmente como si lo hacen terceras personas que actúan en su nombre o por su cuenta; que no sólo quedan sujetos a las normas de la LCD los empresarios y profesionales, sino que toda persona que participe en el mercado ofreciendo bienes y servicios quedará sujeta; y que no es requisito la existencia de una relación de competencia entre demandante y demandado.
- Los actos de engaño con carácter general se recogen en el artículo 5, el cual se aplica en aquellos conflictos en los que ambas partes sean empresarios; y por otra parte, en los artículos 20 a 27, que se aplican cuando la parte afectada es consumidor.
- Los actos de engaño son aquellas conductas que contienen “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”.
- La justificación de prohibir los actos de engaño se encuentra en que perjudican a todos los partícipes del mercado; y al correcto funcionamiento del mercado, el cual hay que proteger para evitar que los consumidores a la hora de adquirir o no los bienes y servicios, estén equivocados sobre las características de los mismos e influyan en la decisión de compra.
- Con la prohibición de los actos de engaños se afirma que el principio de veracidad ha de guiar las relaciones del mercado, siendo la transparencia un requisito básico y necesario.
- La prohibición de los actos de engaño requiere su correcta delimitación respecto de otros supuestos de deslealtad competitiva, ya que a veces resulta complejo distinguirlos respecto a otros actos desleales, como por ejemplo, los actos de confusión, de imitación, de explotación de la reputación ajena, o las omisiones engañosas.
- Dentro de los actos de engaño, encontramos dos conductas que resultan prohibidas, y por tanto desleales, que son, por un lado, aquellas que contienen información falsa; y por otro lado aquellas que ofrecen

información, que aun siendo veraz, induzca o pueda inducir a error a los destinatarios.

- En el caso de que la práctica comercial o conducta empresarial contenga información falsa, será calificada de práctica engañosa en sentido estricto; mientras que en el caso de que la práctica comercial o conducta empresarial se apoye en una información veraz que pueda inducir a error, se calificará de engaño en sentido abstracto.
- Al amparo del art. 5 LCD, la mayoría de la doctrina española considera la publicidad encubierta como un tipo de acto de engaño.
- Los presupuestos que deben satisfacer las conductas para poder ser calificadas como actos de engaño son la idoneidad de la conducta para inducir a error, es decir la producción o posibilidad de engaño; y por otro lado, que la conducta ha de ser susceptible de alterar el comportamiento económico de sus destinatarios.
- La calificación de un supuesto de hecho como acto de engaño requiere el desarrollo de un proceso que permita comprobar la existencia o posibilidad de una imagen subjetiva en la mente de los destinatarios, muy diferente a la realidad.
- El proceso de enjuiciamiento del engaño consta de tres fases: determinar el círculo de destinatarios del acto enjuiciado; concretar cuál es la imagen, impresión y expectativas que genera la información en los destinatarios; y por último, el juicio de contraste.
- El incumplimiento del código de conducta al que está adherido un empresario o profesional, puede ser calificado como un acto de engaño. Para ello, se deben reunir una serie de presupuestos: que el empresario esté adherido a un código de conducta; que incumpla alguno o algunos de los compromisos asumidos en virtud de tal código de conducta y, como consecuencia de ello, se derive un engaño o la posibilidad de engaño para los destinatarios del acto; y por último, que la conducta sea susceptible de distorsionar de manera significativa el comportamiento económico de sus destinatarios.

8 REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Baylos Corroza, H; Garrigues Díaz, J. (1978): *Tratado de Derecho Industrial, propiedad industrial, propiedad intelectual, derecho de la competencia económica, disciplina de la competencia desleal*, 1ª edición, Editorial Civitas, Madrid.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, A. (2009): *Apuntes de Derecho Mercantil*, 10ª edición, Editorial Aranzadi, Cizur Menor.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, A. (2011): *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Editorial Aranzadi, Navarra.
- De Félix Parrondo, E.: “Principales modificaciones de la Ley de Competencia Desleal”. Disponible en https://www.cuatrecasas.com/media_repository/docs/esp/principales_modificaciones_de_la_ley_de_competencia_desleal_618.pdf [consulta: 8/10/2019].
- Fernández Novoa, C. (1975): “La sujeción de las expresiones publicitarias al principio de veracidad” en *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, nº 2, pp. 369-392.
- Fernández Novoa, C. (1976): “La publicidad encubierta” en *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, nº 3, pp. 371-400.
- Fernández Novoa, C. (2006): “La Directiva Comunitaria sobre prácticas comerciales desleales” en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, pp. 1335-1340.
- García-Cruces González, J.A. (1988): “La armonización del régimen jurídico aplicable a la Publicidad engañosa en la CEE” en *Revistas de Instituciones Europeas*, nº 15.
- García Vida. A.: “La reforma de la Ley de Competencia Desleal por la Ley 29/2009” (2010). Disponible en https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2018/03/la_reforma_de_la_lcd_por_la_ley_292009.pdf [consulta: 8/10/2019].
- Gimeno-Bayón Cobos, R; Pérez Bes, F. (2010): “Prácticas agresivas y engañosas en la Ley de Competencia Desleal. Análisis de las novedades introducidas en el tipo general por la Ley 29/2009”, en *Comunicaciones en propiedad industrial y derecho de la competencia*, nº 58, pp. 45-88.
- González Vaqué, L. (2004): *La noción del consumidor medio según la jurisprudencia del tribunal de justicia de las comunidades europeas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, pp. 47-81.

- Lema Devesa, C. (2010): “Los actos de engaño en la Ley de Competencia Desleal”, en *El derecho mercantil en el umbral del siglo XXI*, Editorial Marcial Pons, Madrid, pp. 355-364.
- Lema Devesa, C. (2012): *Prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los competidores y consumidores*. Régimen legal tras la reforma introducida por la Ley 29/2009, Editorial Bosch, Barcelona.
- Massaguer, J. (2006): *El nuevo Derecho contra la Competencia Desleal. La Directiva 2005/29/CE sobre las Prácticas Comerciales Desleales*, Editorial Civitas, Madrid.
- Menéndez Menéndez, A. (1988): *La competencia desleal*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Editorial Civitas, Madrid.
- Ortega, F.: “Reforma de la Ley de Competencia Desleal” (2010). Disponible en <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/mercantil/antitrust/reforma-de-la-ley-de-competencia-desleal> [consulta: 8/10/2019].
- Quintana, I. *La competencia Desleal*, en el I Congreso Nacional de Derecho Mercantil.
- Sanz García L.: “La Competencia Desleal en España. Especial consideración a los actos de imitación”. TFG disponible en <https://uvadoc.uva.es/bitstream/10324/15502/1/TFG-E-89.pdf> [consulta: 30/09/2019].
- Sevilla, A.: “Economía de mercado”. Disponible en <https://economipedia.com/definiciones/economia-de-mercado.html> [consulta: 18/09/2019].
- Tato Plaza, A; Fernández Carballo-Calero, P; y Herrera Petrus, Ch. (2010): *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, Editorial La Ley, Madrid.
- Udiz, G.: “Fundamentos sobre los códigos de conducta en las empresas” (2014). Disponible en <https://www.sage.com/es-es/blog/fundamentos-sobre-los-codigos-de-conducta-en-las-empresas/> [consulta: 15/11/2019].
- Vergez, M. (1992): “Competencia desleal por actos de engaño, obsequios, primas y otros supuestos análogos” en Bercovitz Rodríguez-Cano, A., *La regulación contra la Competencia Desleal en la Ley de 10 enero 1991*, BOE, Madrid, pp. 51 y ss.
- Zurimendi Isla, A. (2009): “Actos de engaño”, en Martínez Sanz, F., *Comentario práctico a la Ley de Competencia Desleal*, Editorial Tecnos, Madrid.

DOCUMENTACIÓN CONSULTADA:

- SAP Sevilla 12 mayo 1992 [AC 1992, 733].
- STS 20 marzo 1996.
- SAP Alicante 26 diciembre 1996 [AC 1996, 2281].
- STJCE 16 julio 1998 [TJCE 1998, 174], caso Gut Springenheide, 4 abril 2000, Caso Verein gegen Unwosen.
- SAP, de 21 de febrero de 2000, [AC 2000/3208].
- STS de 20 de marzo de 2000 [RJ/2000/2019].
- STS de 18 octubre 2000 [RJ 2000, 8809], caso Tecnon, SL.
- SAP Granada 18 junio 2004 [AC 2004, 1328].
- STS 23 mayo 2005 [RJ 2005, 9760].
- STS 4 julio 2005 [RJ 2005, 5093, Caso Dinamic Multimedia].
- STS 19 mayo 2008 [RJ 2008, 3089].
- SAP Valencia 9 julio 2008 [JUR 2009, 380108].
- SAP Madrid [Secc. 28ª] 19 diciembre 2008 [JUR 2009, 226822].
- SAP Barcelona [Secc. 15ª] 2 julio 2009 [JUR 2009, 464831].

DOCUMENTACIÓN LEGAL:

- Convenio de la Unión de París para la Protección de la Propiedad Industrial de 20 marzo 1883. Disponible en https://www.wipo.int/treaties/es/text.jsp?file_id=288515 [consulta: 03/10/2019].
- Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio. En "BOE" núm. 289, de 16/10/1885. Entrada en vigor: 01/01/1886.

- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. En “Gaceta de Madrid” núm. 206, de 25/07/1889. Entrada en vigor: 16/08/1889.

- Ley de Propiedad Industrial de 18 de Mayo de 1902. En “Gaceta de Madrid” núm. 138. Disponible en <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1902/138/A00782-00787.pdf> [consulta: 02/10/2019].

- Constitución Española, de 29 de diciembre de 1978.

- Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad. En “BOE” núm. 274, de 15/11/1988. Entrada en vigor: 05/12/19.

- Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. En “BOE” núm. 10, de 11/01/1991. Entrada en vigor: 31/01/1991.

- Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista. En “BOE” núm. 15, de 17/01/1996. Entrada en vigor: 06/02/1996.

- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. En “BOE” núm. 7, de 08/01/2000. Entrada en vigor: 08/01/2001.

- 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.

- 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 Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias .En “BOE” núm. 287, de 30/11/2007. Entrada en vigor: 01/12/2007.

- Código Civil francés. Disponible en https://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1966/13751/.../Code_41.pdf [consulta: 18/09/2019].